

## WYROK

Warszawa, dnia 11 kwietnia 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę AGROBEX sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Rakoniewice

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 2 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki roboczogodziny kalkulacyjnej oraz w zakresie uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów.
2. Oddać odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1.
3. Kosztami postępowania obciążyć odwołującego w części 1/2 oraz wykonawcę Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu w części 1/2 i:
  - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od wykonawcy Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu na rzecz odwołującego kwotę 5 000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem 1/2 kosztów wpisu od odwołania;
  - 3.3. znosi wzajemnie pomiędzy odwołującym i wykonawcą Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 988/24

### Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Rakoniewice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa kompleksu edukacyjno - sportowego w Rakoniewicach o basen przyszkolny wraz z kręgielnią oraz infrastrukturą techniczną i komunikacyjną” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00574983

I. W dniu 25 marca 2024 r. wykonawca AGROBEX sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- 1.art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej

przez Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Rogówku (dalej: „Wykonawca Constructo”), pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca ten nie uwzględnił w złożonej ofercie materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów (nie ujął w kosztorysach ofertowych kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych), a zatem złożona oferta nie obejmuje wszystkich materiałów koniecznych do wykonania zamówienia;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

2.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Constructo do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w sytuacji, gdy zaofferowana przez tego wykonawcę cena w zakresie w jakim wykonawca ten nie uwzględnił w niej kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów oraz jej istotna część składowa – stawka roboczogodziny kalkulacyjnej wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- odrzućenia oferty Wykonawcy Constructo;

ewentualnie w sytuacji oddalenia odwołania w zakresie zarzutu dot. zaniechania odrzućenia oferty Wykonawcy Constructo:

- wezwania Wykonawcy Constructo do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki roboczogodziny kalkulacyjnej oraz w zakresie uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał m.in. co następuje:

Zarzut nr 1

W ocenie Odwołującego z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SWZ w sposób jednoznaczny wynika, że:

- w cenie ofertowej wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić koszty związane z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów (odpowiedź na pytanie nr 14 zamieszczona w odpowiedziach na pytania z dnia 22 stycznia 2024 r.),
- z uwagi na brak KNR do takich prac, w składanych wraz z ofertą kosztorysach ofertowych wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić koszty tych materiałów jako kalkulacja własna.

Odwołujący stwierdził, że w kosztorysach Wykonawcy Constructo nie ma pozycji kalkulacja własna, co świadczy o tym, że kalkulując cenę oferty wykonawca ten nie uwzględnił w niej kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych (co za tym idzie nie uwzględnił w złożonej ofercie materiałów eksploatacyjnych). Tym samym, złożona przez Wykonawcę Constructo oferta nie obejmuje wszystkich materiałów koniecznych do wykonania zamówienia, a zatem jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2

Zdaniem Odwołującego określona przez Wykonawcę Constructo stawka za roboczogodzinę na poziomie 25 zł netto, czyli kwota jaką miałby dysponować ten wykonawca na pokrycie wszystkich kosztów pracy, w tym co najmniej wynagrodzenia brutto pracownika oraz składek leżących po stronie pracodawcy, nie jest kwotą wystarczającą na pokrycie tych kosztów w sposób zapewniający zgodność wynagrodzenia pracowników z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z obowiązującymi przepisami prawa. Powyższa okoliczność niewątpliwie powinna skutkować skierowaniem przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Ponadto, w ocenie Odwołującego analiza złożonych przez Wykonawcę Constructo kosztorysów ofertowych prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie uwzględnił w cenie oferty kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów. Odwołujący powtórzył argument, że w kosztorysach Wykonawcy Constructo nie ma pozycji kalkulacja własna co świadczy o tym, że kalkulując cenę oferty wykonawca ten nie uwzględnił w niej kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów. Powyższe powinno

wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i w efekcie powinno skutkować skierowaniem do tego wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

II. W dniu 4 kwietnia 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie zawierająca oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Constructo.

W dniu 5 kwietnia 2024 r. do akt wpłynęło pismo Wykonawcy Constructo zawierające sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania oraz merytoryczne stanowisko w sprawie. Wykonawca Constructo uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Po pierwsze, wyłącznie jednoznaczne potwierdzenie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia może stanowić podstawę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Po drugie, w ocenie składu orzekającego Izby, ww. przepis ma zastosowanie w przypadku stwierdzenia, że zaoferowane przez wykonawcę świadczenie jest niezgodne z ustalonymi przez zamawiającego warunkami zamówienia. Jak wskazano w Komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023) w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: „Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.” Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy należy zauważyć, że zastosowanie ww. podstawy odrzucenia oferty miałyby miejsce w przypadku ustalenia, że wykonawca nie objął swoją ofertą świadczenia w postaci materiałów eksploatacyjnych. Natomiast nieuwzględnienie wszystkich elementów kosztotwórczych w kalkulacji ceny oferty czy jej błędne skalkulowanie może stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie innych przepisów (art. 226 ust. 1 pkt 8 lub 9 ustawy Pzp). Izba uznała, że materiał dowodowy sprawy nie potwierdza jednoznacznie, że Wykonawca Constructo sp. z o.o. nie objął swoją ofertą świadczenia w postaci materiałów eksploatacyjnych.

Ponadto, w ocenie składu orzekającego Izby odpowiedź udzielona przez Zamawiającego na pytanie nr 19 z dnia 26 stycznia 2024 r. stanowi jedynie propozycję ujęcia w kosztorysie kosztu materiałów eksploatacyjnych jako dodatkowej pozycji „kalkulacja własna”, a nie obligatoryjny wymóg.

(Pytanie: „We wzorze umowy jest napisane, że Wykonawca jest zobowiązany do wykonania na własny koszt corocznych przeglądów gwarancyjnych. Proszę o potwierdzenie, że materiały eksploatacyjne nie należy wliczać w przeglądy. Jeśli materiały eksploatacyjne należy wliczyć w przeglądy, to proszę o uzupełnienie przedmiaru.”)

Odpowiedź: „Ze względu na brak KNR do takich prac proszę pozycje dodać jako kalkulacja własna.”)

Jednocześnie na pytanie nr 18 z dnia 14 lutego 2024 r. („W nawiązaniu do odpowiedzi nr 19 z dnia 26.01.2024r Zamawiający informuję, że koszt corocznych przeglądów gwarancyjnych należy uwzględnić w dodatkowej pozycji jako kalkulacja własna, a jednocześnie w odpowiedzi nr 20 z dnia 22.01.2024r informuję, że Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę pozycji przez Oferentów w załączonych przedmiarach. W związku z powyższym, proszę o udzielanie zbieżnych odpowiedzi i uszczegółowienie w którym miejscu w przedmiarach należy dodać kalkulacje własną?”) Zamawiający udzielił odpowiedzi: „udostępnienie przedmiaru jest elementem pomocniczym a potencjalny Wykonawca jeżeli otrzymuje informacje w odpowiedzi, na zapytanie powinien uwzględnić w swojej wycenie w tym przypadku powinien uwzględnić serwisy swoich podwykonawców np. wentylacji, technologii itp.”.

Natomiast na pytanie nr 20 („Czy w przypadku braków w przedmiarach robót Wykonawca ma dołożyć daną pozycje do kosztorysu ofertowego? W takim przypadku oferty będą nieporównywalne.”) Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę przez Oferentów pozycji w załączonych przedmiarach.”)

W pytaniu nr 18 z dnia 14 lutego 2024 r zwrócono Zamawiającemu uwagę na sprzeczność udzielonych przez niego

odpowiedzi. W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający jednak nie wskazał, że jedynym sposobem uwzględnienia w kosztorysie kosztu materiałów eksploatacyjnych jest dodanie pozycji „kalkulacja własna”. Takie stanowisko nie zostało przez Zamawiającego zajęte również w odpowiedzi na odwołanie, gdzie stwierdził, że „dodanie w kosztorysach ofertowych dodatkowej pozycji zat. „kalkulacja własna” określającej materiały eksploatacyjne potrzebne w ramach przeglądów serwisowych w czasie udzielonej gwarancji nie stanowiło obowiązku wynikającego z SWZ, a było jedynie rekomendacją udzieloną w odpowiedzi na zapytania niektórych wykonawców, którzy prosili o wyjaśnienie gdzie w przedmiarach należy wycenić koszty gwarancji dla poszczególnych instalacji (np. pytanie nr 30). Z tego względu umieszczenie w kosztorysach ofertowych dodatkowej pozycji zat. „kalkulacja własna” nie stanowiło jedynej metody wyceny materiałów eksploatacyjnych potrzebnych w ramach przeglądów serwisowych w czasie udzielonej gwarancji, a wykonawcy mogli ująć je w ofercie również w inny sposób. Zdaniem zamawiającego wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza Constructo sp. z o.o. ujęła materiały eksploatacyjne oraz koszty przeglądów gwarancyjnych w swojej wycenie w cenach materiałów, tak aby zachować ostateczną postać przedmiarów robót udostępnionych przez zamawiającego. Takie działanie było dopuszczalne w związku z zamieszczeniem przez zamawiającego w dniach 14 lutego 2024 r. oraz 20 lutego 2024 r. na stronie postępowania aktualnych przedmiarów robót oraz udzielonym wykonawcom wyjaśnieniem, że zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację przedmiarów robót.”

Podsumowując, na podstawie materiału dowodowego rozpoznanej przez Izbę sprawy nie można jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawca Constructo nie objął złożoną ofertą świadczenia w postaci materiałów eksploatacyjnych - a jedynie można stwierdzić występowanie wątpliwości co do uwzględnienia przez tego wykonawcę kosztu materiałów eksploatacyjnych w kalkulacji ceny (czy zostały one uwzględnione w kosztorysie i w jaki sposób). Powyższe prowadzi do uznania w tym zakresie zasadności zarzutu nr 2. Wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę Constructo w odniesieniu do ww. kwestii w pierwszej kolejności powinny zostać poddane ocenie Zamawiającego, a dopiero w drugiej kolejności – (ewentualnie) ocenie Izby.

Izba uznała zarzut nr 2 za zasadny także w pozostałej części, tj. w zakresie stawki roboczogodziny kalkulacyjnej. Podana przez Wykonawcę Constructo stawka roboczogodziny kalkulacyjnej (25,00 zł) rodzi podejrzenia dotyczące nieuwzględnienia wszystkich kosztów zatrudnienia pracowników oraz niezgodności z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wyliczenia minimalnej stawki roboczogodziny przedstawione przez Wykonawcę Constructo w piśmie z dnia 5 kwietnia 2024 r. zostały dokonane w ten sposób, że za podstawę przyjęto stawkę wynagrodzenia netto pracownika, a zatem nie tylko nie przyjęto wynagrodzenia brutto pracownika, ale również dodatkowych kosztów pracodawcy (składek finansowanych przez pracodawcę). Przyjmując liczbę godzin pracy w I i II półroczu 2024 r. podaną przez Wykonawcę Constructo w ww. piśmie minimalna stawka godzinowa uwzględniająca wynagrodzenie brutto pracownika i składki finansowane przez pracodawcę powinna wynieść 30,91 zł w I półroczu 2024 r. ( $5\ 110,76\ \text{zł} \times 6 = 30\ 664,56\ \text{zł}; 30\ 664,56\ \text{zł} / 992 = 30,91$ ) oraz 30,59 zł w II półroczu 2024 r. ( $5\ 180,64\ \text{zł} \times 6 = 31\ 083,84\ \text{zł}; 31\ 083,84\ \text{zł} / 1016 = 30,59\ \text{zł}$ ). W postępowaniu odwoławczym Wykonawca Constructo podniósł, że kalkulując ofertę przyjął wszystkie wymagane koszty związane z zatrudnianiem pracowników, jednakże nie wszystkie koszty zostały ujęte w ramach stawki roboczogodziny kalkulacyjnej. Okoliczność ta wymaga jednak przedstawienia szczegółowych wyjaśnień przez Wykonawcę Constructo, które w pierwszej kolejności powinny zostać ocenione przez Zamawiającego.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała, że zaistniała podstawa do wezwania Wykonawcy Constructo do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: