

**Sygn. akt: KIO 252/24**

## **WYROK**

Warszawa, dnia 14 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Arkadis Sp. z o.o. S1 Sp. k., ul. Jasielska 11, 38-120 Czudec

w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Strzyżowski, ul. Przeclawczyka 15, 38-100 Strzyżów

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Labor Sp. z o.o., ul. Jastrzębia 4, 35-207 Rzeszów

### **orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Arkadis Sp. z o.o. S1 Sp. k., ul. Jasielska 11, 38-120 Czudec i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Arkadis Sp. z o.o. S1 Sp. k., ul. Jasielska 11, 38-120 Czudec tytułem wpisu od odwołania.

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 252/24**

## **Uzasadnienie**

Powiat Strzyżowski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad budową hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym

w Strzyżowie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 listopada 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00497641/01.

W dniu 22 stycznia 2024 r. wykonawca Arkadis Sp. z o.o. S1 Sp. k. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1). art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak równego traktowania;

2). art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak udzielenia zamówienia zgodnie z ustawą;

3). art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wybranego wykonawcy Labor Sp. z o.o. (dalej: „LABOR”), albowiem wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4). art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie następnej w kolejności oferty wykonawcy GASKOP, albowiem wykonawca również nie sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1). unieważnienia czynności wyboru oferty;

2). powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert;

3). wyboru oferty w zgodności zgodnie z ustawą Pzp;

Odnosząc się do oferty złożonej przez wykonawcę Labor Odwołujący ustalił, że wykonawca ten jest czynnym podatnikiem VAT, a zatem cena usługi (zgodnie z art. 7 pkt 1 ustawy Pzp) wynosi 88.560,00 zł w tym 18.560,00 zł podatek VAT, co daje netto 72.000,00 zł. Wobec powyższego, koszty bezpośrednie (tj. m.in. praca inspektora nadzoru); koszty pośrednie; zysk muszą być liczone w kwocie netto, a następnie powinny zostać odpowiednio powiększone o stosowny podatek VAT wynoszący dla tego typu usług 23%.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Labor w formularzu cenowym wykazał koszt brutto inspektora ds. elektrycznych w kwocie 19.000,00 zł w Lp. 3 tabeli, tj. formularza cenowego (kosztorysu wykonania usługi). Skoro zatem inspektor nadzoru ds. elektrycznych będzie kosztował wykonawcę brutto 19.000,00 zł, oznacza to, że w koszcie jest kwota VAT 23% = 3.552,85zł, a co w konsekwencji daje kwotę netto = 15.447,15zł (koszt pracy inspektora nadzoru). Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, wykonawca Labor w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że koszt inspektora nadzoru ds. elektrycznych będzie wynosił na poziomie 23.130,00 zł netto (koszt pracy inspektora nadzoru ds. elektrycznych). Odwołujący zauważył, że koszt pracy inspektora nadzoru ds. elektrycznych podany w wyjaśnieniach jest wyższy o 7.682,85 zł netto (23.130,00 zł – 15.447,15 zł), a co za tym idzie, o 9.449,90 zł brutto (7.682,85 zł x 1,23). Jak stwierdził Odwołujący, niewątpliwie zgodnie z prawami matematyki i ekonomii wartość 28.449,90 zł brutto (23.130,00 zł netto) zawarta w wyjaśnieniach wykonawcy jest większa niż wartość zaofiarowana przez tego samego wykonawcę w formularzu oferty w Lp. 3 tabeli (kosztorysu).

Odwołujący wywiódł, że skoro koszt pracy inspektora nadzoru ds. elektrycznych wg. wyjaśnień wykonawcy jest wyższy niż koszt zaofiarowany przez wykonawcę w formularzu cenowym (kosztorysie) to znaczy, że wykonawca nie jest w stanie we wskazanym w tabeli Lp. 3 koszcie wykonać przedmiotu zamówienia (a z pewnością usługi w zakresie nadzoru w branży elektrycznej przez inspektora nadzoru). Odwołujący podkreślił, że koszt faktyczny wg. wyjaśnień jest znacznie wyższy, tj. o ok. 50% niż zaofiarowany w formularzu cenowym (kosztorysie).

Odwołujący wskazał ponadto, że wykonawca Labor w formularzu cenowym wykazał koszty obsługi (ogólne) brutto w kwocie 2.560,00zł brutto (Lp.4 tabeli). Skoro zatem koszty obsługi (ogólne) brutto wynoszą 2.560,00zł, to oznacza, że w tym jest kwota VAT 23% = 478,70 zł, co daje kwotę netto 2.081,30 zł (koszt obsługi/ogólne). Jednocześnie, wykonawca Labor w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że koszt inspektora nadzoru będzie na poziomie 6.065,00 zł (koszt obsługi/ogólne). Koszt obsługi/ogólne podany w wyjaśnieniach jest zatem wyższy o 3.505,00 zł (6.065,00 zł – 2.650,00 zł). Zatem koszt obsługi /ogólne podany w wyjaśnieniach jest wyższy o 2.081,30 zł netto (6.065,00zł netto/7.459,59zł brutto/ wg. wyjaśnień minus 2.081,30 zł netto/2.650,00zł brutto/ wg. formularza cenowego / kosztorysu), a co za tym idzie, o 4.809,59 zł brutto/3.910,24 zł netto. W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, wykonawca Labor nie jest w stanie we wskazanym w tabeli Lp. 3 koszcie wykonać przedmiotu zamówienia (z pewnością usługi w zakresie nadzoru w branży elektrycznej przez inspektora nadzoru), skoro koszt faktyczny wg. wyjaśnień jest znacznie wyższy, tj. o ok. 191% niż zaofiarowany w formularzu cenowym (kosztorysie), co oznacza, iż wykonawca zaniżył faktyczne koszty w formularzu cenowym.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca nie dowiódł Zamawiającemu, że zaofiarowana cena nie jest rażąco niska.

W zakresie oferty złożonej przez wykonawcę Gaskop Odwołujący podniósł, że wykonawca ten jest czynnym podatnikiem VAT. Wobec tego, zaofiarowana cena usługi (zgodnie z art.7 pkt 1 ustawy Pzp) wynosi 79.950,00 zł, w tym 14.950,00 zł podatek VAT, co daje netto 65.000,00 zł. Powyższe wskazuje, jak zauważył Odwołujący, że wykonawca chce wykonać usługę w kwocie netto = 65.000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Gaskop w formularzu cenowym wykazał koszt brutto inspektora ds. konstrukcyjno-budowlanych w kwocie 24.000,00 zł brutto (Lp.1 tabeli). Skoro zatem inspektor nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych będzie kosztował faktycznie wykonawcę brutto 34.425,00 zł /9.720,00 zł + 4.860,00 zł + 13.230,00 zł + 6.615,00 zł) to oznacza, w ocenie Odwołującego, że koszt w formularzu cenowym wykonawcy Gaskop jest zaniżony, albowiem w formularzu cenowym koszt inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanego jest na poziomie 24.000,00 zł brutto. Zatem koszt pracy inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych podany w wyjaśnieniach jest wyższy o 9.449,90 zł brutto (34.425,00 zł brutto wg. wyjaśnień wykonawcy "minus" 24.000,00zł brutto wg. formularza cenowego). W wyniku porównania kwoty z wyjaśnień 234.425,00 zł brutto do kwoty brutto z formularza cenowego (kosztorysu) Odwołujący doszedł do przekonania, że faktyczny koszt inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych jest niewątpliwie wyższy od kosztu podanego w formularzu cenowym przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że skoro koszt pracy inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych wg. wyjaśnień wykonawcy jest wyższy niż koszt zaoferowany przez wykonawcę w formularzu cenowym (kosztorysie) to znaczy, że wykonawca nie jest w stanie we wskazanym w tabeli Lp. 1 koszcie wykonać przedmiot zamówienia (tj. usługi w zakresie nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej przez inspektora nadzoru). Odwołujący stwierdził ponadto, że skoro koszt faktyczny wg. wyjaśnień jest znacznie wyższy, tj. o ok. 39% wyższy niż zaoferowany w formularzu cenowym (kosztorysie), koszt oferty cenowej w tym zakresie został zaniżony, a co za tym idzie, wykonawca nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę rozumianą zgodnie z art. 7 pkt 1 ustawy Pzp.

Jak podał Odwołujący, wykonawca Gaskop w przedstawionych wyjaśnieniach wskazuje, że koszt usługi inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych (wg. Lp. 1 formularza cenowego) wynosi 24.600,00 zł brutto; natomiast koszt inspektora nadzoru ds. sanitarnych (wg. Lp.2 formularza cenowego) wynosi 24.600,00 zł brutto, oraz koszt inspektora nadzoru ds. elektrycznych (wg. Lp. 3 formularza cenowego) wynosi 24.600,00 zł brutto, co w konsekwencji daje nam koszt: 73.800,00 zł brutto. Jednak wg. wyjaśnień wykonawcy, ten sam koszt wynosi 77.355,00, zł brutto (17.820,00zł plus 59.535,00zł). Odwołujący zaznaczył, że faktyczny koszt wskazany w wyjaśnieniach wykonawcy, tj. koszt na poziomie 77.355,00, zł brutto jest wyższy od wskazanego odpowiednikowi kosztów w formularzu cenowym (kosztorysie) złączonym do oferty, który jest określony na poziomie 73.800,00 zł brutto (24.600,00 zł brutto "razy" 3 inspektorów). Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika również jednoznacznie, że koszt pracy inspektora nadzoru wg. wyjaśnień wykonawcy jest wyższy niż koszt zaoferowany przez wykonawcę w formularzu cenowym (kosztorysie), a to oznacza, że wykonawca nie jest w stanie we wskazanym w tabeli Lp. 1 i Lp. 2 oraz Lp. 3 koszcie wykonać przedmiot zamówienia (tj. usługi w zakresie nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej).

Ponadto, Odwołujący wskazał, że wykonawca Gaskop nie wykazuje kosztów obsługi okresu gwarancyjnego, której Zamawiający wymagał w rozdz. II ust.1. pkt.1 lit. c SWZ w zw. zapisami rozdz. III ust. 3 pkt 1 oraz §1 ust. 1 pkt 3 i §2 ust.1 projektu umowy.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że wykonawca Gskop nie dowiódł Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Labor Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Pismem z dnia 8 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Na wstępie rozważań należy zauważyć, że wymogiem ustawowym jest, aby odwołanie zawierało zwięzłe przedstawienie zarzutów, oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp). Powołanie jedynie przepisu ustawy, który miałby naruszyć zamawiający nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy, a przed wszystkim przedstawienie okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przepisów. Istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zamawiającemu i potencjalnym uczestnikom postępowania podjęcie czynności w postępowaniu odwoławczym (jak np. uwzględnienie odwołania, przystąpienie do postępowania odwoławczego itd.) oraz odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego. Wskazanie w odwołaniu konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp).

Z uwagi na powyższe, nowe zarzuty powołane przez Odwołujące w piśmie procesowym

z 8 lutego 2024 r. odnoszące się do zaniechania zweryfikowania wyjaśnień wykonawcy Labor pod kątem prawidłowości

kalkulacji składek ZUS, kosztów dojazdu, czasu świadczenia usługi i czasu pobytu personelu na placu budowy Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu za istotną Izba uznała okoliczność, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy (okoliczność bezsporna), a zatem wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego za cenę wyrażoną w ofercie (art. 632 Kodeksu cywilnego). Ponadto, formularz cenowy nie będzie stanowił podstawy rozliczeń między stronami, ma charakter jedynie informacyjny.

Izba miała również na uwadze, że aby można było mówić o zaoferowaniu przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, to cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia musiałaby kształtować się poniżej kosztów realizacji usługi. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnieniom mogą podlegać również części składowe oferty, jednak wtedy, gdy mają one istotne znaczenie. W przedmiotowej sprawie Odwołujący, pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, nie zakwestionował cen zaoferowanych przez wykonawców Labor i Gaskop za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący ograniczył zarzuty do kilku pozycji z ofert ww. wykonawców nie wskazując, że mają one istotne znaczenie i przełożenie na cenę jako całość.

Odnosząc oferty wykonawcy Labor zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczyły wyłącznie pozycji związanych z pracą Inspektora branży elektrycznej oraz kosztów ogólnych. W zakresie oferty wykonawcy Gaskop Odwołujący zakwestionował koszt pracy Inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych i brak wykazania kosztów obsługi okresu gwarancyjnego.

Jak wskazano powyżej, Izba przy rozpoznawaniu zarzutów miała na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz okoliczność, że kwoty wskazane w poszczególnych pozycjach formularza cenowego pozostają bez znaczenia z punktu widzenia rozliczeń pomiędzy stronami. Izba miała ponadto na względzie treść wezwań wystosowanych przez Zamawiającego do wykonawców. Treść wezwań miała ogólny charakter, Zamawiający nie skonkretyzował zakresu wyjaśnień, nie określił, które elementy wyceny budzą jego szczególne wątpliwości. Wobec tego, wykonawcy byli uprawnieni do przedstawienia sposobu kalkulacji ceny w sposób, który w ich ocenie był najbardziej odpowiedni.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykonawcy Labor oraz wykonawcy Gaskop, zostały sformułowane w sposób odpowiedni do treści wezwania Zamawiającego, w sposób wystarczający z punktu widzenia charakteru przedmiotu zamówienia i rodzaju wynagrodzenia, wskazują na realność zaoferowanej ceny. W ocenie Izby, w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania, podstawą stwierdzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę nie może być okoliczność, że w treści wyjaśnień wykonawca wskazał na wycenę części pozycji powyżej ceny wskazanej w formularzu ofertowym, jeśli w pozostałych pozycjach różnica ta została wyrównana, a zatem pozostaje to bez wpływu na zaoferowaną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Prawidłowość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Labor została dodatkowo potwierdzona oświadczeniem osoby, która podjęła się pełnienia funkcji inspektora nadzoru konstrukcyjno-budowlanego i sanitarnego.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. W konsekwencji, nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

**Przewodniczący:**.....