

**Sygn. akt KIO 1614/21**

**WYROK**  
**z dnia 23 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa w Węgrzcach (Węgrzce) oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jerzmanowice-Przebinia w Jerzmanowicach

przy udziale wykonawcy J. S. (S.) prowadzącego działalność pod firmą UNI-BUD J. S. w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa w Węgrzcach (Węgrzce) oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa w Węgrzcach (Węgrzce) oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodnicząca:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Jerzmanowice-Przegonia w Jerzmanowicach – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1127.), dalej jako: „ustawa” albo „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na rozbiórkę budynku Ochotniczej Straży Pożarnej na działce nr 765/1, budowę muru oporowego, budowę budynku Ochotniczej Straży Pożarnej z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodno-kanalizacyjną, c.o. i gazową w budynku na działkach 779/2, 765/1, budowę zewnętrznej instalacji elektrycznej od budynku do skrzynki pomiarowej oraz zewnętrznej instalacji kanalizacyjnej od budynku do studni kanalizacyjnej na działce nr 765/1 położonej w Raclawicach, jedn. ewid. Jerzmanowice - Przegonia. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 40934/01 z 27 kwietnia 2021 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

31 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. komandytowa w Węgrzcach oraz Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert: J. S. prowadzącego działalność pod firmą UNI BUD J. S. w Krakowie, dalej jako: „UNI-BUD”, oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Stambud” Sp. z o.o. w Modlnicy oraz 2K-Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Modlnicy, dalej jako „Konsorcjum Stambud” - jako ofert nieważnych na podstawie odrębnych przepisów - ceny ofertowe zostały skalkulowane przez wskazanych wykonawców z naruszeniem obowiązujących przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud - jako ofert, których treści są niezgodne z warunkami zamówienia, postanowieniami SWZ Rozdz. III pkt 23: „Podstawę do określenia kwoty ofertowej są w równej mierze opis techniczny dokumentacji, rysunki dokumentacji wszystkich branż, specyfikacje techniczne, SWZ, wiedza zawodowa Wykonawcy oraz obowiązujące normy i przepisy;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud jako ofert, z których każda zawiera cenę rażąco niską, wykazując wprost niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) - art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy;
4. art. 239 ustawy przez dokonanie przez zamawiającego wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty UNI-BUD, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 maja 2021 r.;
2. dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie ofert UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud;
3. dokonanie ponownej oceny ofert;
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący żądał również zasądzenia od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że zarzuty odwołania znajdują oparcie w fakcie, że w załączonych do oferty kosztorysach ofertowych jako podstawy do kalkulacji ceny ofertowej wskazano ceny jednostkowe roboczogodziny, odpowiednio w wysokości:

- 1) UNI-BUD - 20,60 zł/roboczogodzinę
- 2) Konsorcjum Stambud - 20,00 zł/roboczogodzinę.

J. S. prowadzący działalność pod firmą UNI BUD J. S. w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachował przesłanki ustawowe i wniósł o oddalenie odwołania.

Wobec stwierdzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba skierowała je na rozprawę. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W Rozdziale XIII SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” w pkt 6) zamawiający żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. W Rozdziale III pkt 21 SWZ zamawiający ustalił, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia kosztorys ten będzie materiałem poglądowym, informacyjnym dla zamawiającego. Nie będzie stanowił

podstawy do oceny ofert. W Rozdziale III pkt 22 SWZ zamawiający ustalił, że dane z kosztorysu będą podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy należnego mu z tytułu wykonania części przedmiotu zamówienia w sytuacji ewentualnego odstąpienia od umowy, jak również wynagrodzenia za ewentualne zabezpieczenie przerwanych robót, czy wyliczenia wartości robót zaniechanych. W Rozdziale III pkt 23 zamawiający postanowił, że podstawą do określenia kwoty ofertowej (ceny ofertowej) są: opis techniczny dokumentacji, rysunki dokumentacji wszystkich branż, specyfikacje techniczne, SWZ, wiedza zawodowa wykonawcy oraz obowiązujące normy i przepisy.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na 767.742, 79 zł netto (944.323, 63 brutto).

12 maja 2021 r. zamawiający otworzył oferty. Poinformował, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 978 687,37 zł (brutto). W postępowaniu złożono pięć ofert:

1	INVEKO s. c. R. G. M. G., ul. Floriańska 50, 32-590 Libiąż	1.064.012,12 zł
2	J. S. UNIBUD, ul. Macieja Słomczyńskiego 2/35, 31-234 Kraków	953.619,50 zł
3	Konsorcjum firm: Lider: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce Partner: Z. M. Zakład Remontowo-Budowlany M., ul. Raclawicka 27/19, 32-200 Miechów	996.014,34 zł
4	Konsorcjum firm: Lider: Stambud Sp. z o. o., ul. Św. Wojciecha 89, 32-085 Modlnica Partner: 2K-Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k ul. Św. Wojciecha 89, 32-085 Modlnica	978.185,68 zł
5	GIPS-BUD SP. z o. o. ul. Wielicka 25, 30-552 Kraków	1.270.621,84 zł

W załączonych do oferty kosztorysach ofertowych jako podstawy do kalkulacji ceny ofertowej wskazano ceny jednostkowe roboczogodziny, odpowiednio w wysokości:

- 1) UNI-BUD - 20,60 zł/roboczogodzinę
- 2) Konsorcjum Stambud - 20,00 zł/roboczogodzinę.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę UNI-BUD, jako drugą w kolejności ocenił ofertę Konsorcjum Stambud.

W tym stanie rzeczy odwołujący, którego oferta została oceniona jako trzecia w kolejności, wniósł odwołanie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Nieważność oferty jest zatem sankcją, która powinna być wskazana *expressis verbis* w konkretnym przepisie. Uszło uwagi odwołującego, że przepisy Pzp nie zawierają katalogu przesłanek nieważności oferty. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi oświadczenie woli wykonawcy. Do oceny ważności takiego oświadczenia, z mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 Pzp, zastosowanie znajdują zatem przepisy kodeksu cywilnego. O wadach oświadczeń woli stanowi Dział IV kodeksu cywilnego, który zawiera zamknięty katalog wad stanowiących o nieważności oświadczenia woli. Są nimi: brak świadomości lub swobody powzięcia decyzji i wyrażenia woli, pozorność, błąd oraz groźba. Okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu nie referują do żadnej z tych przesłanek. Odwołujący nie wskazuje przepisu stanowiącego o nieważności oferty, a zarzut nieważności ofert Uni-BUD i Konsorcjum Stambud opiera na przekonaniu, że stawka godzinowa, wskazana w kosztorysach ofertowych przez dwóch wykonawców konkurujących z nim o zamówienie publiczne, jest mniejsza niż minimalna stawka wyliczona przez odwołującego w oparciu o obowiązujące przepisy prawa pracy. Przesłanki odrzucenia oferty, zawarte w przepisach o charakterze eliminacyjnym, podlegają wykładni ścisłej. Okoliczności faktyczne wskazane przez odwołującego nie są powiązane z żadnym przepisem zawierającym sankcje odrzucenia oferty, stąd zarzut odwołania nie może być skuteczny.

Nie doszło również do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy to następca prawny art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) Oba przepisy regulują ten sam zakres przedmiotowy różniąc się wyłącznie nomenklaturą. Poprzedni przepis stanowił *in initio*, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej ustawy. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli aktualnie warunków zamówienia, to opisane w dokumentach zamówienia wymagania zamawiającego o charakterze merytorycznym dotyczące ilości, jakości, terminu lub innych warunków mających

znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia. W badanym postępowaniu kosztorys ofertowy nie stanowi, ani o spełnieniu wymagań zamawiającego opisanych w SWZ, ani o treści oferty, która podlega badaniu pod kątem przesłanek odrzucenia oferty. Zamawiający wyraźnie ustalił w Rozdziale III pkt 21 i 22 SWZ pomocniczy charakter kosztorysu. Kosztorys może być użyteczny w określonych sytuacjach wynikłych przy wykonaniu umowy, z czym spójne jest stwierdzenie, że kosztorys nie będzie stanowił podstawy do oceny ofert. Postanowienia SWZ mają charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. Odstąpienie od przestrzegania reguł postępowania opisanych w SWZ nie jest możliwe bez obrazy zasad prowadzenia postępowania. W konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia wywodzony z SWZ, która wyraźnie ustala, że kosztorys ofertowy nie może być podstawą oceny oferty, nie może znaleźć potwierdzenia.

Zamawiający nie naruszył również art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. Przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. O nietrafności tego zarzutu świadczy już samo porównanie cen ofert UNI-BUD i Konsorcjum Stambud z wartością zamówienia oraz kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący dąży do wyjaśnienia jednego elementu składającego się na cenę ofert konkurentów, stawki za roboczo-godzinę. Pomija jednak całkowicie, że wyjaśnienie ceny oferty zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp powinno mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy cena oferty lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uszło uwadze odwołującego, że nieznaczna różnica między wynagrodzeniem godzinowym wynikającym z powołanych przez niego przepisów, a stawką wskazaną w kosztorysach UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud (odpowiednio 10% i 11%) nie wpływa na zaniżenie ceny ofert jako całości. Dowodu na twierdzenie przeciwne odwołujący nie powołał. Tymczasem należy uwzględnić, że różnica w stawkach może wynikać nie tylko z faktu zatrudniania osób defaworyzowanych lub uzyskanego dofinansowania, jej źródłem może być również system pracy i rozliczenia przyjęte u danego pracodawcy.

Izba uwzględniła, że celem badania ceny oferty jest ustalenie, czy wysokość tej ceny daje racjonalne podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany stosownie do wymagań zamawiającego z należytą starannością. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że cena podania w ofertach przez konkurentów jest niewystarczająca dla osiągnięcia tego celu. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zamawiający miał uzasadnione powody, by badać ceny ofert wskazanych wykonawców, w tym również pod kątem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny, zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002

r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564). Odwołujący całkowicie pomija przy tym, że art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy stanowi o zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W odniesieniu do tego zarzutu aktualne pozostają również oceny wywodzone z postanowienia Rozdziału III pkt 21 i 22 SWZ. Zamawiający postanowił wprost, że kosztorys ofertowy nie stanowi podstawy do badania oferty, zatem w okolicznościach sporu, przy badaniu ceny oferty, powinna być brana pod rozwagę całkowita cena oferty, a ta nie jest ceną rażąco zaniżoną.

Skoro oferty UNI-BUD i Konsorcjum Stambud nie podlegają odrzuceniu, nie doszło również do naruszenia art. 239 Pzp. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana przez zamawiającego zgodnie z ustawą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

**Przewodnicząca:** .....