

Sygn. akt: KIO 1327/18

WYROK

z dnia 23 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 6 lipca 2018 r. przez **wykonawcę Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie**

- przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: F.H.U. ADIM Pomoc Drogowa A. K., Stan-Bruk s.c. J. S. (1) oraz J. S. (2)** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie w zakresie części I Zadania 1,2,3,6;**
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze - w zakresie części III Zadania nr 1 - z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszego zarzutu;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2018 do 2022 z podziałem na części w zakresie dotyczącym: Części I Rejon Dróg Wojewódzkich Kraków – Zadanie 1. Droga wojewódzka nr 774, 780, Części I. Rejon Dróg Wojewódzkich Kraków – Zadanie 2. Droga wojewódzka nr 780, 781, Części I Rejon Dróg Wojewódzkich Kraków – Zadanie 3. Droga wojewódzka nr 781, Części I Rejon Dróg Wojewódzkich Kraków – Zadanie 6. Droga wojewódzka nr 948, 949, Części III Rejon Dróg Wojewódzkich Myślenice – Zadanie 1. Droga wojewódzka nr 946, 956, 957”*.

Wykonawca Eurovia Polska S. A. z siedzibą w Kobierzycach (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 6 lipca 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołał na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: F.H.U. ADIM Pomoc Drogowa A. K., Stan-Bruk s.c. J. S. (1) oraz J. S. (2) oraz 2) wykonawcy P.U.P.H. „DROGBUD” K. S. odpowiednio w części I i III, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach oraz odrzucenia ofert poszczególnych wykonawców w części I i III.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: F.H.U. ADIM Pomoc Drogowa A. K., Stan-Bruk s.c. J. S. (1) oraz J. S. (2), jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: F.H.U. ADIM Pomoc Drogowa A. K., Stan-Bruk s.c. J. S. (1) oraz J. S. (2) (zwanym dalej również: „Przystępującym”). Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia wykonawcy P.U.P.H. „DROGBUD” K. S. z uwagi na brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpiono. Ponadto Odwołujący w zakresie

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że zarzuty odwołania opierają się na nieprawidłowym w świetle zapisów SIWZ i wymogów ustawy Pzp dokonaniu we wskazanych w odwołaniu ofertach kalkulacji jednego ze składników ceny ofertowej, a mianowicie stawki dyżuru Zimowego Utrzymania Drogi (ZUD) ceny jednostkowej za jedną dobę dyżuru ZUD. Zamawiający dokonując badania i oceny ofert nie powziął żadnych wątpliwości co do prawidłowości formalnej i realności stawek dyżuru ZUD zaoferowanych w ofertach wskazanych w odwołaniu, gdyż przedmiotowe ceny jednostkowe nie przekraczały cen szacowanych ujętych w kalkulacji inwestorskiej. Ponadto w niniejszym postępowaniu złożone zostały stosowne oświadczenia wykonawców w następującym przedmiocie:

- cena ofertowa uwzględnia wartość podatku VAT według jednolitej stawki w wysokości 23 % (stawki podstawowej) dla wszystkich grup i asortymentów robót / usług objętych zamówieniem (pkt 2.1. formularza ofert),
- przedmiotowe zamówienie wykonane zostanie zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (pkt 5.1. formularza oferty),
- zapoznania się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami i warunki w niej zawarte przyjmują bez zastrzeżeń (pkt 5.4. formularza oferty),
- zawarty w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wzór umowy został przez wykonawców zaakceptowany i wykonawcy zobowiązali się w przypadku wyboru ich oferty do zawarcia umowy na warunkach w nim zapisanych, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (pkt 5.6. formularza oferty),

- ponadto wykonawcy zobowiązali się do wypełniania wymogów związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 5.7. formularza oferty).

Zamawiający nie miał powodów, aby poddawać w wątpliwość prawdziwość, czy realność przedmiotowych oświadczeń w kontekście zaoferowanych cen ofertowych oraz cen jednostkowych poszczególnych składowych cenotwórczych.

Na podstawie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej za jedną dobę dyżuru ZUL), która została sporządzona z uwzględnieniem kosztów na poziomie akceptowalnym, tj. oparta o koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny za jedną dobę dyżuru ZUD nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu o pracę, Zamawiający wyliczył minimalną, akceptowalną, realną stawkę jednej doby prowadzenia dyżuru ZUD. Kalkulacja ta obejmowała minimalne koszty, jakie winne być uwzględnione przy obliczeniu ceny jednostkowej za jedną dobę dyżuru ZUD

- pracochłonność jako ilość roboczogodzin świadczenia usług przez, zgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu o *pracę, przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi i obejmującą wykonanie czynności wskazanych w definicji dyżuru to jest: kontrolę warunków pogodowych, kontrolę stanu dróg oraz wynikające z obowiązków dyżurnego prowadzenie dokumentacji dyżurów i pracy sprzętu oraz składanie meldunków do dyżurnego RDW,
- stawkę godzinową przyjętą z uwzględnieniem regulacji prawnych dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w kalkulacji zastosowano stawkę roboczogodziny na poziomie I KW 2018 r. według SEKOCENBUD w wysokości 14,55 zł, która jest stawką wyższą od aktualnej ustawowej minimalnej stawki godzinowej wynoszącej 13,70 zł,
- narzuty kosztów: koszty pośrednie, zysk,
- kwotę podatku od towarów i usług VAT według stawki 23%.

Wyliczona przez Zamawiającego zgodnie z powyższymi czynnikami minimalna stawka jednej doby prowadzenia dyżuru ZUD wyniosła 193,79 zł brutto. W ocenie Zamawiającego była to stawka realna, uwzględniająca wszystkie wymagane aspekty cenotwórcze i względem tej stawki dokonywana była weryfikacja treści złożonych ofert.

W odniesieniu do przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji minimalnej ceny jednostkowej brutto za jedną dobę dyżuru ZUL) stwierdzić należy, iż z uwagi na swoją niekompletność nie może być ona uważana za poprawną — jest znacznie zawyżona.

Kalkulacja Odwołującego nie uwzględnia chociażby faktu, iż obowiązki dyżurnego ZUL), w celu obniżenia kosztów pełnienia dyżuru, mogą być realizowane przez pracowników

Wykonawcy w ramach części obowiązków, jakie realizują w trakcie podstawowych godzin pracy (Zamawiający nie wymagał wyłączności w zakresie pełnienia tej funkcji). Koszty jakie ponosi Wykonawca w takim przypadku związane są jedynie z czasem bezpośrednio związanym z czynnościami, jakie wykonuje pracownik w związku z pełnieniem dyżuru ZUD. Pracochłonność czynności dyżurnego ZUD jest realnym odzwierciedleniem ponoszonych przez Wykonawcę kosztów pełnienia jednej doby dyżuru ZUD, które są znacznie niższe, niż skalkulowana przez Odwołującego się kwota 404,42 zł brutto za dobę pełnienia dyżuru. Mając powyższe na uwadze w sytuacji, gdyby zaoferowane przez Wykonawców, którzy złożyli oferty kwestionowane w odwołaniu, ceny jednostkowe za jedną dobę dyżuru ZUD) byłyby niższe niż wyliczona przez Zamawiającego minimalna stawka jednej doby prowadzenia dyżuru ZUD wynosząca 193,79 zł brutto, Wykonawcy ci zostaliby wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 (lub art. 90) ustawy Pzp. Ponadto taki zarzut nie został również postawiony przez Odwołującego w złożonym odwołaniu. Tymczasem w kwestionowanych przez Odwołującego ofertach ceny jednostkowe brutto za jedną dobę dyżuru ZUD są znacząco wyższe od wskazanej stawki minimalnej (wyliczonej na potrzeby prowadzonego postępowania przez Zamawiającego) i wynoszą: Część I Zadanie 1 — stawka 360,00 zł (oferta wybrana), Część I Zadanie 2 — stawka 360,00 zł (oferta wybrana) oraz stawka 290,00 zł (oferta kolejna w rankingu), Część I Zadanie 3 — stawka 360,00 zł (oferta wybrana), Część I Zadanie 6 — stawka 360,00 zł (oferta wybrana), stawka 290,00 zł (oferta kolejna w rankingu) i stawka 400,00 zł (oferta kolejna w rankingu), Część III Zadanie 1 — stawka 360,00 zł (oferta wybrana). Powyższe wskazuje, że zaoferowane ceny nie tylko pokrywają w pełni wymagane koszty pełnienia dyżuru ZUD), ale zawierają wysoki narzut zysku — w kontekście ustalonej jako w pełni realna i zgodna z wymogami wynikającymi z powszechnie obowiązującego praw oraz treści SIWZ minimalna stawka dyżuru ZUD (193,79 zł).

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu. W zakresie zadania III Izba umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszego zarzutu.

Przewodniczący:

.....