

WYROK
z dnia 6 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę AKAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Tyczyn

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę J. G. prowadzący działalność gospodarczej pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany J.G..
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gminę Tyczyn prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą pn. „Budowa segmentu dydaktyczno-żywnościowego przy Szkole Podstawowej w Tyczynie – etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 marca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00084642/01 .

I. W dniu 19 kwietnia 2022 r. wykonawca AKAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, naruszających następujące przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę J.G. prowadzący działalność gospodarczej pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany J.G. ZRB J.G. (dalej jako „wykonawca ZRB”), mimo że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę mają charakter ogólnikowy, nie poparty żadnymi dowodami i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz nie czynią zadość treści wezwania zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZRB, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 95 ust. 1 Pzp w zw. z pkt III.8 SWZ w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZRB, pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaferowaniu stawki za roboczogodzinę niższej, aniżeli faktycznie ponoszone w tym zakresie koszty związane z zatrudnieniem pracowników odpowiednio na podstawie umowy o pracę;
- 4) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez uznanie za skutecznie zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa informacje złożone wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (ofert handlowe dostawców), podczas gdy wykonawca ZRB nie wykazał ani nie udowodnił przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nie przedłożył zamawiającemu przedmiotowych informacji.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz odrzucenia oferty wykonawcy ZRB.

II. Zamawiający nie udzielił pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Stanowisko w sprawie zamawiający przedstawił na rozprawie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Zarzut ten, co potwierdził odwołujący w toku rozprawy, dotyczył dokumentów, które w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę ZRB w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rozpatrywanie skuteczności zastrzeżenia takich dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa byłoby zatem całkowicie bezprzedmiotowe, a postawiony w tym zakresie zarzut należało uznać za oczywiście bezzasadny.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za uzasadnione.

Izba pominęła dowody złożone na rozprawie przez odwołującego z uwagi na to, że wykraczały poza zakres zarzut postawionych w odwołaniu.

W szczególności należy wskazać, że wykonawca ZRB nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Obowiązek ten, wynikający z przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, spoczywał na wykonawcy ZRB w związku ze skierowaniem do niego przez zamawiającego wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny (pismo zamawiającego z dnia 31 marca 2022 r.). W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca ZRB udzielił wyjaśnień (pismo wykonawcy ZRB z dnia 6 kwietnia 2022 r.), które prawie w ogóle nie zawiera konkretnych danych i wyliczeń. Do wyjaśnień nie zostały załączone żadne dowody poza referencjami, które jednak w kontekście oceny oferty pod kątem występowania w niej rażąco niskiej ceny, mają znikome znaczenie. Wykonawca ZRB nie przedstawił wyjaśnień i dowodów dotyczących warunków dostaw i usług kształtujących cenę, czego dotyczył pkt 1 wezwania zamawiającego. Powołanie się na zastrzeżenie ofert

handlowych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest głośne. Wykonawca ZRB nie wykazał, że faktycznie zastrzeżenia takie zostały poczynione. Ponadto, oferty te mogły zostać złożone i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ewentualnie, mogły zostać złożone w postępowaniu w postaci częściowo zanonimizowanej (ocena takich dowodów należałaby do zamawiającego). Wykonawca ZRB nie przedstawił również konkretnych wyjaśnień jak i dowodów w zakresie pkt 3 wezwania, w treści którego zamawiający wymagał wskazania „*jaka podstawa będzie przyjęta do wypłaty wynagrodzenia i odprowadzona składka na ubezpieczenia społeczne przez wzgląd na zawartą w ofercie stawkę roboczogodziny 17,00 zł*”. W tym zakresie zostały jedynie podane informacje odnośnie procentowej wartości kosztów pośrednich i zysku. Ponadto przytoczone zostały powszechnie dostępne „*wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce w 2022 roku*”, które jednak nie odnoszą się bezpośrednio do indywidualnej kalkulacji ceny oferty wykonawcy ZRB. W tym zakresie istotne znaczenie miałyby złożone wraz z wyjaśnieniami dowody, potwierdzające zgodność przyjętego wynagrodzenia personelu z powszechnie obowiązującymi przepisami (które mogły zostać złożone w postaci zanonimizowanej). Jednakże takie dowody nie zostały przedstawione.

Podsumowując, złożone przez wykonawcę ZRB wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny Izba uznała za bardzo mało konkretne i nieoparte żadnymi dowodami. W konsekwencji należało uznać, że wykonawca ZRB nie sprostął obowiązkowi spoczywającemu na nim zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, co oznacza, że jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z wymienionych przepisów odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Dodatkowo jako podstawę odrzucenia odwołania wskazuje się art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykonawca ZRB w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wykazał, że przyjęta przez niego stawka roboczogodziny (17,00 zł) jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Nie zostało to również udowodnione przez wykonawcę ZRB w toku postępowania odwoławczego, w którym wykonawca ten nie wziął udziału. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690) minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3010 zł (a zatem w przeliczeniu na godzinę: 18,02 zł), z kolei minimalna stawka godzinowa wynosi 19,70 zł. Natomiast z samych *wyliczeń minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce w 2022 roku* zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy ZRB wynika, że minimalna

kalkulacyjna stawka godzinowa wynosi 25,32 zł. Oferowanie za realizację zamówienia ceny, która pozostaje w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa należy uznać za działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, ze zm.).

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, 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. 5 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). Kosztami postępowania Izba w całości obciążyła zamawiającego, kierując się wagą uwzględnionych zarzutów, prowadzących do wyeliminowania z postępowania oferty wykonawcy ZRB.

Przewodniczący: