

WYROK

z dnia 23 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 r. przez **wykonawcę ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Miasto Podkowa Leśna z siedzibą w Podkowie Leśnej**

przy udziale wykonawcy **MKL-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy MKL-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pk 2 oraz 4 ustawy Pzp;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Miasto Podkowę Leśną z siedzibą w Podkowie Leśnej i:**
 - 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) **zasądza od Zamawiającego: Miasta Podkowy Leśnej z siedzibą w Podkowie Leśnej kwotę 13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero

groszy) na rzecz **wykonawcy ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Podkowa Leśna z siedzibą w Podkowie Leśnej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Przebudowa Alei Lipowej w Podkowie Leśnej polegająca na wykonaniu ścieżki rowerowej i chodnika w podziale na etapy, t.j. Etap I – zadanie 1 – Budowa ścieżki rowerowej i zjazdów, zadanie 2 – Przebudowa sieci teletechnicznej Etap II – Budowa chodnika od strony ronda”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 9 grudnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MKL-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ww. wykonawcy z postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz ofertę wykonawcy MKL-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

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 wykonawcy MKL-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Miasto Podkowa Leśna z siedzibą w Podkowie Leśnej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Przebudowa Alei Lipowej w Podkowie Leśnej polegająca na wykonaniu ścieżki rowerowej i chodnika w podziale na etapy, t.j. Etap I – zadanie 1 – Budowa ścieżki rowerowej i zjazdów, zadanie 2 – Przebudowa sieci teletechnicznej Etap II – Budowa chodnika od strony ronda”*.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2019 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnień zaoferowanej w postępowaniu ceny. Zgodnie z wezwaniem Zamawiający oczekiwał w szczególności: złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny (w tym złożenia dowodów) dotyczących wyliczenia ceny, szczegółowego wyliczenia kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia, kosztu zakupu materiałów, kosztów wynagrodzenia pracowników, przewidywanej liczby godzin wykonywania przedmiotu zamówienia, kosztu dojazdu na plac budowy. Wykonawca w dniu 26 listopada 2019 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia.

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy MKL-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępującego wyjaśnień zgodzić należało się z Odwołującym, że Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawił ogólnikowe i niekompletne wyjaśnienia ze szczątkowymi dowodami. Zgodzić należało się, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach w żaden sposób nie wskazał kosztów, jakie ponosi w związku z eksploatacją sprzętu. Przystępujący nie wskazał, jaki sprzęt i maszyny niezbędny do wykonania

zamówienia faktycznie posiada. Zgodzić należało się również, że Przystępujący w żaden sposób nie przedstawił konkretnych kosztów związanych i skalkulowanych z użyciem sprzętu i maszyn. Przystępujący wskazał jedynie na użycie „dużej ilości” sprzętu, jednak w żadnym miejscu wyjaśnień nie przedstawił listy posiadanego sprzętu - ich rodzaju i ilości - jaki zamierza użyć w celu wykonania zamówienia.

Przystępujący w swych wyjaśnieniach nie wykazał również w jaki konkretnie sposób wykonawca zamierza ograniczyć koszty pracowników fizycznych w związku z zastosowaniem tego sprzętu. Zgodzić należało się również że Przystępujący nie wykazał w wyjaśnieniach lokalizacji zaplecza w stosunku do miejsca realizacji robót. Nie wyjaśnił również, w jaki konkretnie sposób wpływa to na obniżenie kosztów wykonania zamówienia, fakt lokalizacji zaplecza. Bez wątplenia sprzęt i maszyny muszą być transportowane, co generuje koszty tak pracy personelu obsługi maszyn, jak i koszty samych materiałów eksploatacyjnych oraz nośników tego sprzętu np. lawet, samochodów ciężarowych itd., a wykonawca nie podał w treści wyjaśnień jakichkolwiek konkretnych informacji, które pozwoliłyby na ocenę wpływu powyższych okoliczności na cenę ofertową. Ponadto Przystępujący nie przedstawił kalkulacji ceny ofertowej na potrzeby przedmiotowego zamówienia, nie wykazał w wyjaśnieniach jakiegokolwiek personelu kierowniczego, nie wskazał wynagrodzenia tego personelu a także kosztu jaki poniesie w związku z zaangażowaniem go w realizację zamówienia.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że sam fakt posiadania własnego personelu kierowniczego nie jest okolicznością nadzwyczajną i w nadzwyczajny sposób wpływającą na cenę oferty, a wykonawca takiego konkretnego kosztu i możliwości jego obniżenia w stosunku do rynkowego nie wykazał. Zgodzić należało się, że Przystępujący nie wskazał konkretnych stawek rozliczeniowych personelu, ani konkretnego wynagrodzenia tego personelu poprzestając jedynie na zapewnieniach. Przystępujący w odniesieniu do tych kosztów poprzestał na zapewnieniu minimalnego wynagrodzenia personelu. W żaden sposób nie udowodnił ani nie wykazał, jakie faktycznie stawki wynagrodzenia są stosowane w przedsiębiorstwie. Nie wskazał nakładu czasu pracy, ani ilości przewidywanego personelu na potrzeby wykonania zamówienia.

Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny

być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby wobec przedstawionej argumentacji Przystępujący złożył wyjaśnienia, które nie odpowiadały na wiele pytań Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że to na wykonawcy składającym takie wyjaśnienia spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie może opierać się wyłącznie na zapewnieniach wykonawcy.

W konsekwencji wobec braku wyjaśnień w kluczowych elementach o które zwracał się Zamawiający, brak kalkulacji oraz dowodów związanych z kosztem zatrudnienia – o które również zwracał się Zamawiający należało uznać, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Odwołującym, że złożone wyjaśnienia miały jedynie charakter zapewnień, oświadczeń, twierdzeń bez powiązania z wyceną ofertową oraz bez jakichkolwiek dowodów (za wyjątkiem tych dotyczących materiałów) – które potwierdzałyby, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W konsekwencji wobec złożonych wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oraz jego twierdzeń dotyczących zastosowania materiałów równoważnych należało uznać, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że działanie wykonawcy – wskazującego na zastosowanie rozwiązań równoważnych – wbrew postanowieniom oferty jest jej istotną zmianą i skutkować może tylko jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....