

**WYROK**  
**z dnia 27 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                      **Anna Kuszel - Kowalczyk**

**Protokolant:**                              **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawcę **Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Głubczycki w Głubczycach**

przy udziale wykonawcy **A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich A. B. z siedzibą w Głubczycach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Powiatowi Głubczyckiemu w Głubczycach** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty złożonej przez **Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach** na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Głubczycki w Głubczycach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Powiatu Głubczyckiego w Głubczycach** na rzecz **Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach** kwotę 13 917 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

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.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) 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 – Powiat Głubczycki w Głubczycach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa drogi powiatowej nr 1220O na odcinku Lewice-Michałkowice oraz drogi powiatowej nr 1241O w miejscowości Lewice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 776457-N-2020 z 31 grudnia 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. z siedzibą w Głubczycach i odrzucił ofertę złożoną przez Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach.

Wykonawca Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o., wniósł odwołanie 4 maja 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu rzekomego przyjęcia przez Odwołującego stawki godzinowej niższej niż minimalna stawka godzinowa, podczas gdy w rzeczywistości odwołujący w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny przyjął koszty pracy na poziomie wyższym niż minimalne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym z uwzględnieniem oferty odwołującego
4. obciążenie kosztami postępowania zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 10 000 zł stanowiącej koszty poniesione w tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie przedłożonych na niej dokumentów.

Zamawiający nie udzielił pisemnej odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Wykonawca A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich A. B. z siedzibą w Głubczycach przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu i odwołującemu kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z 25 maja 2021 r. przystępujący odniósł się do zarzutów odwołania.

### **Izba ustaliła co następuje:**

Zamawiający wszczął postępowanie na przebudowę drogi powiatowej nr 1220O na odcinku Lewice-Michałowice oraz drogi powiatowej nr 1241O w miejscowości Lewice. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 776457-N-2020 z 31 grudnia 2020 r.

W pkt 8.1 pkt 4 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć Kosztorys ofertowy „(Do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy szczegółowy)”.

W terminie składania ofert oferty złożyło 9 wykonawców.

Przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia – 4 534 622,34 zł brutto (odpowiadającą wartości szacunkowej powiększonej o podatek od towarów i usług).

W postępowaniu oferty złożyło 9 wykonawców, którzy za wykonanie zamówieni wskazali ceny:

1. P.U.H. DOMAX w Boronowie – 3 192 621,55 zł;
2. GRUNT Usługi Drogowe J. T. w Głubczycach - 3 664 771,21 zł;
3. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe LARIX Sp. z o.o. w Lublińcu – 3 199 808,11 zł;

4. Odwołujący – 2 675 250,00 zł;
5. TECHNICAL SOLUTIONS Sp. z o.o. w Kędzierzynie- Koźlu – 3 298 562,06 zł;
6. Przedsiębiorstwo handlowo- Usługowe TRANSKOM w Jaryszowie – 3 690 000,00 zł;
7. ADAC-LEWAR Sp. z o.o. w Przystajni – 3 570 091,80 zł;
8. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z Raciborzu – 3 067 365,25 zł;
9. Przystępujący – 2 762 016,24 zł.

Pismem z 22 lutego 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie ceny jego oferty, wskazując, iż „W związku z tym, że Wasza oferta jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego w związku z tym zgodnie z art. 90 ust. 1 zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień co do składników cenowych w kosztorysie ofertowym. Z powyższego wynika, iż zaoferowana cena przez Wykonawcę może zostać uznana za cenę rażąco niską i na tej podstawie oferta Wykonawcy może zostać odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z 24 lutego 2021 r., przedstawiając w złożonych wyjaśnieniach sprzyjające i dostępne Wykonawcy warunki cenotwórcze wykonania zamówienia, argumentację za uznaniem zaoferowanej przez niego ceny jako ceny rynkowej oraz założenia do wyliczenia stawki robocizny i wyliczenie tej stawki. Ponadto odwołujący załączył do składanych wyjaśnień dowody dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny. Przedłożone wyjaśnienia zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, stąd odniesienie się do nich przez Izbę nastąpi w stopniu ogólnym.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia i pismem z 27 kwietnia 2021 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że „Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. W § 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1569) wskazano, że od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł”. Natomiast, w ofercie wykonawcy stawka ta wynosiła 15 zł. Skierowanie do wnioskodawcy, pismem z dnia 22.02.2021 r., wezwania do złożenia wyjaśnień spowodowało powstanie domniemania zaoferowania przez wnioskodawcę ceny rażąco niskiej, które to wykonawca winien – poprzez swoje wyjaśnienia i dowody – obalić (art. 90 ust. 2 nakładający na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu), czego wykonawca w ocenie zamawiającego nie wykonał.”

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba dokonała powyższych ustaleń na podstawie dowodów z pism znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w aktach niniejszej sprawy odwoławczej oraz w aktach sprawy o sygn. akt KIO 566/21.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba rozpoznała odwołanie ściśle w granicach podniesionych w nim zarzutów, które odnosiły się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego podanego w informacji z 9 marca 2021 r. i niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego i pominęła argumentację zamawiającego przedstawianą z przekroczeniem tych granic na rozprawie.

Zgodnie z art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dostrzec trzeba, że przywołany przepis realizuje podstawowe zasady procedury odwoławczej: równości stron oraz kontrydiktoryjności. Ponieważ stosownie do art. 513 pkt 1 i 2 nPzp przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany przez przepisy ustawy, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby może być wyłącznie ta czynność lub zaniechanie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w dacie czynności lub zaniechania. O treści zarzutu odwołania decydują bowiem wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne i prawne, a te z kolei mają swe źródło w uzasadnieniu kwestionowanej czynności. Czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana przez zamawiającego z uwagi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu i spór powinien być prowadzony w ich granicach, w przeciwnym razie zakres sporu byłby definiowany na etapie rozprawy, co uniemożliwiłoby rzetelne przygotowanie się stron i uczestnika. Jednocześnie Izba wskazuje, iż przedmiotem postępowania odwoławczego jest cena prawidłowości czy też zaniechań do których dopuścił się zamawiający, Izba nie dokonuje czynności w postępowaniu w zastępstwie zamawiającego.

Izba zważyła, że zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego jako podstawę prawną wskazał art. 90 ust. 3 Pzp.

Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę tylko z powodu otrzymania niedostatecznych wyjaśnień, czy też jak wskazał zamawiający z powodu nie obalenia domniemania, że cena oferty jest ceną rażąco niską, jednak o niedostatecznych, zbyt ogólnych wyjaśnieniach można mówić w sytuacji, gdy wykonawca odpowiada bardzo ogólnie, w szczególności nie odwołując się do realiów postępowania i treści swojej oferty. Tymczasem w badanym postępowaniu odwołujący odpowiedział na żądanie zamawiającego, a wobec niesprecyzowania żądanych informacji odniósł się do tych elementów oferty, które samodzielnie uznał za istotne z punktu widzenia oferty. Odniósł się do sprzętu, materiałów czy też kosztów robocizny. Zamawiający otrzymał zatem wyjaśnienia adekwatne do wezwania, które skierował do odwołującego. Jeśli zdaniem zamawiającego niektóre z podanych informacji wymagały doprecyzowania, zamawiający mógł i powinien był wystąpić do odwołującego o wyjaśnienia uzupełniające. Wyjaśnienia takie dotyczyłyby bowiem informacji już podanych w wyjaśnieniach udzielonych pierwotnie.

Nie można się zgodzić z tezą prezentowaną przez przystępującego, o zbyt ogólnych wyjaśnieniach złożonych przez odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący odpowiedział adekwatnie do wezwania podając informacje, które uznał za właściwe. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający dysponował złożonym przez odwołującego wraz z ofertą kosztorysem szczegółowym, mógł więc wskazać konkretne pozycje, których wycena budziła jego wątpliwości, lecz tego nie uczynił. Zamawiający nie wskazał, żadnych powodów, dla których uznał, że cena oferty odwołującego lub koszty poszczególnych pozycji zostały rażąco zaniżone. W szczególności nie odniósł się do stawki za roboczogodzinę zaoferowanej przez odwołującego. Izba stwierdziła, iż powołanie się przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenie oferty odwołującego na stawkę godzinową wynikającą z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., było niewłaściwe, gdyż stawka ta, w związku z argumentacją odwołującego o zatrudnianiu pracowników na podstawie umowy o pracę, nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Ponadto przyjęte przez zamawiającego stanowisko polegające na porównaniu minimalnej stawki godzinowej ze stawką za 1 roboczogodzinę, w ocenie Izby, stanowiło znaczące uproszczenie i nie uwzględniało wyjaśnień odwołującego odnoszących się do tego zakresu. Jednocześnie Izba wskazuje, iż przychyliła się do argumentacji odwołującego, stwierdzającej, iż wobec braku ustalenia przez zamawiającego zasad kosztorysowania poszczególnych elementów oraz braku ustalenia takich zasad w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, wykonawcy przysługuje w zakresie sposobu kosztorysowania pewna swoboda i możliwość ujęcia części kosztów robocizny w kosztach pośrednich.

Ponownie Izba wskazuje, że jeśli zamawiający nie potrafił ocenić kosztów pracy podanych przez odwołującego, mógł i powinien był wystąpić o wyjaśnienia uzupełniające.

Izba zważyła, że wyjaśnienia odwołującego nie potwierdzają, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wobec zapytania zamawiającego, odwołujący odniósł się do elementów składowych istotnych dla obliczenia ceny swojej oferty: pracy,

posiadanego sprzętu, materiałów, sprostą zatem wynikającemu z art. 90 ust. 2 oraz art. 191 ust. 1 pkt 1a Pzp obowiązkowi wykazania, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Ocena tych wyjaśnień nastąpiła zatem z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. Zamawiający pominął przy tym, że o aktualnej sytuacji rynkowej świadczy przede wszystkim poziom cen ofert w postępowaniu. Różnica ceny oferty odwołującego w stosunku do cen wszystkich złożonych ofert nie przekracza 20%, co przeczy tezie o rażącym zaniżeniu ceny tej oferty. Zamawiający jest wprawdzie zobowiązany zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp do tego, aby wystąpić do odwołującego o wyjaśnienia ceny jego oferty, gdyż cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz mógł to uczynić zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jednak nie powinien tracić z pola widzenia poziomu cen wynikających ze złożonych ofert.

Skoro wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie potwierdzają rażąco niskiego charakteru ceny jego oferty, zamawiający odrzucając tę ofertę naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie, którego dopuścił się zamawiający może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....