

Sygn. akt: KIO 1308/22

WYROK

z dnia 26 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2022 roku Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawcę **MHM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Marszewie**

przy udziale wykonawcy **M. K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.),
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MHM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MHM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Marszewie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbiórka warsztatu szkolnego przy Zespole Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Marszewie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 maja 2022 roku wykonawca MHM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień zawierającego ogólnikowo zakreślone kwestie, mające podlegać uzasadnieniu, co skutkowało złożeniem wyjaśnień o podobnym stopniu ogólności;
2. art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie, tj. uznanie, że odwołujący nie złożył wystarczających wyjaśnień, podczas gdy odwołujący odpowiedział na zgłoszone kwestie w takim samym stopniu ogólności, w jakim skierowano wezwanie;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty odwołującego, ewentualnie:
2. powtórzenie czynności z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez skierowanie powtórnego wezwania zawierającego szczegółowe kwestie podlegające wyjaśnieniu przez oferenta i powtórzenia badania i oceny ofert przy udziale oferty odwołującego oraz pozostałej dokumentacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 maja 2022 roku wniósł o oddalenie odwołanie i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M. K. (przystępujący). Przystępujący w piśmie procesowym z dnia dn. 25 maja 2022 roku wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 jako spóźnionego oraz oddalenie odwołania

w pozostałym zakresie oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania w zakresie tego zarzutu.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacowana wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynosi 146.341,46 zł netto, co stanowi równowartość 32859,14 euro. Wartość zamówienia jest niższa niż próg unijny, o którym mowa w art. 3 ustawy P.z.p.

Dowód: protokół postępowania

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 26 kwietnia 2022 roku.

W postępowaniu wpłynęło 10 ofert:

1. Oferta nr 1: MHM Budownictwo Sp. z o.o. ul. Świętego Ducha 4, 63-200 Jarocin, REGON: 389 748 613 Cena: 45.000,00 zł.
2. Oferta nr 2: BAKAMAX Sp. z o.o. Iwanowice Małe, ul. Długa 67, 42-152 Opatów, REGON: 360226455 Cena: 146.370,00 zł.
3. Oferta nr 3: HAMMER WYBURZENIA M. K., Lgiń 13 , 67-400 Wschowa, REGON: 383858039, Cena: 46.543,20 zł
4. Oferta nr 4: FALCO P. N., Piła 3B, 63-313 Chocz, REGON: 381899330, CENA: 49.815,00 zł.
5. Oferta nr 5: ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec, REGON: 273 607 259, CENA: 86.100,00 zł.
6. Oferta nr 6: PRD L. Sp. z o. o, ul. Łąkowa 8, 63-300 Kowalew, REGON: 520927510 CENA: 98.400,00 zł
7. Oferta nr 7: W i W Plus Sp. z o.o., ul. Ryska 8, 66-400 Gorzów Wlkp. REGON: 361004604, CENA: 56.457, 00 zł
8. Oferta nr 8: INSTALATORSTWO ELEKTRYCZNE R. C., Taczanów Drugi 47, 63-300 Pleszew, REGON: 250518690, CENA: 100.000,00 zł.
9. Oferta nr 9. PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT BUDOWLANYCH „PAMAR II” P. M., os. Tysiąclecia 65/22, 31-610 Kraków, REGON: 357209427, CENA: 53.997,00 zł.
10. Oferta nr 10: Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane R. K., ul. Bratkowa 1, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki, REGON: 021144240, CENA: 60.885, 00 zł.

Dowód: protokół postępowania

Pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień zaofertowanej ceny wskazując:

Szacowana minimalna wartość robót ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski, przyjęta przez Zamawiającego to: 117.875,00 zł brutto.

Wykonawca w ofercie zaproponował wykonanie zadania za cenę: 45.000,00 zł brutto.

Zaproponowana w ofercie cena jest niższa od przyjętej wartości minimalnej o 61, 82 % oraz o 39,48 % od średniej cen wszystkich złożonych ofert.

W zawiązku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U z 2021r, poz. 1129 ze zm.), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) zgodność 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 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 2) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 3) wybrane rozwiązania techniczne związane z realizacją robót budowlanych (m.in. wywóz i utylizacja gruzu);*
- 4) zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska (utylizacja odpadów);*
- 5) inne mające wpływ na cenę oferty.*

W wyjaśnieniach należy wskazać, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz uzasadnić dlaczego skalkulowano je na takim poziomie i w takim wymiarze.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2022 roku

Odwołujący w odpowiedzi odwołujący złożył dwa pisma z dnia 28 kwietnia 2022 roku.

W pierwszym piśmie wskazał:

W nawiązaniu do wezwania złożenia wyjaśnień, oświadczamy iż podana cena nie jest omyłką rachunkową lub błędną kalkulacją, podana wartość prac wynika z faktu uwzględnienia przez naszą firmę późniejszego wykorzystania pozyskanego materiału w

postaci gruzu oraz recyklingu innych materiałów. Nadto podana kwota w całości pokrywa szacowany przez nas nakład pracy sprzętu oraz pracowników.

W drugim piśmie wskazał:

W odpowiedzi uzupełniającej oświadczamy, że prace rozbiórkowe zostaną wykonane sprzętem mechanicznym co w zdecydowany sposób przyśpieszy, usprawni prace oraz obniży ich koszt. Pozyskany materiał w postaci gruzu zostanie skruszony i wykorzystany na innych inwestycjach, pozostałe materiały takie jak stal zostaną poddane recyklingowi.

Odpady niebezpieczne zostaną zutylizowane. Ponownie podtrzymujemy zaoferowaną cenę.

Dowody: pisma odwołującego z dnia 28 kwietnia 2022 roku

Pismem z dnia 11 maja 2022 roku, przekazanym wykonawcom drogą elektroniczną, zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej – oferty przystępującego. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego podając następujące uzasadnienie:

Art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dn. 11 września 2019 r Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U z 2021r, poz. 1129 ze zm).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

W dniu 27. 04. 2022r Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny w przedstawionej ofercie, m.in. w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy.

W dniu 28.04. 2022r wykonawca złożył wyjaśnienia, w których nie odniósł się w żaden sposób do kosztów pracy i nie wykazał ich zgodności z przepisami.

Dowód: pismo zamawiającego z 11 maja 2022 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., z uwagi na jego podniesienie z naruszeniem terminu, tj. na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień zawierającego ogólnikowo zakreślone kwestie, mające podlegać uzasadnieniu, co skutkowało złożeniem wyjaśnień o podobnym stopniu ogólności.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w dniu 27 kwietnia 2022 roku, zatem termin do wniesienia odwołania na treść wezwania upływał w dniu 2 maja br. Podniesienie zarzutu w tym zakresie w dniu 16 maja 2022 roku należy zatem uznać za spóźnione. Zarzut podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty naruszenia:

- art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie, tj. uznanie, że odwołujący nie złożył wystarczających wyjaśnień, podczas gdy odwołujący odpowiedział na zgłoszone kwestie w takim samym stopniu ogólności, w jakim skierowano wezwanie;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie.

Jak wskazał zamawiający w piśmie z dnia 27 kwietnia 2022 roku, zaproponowana w ofercie odwołującego cena jest niższa od przyjętej wartości minimalnej o 61,82% oraz o 39,48% od średniej cen wszystkich złożonych ofert. W ocenie zamawiającego okoliczność ta uzasadniała wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołujący nie zakwestionował zasadności wezwania go do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie

wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl ust. 6, 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. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, treść wyjaśnień ceny złożonych przez odwołującego w dniu 28 kwietnia 2022 r. nie wykazuje, by oferta odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odpowiedzi udzielone przez odwołującego są lakoniczne, ogólnikowe, a tym samym w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż ciężar dowodu oznacza, że składane wyjaśnienia nie mogą ograniczać się do deklaracji wykonawcy, co do poziomu ponoszonych przez niego kosztów, ale powinny zmierzać do wykazania, że koszty te zostały oszacowane rzetelnie i na rynkowym poziomie oraz odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia. Wykonawca wezwany do wyjaśnień zobowiązany jest również do przedstawienia - bezpośrednio w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., dowodów potwierdzających ponoszone przez niego koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie przedstawił żadnych informacji dotyczących kosztów pracowniczych, jakie będzie ponosił przy realizacji zamówienia, mimo że został przez zamawiającego wezwany do podania takich informacji. Nie podał przyjętej stawki wynagrodzenia ani sposobu jej wyliczenia. Tym samym zamawiający nie był w stanie ocenić, czy odwołujący uwzględnił koszt wynagrodzenia wynikający z przepisów prawa pracy oraz wszystkie koszty składające się na wynagrodzenie pracownika.

Rozstrzygnięcie Izby znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym również wydanym na tle uprzednio obowiązującego art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku, Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), które pozostaje aktualne również na tle aktualnie obowiązującego brzmienia przepisu art. 224 ustawy P.z.p. z 2019 r., m.in. w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17, zgodnie z którym „To na wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi

dowodami, co wynika z zacytowanego wyżej art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 9339 ze zm.)". Analogicznie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 października 2016 r. KIO 1903/16: "Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tej. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy'.

Odwołujący zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Odwołujący powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia pozwalają na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego cena ofertowa została wyszacowana prawidłowo, co uzasadnia odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby niezasadne jest żądanie odwołującego, by zamawiający wezwał go ponownie do złożenia wyjaśnień. Żądanie takie jest uzasadnione jedynie w przypadku, gdyby po złożeniu wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego jakieś wątpliwości co do realności ceny ofertowej odwołującego, wymagające wskazania dalszych informacji, których zamawiający nie wymagał w pierwszym wezwaniu. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego.

Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Faktem jest, że wezwanie zamawiającego nie było sformułowane w sposób bardzo szczegółowy, niemniej jednak zamawiający wskazał obszary, które – w jego przekonaniu – wymagały wyjaśnienia. Między innymi zamawiający wymagał informacji w zakresie zgodności wynagrodzenia z przepisami regulującymi koszty pracy, przepisami prawa pracy oraz ubezpieczenia społecznego. Odwołujący nie powinien mieć zatem problemu z ustaleniem, jakiego rodzaju informacje obowiązywał wskazać. W sytuacji, w której wykonawca nie składa wymaganych wyjaśnień, brak jest podstaw do nakazywania zamawiającemu dokonywania ponownego wzywania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: