Sygn. akt: KIO 3212/20

WYROK

z dnia 23 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F" s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Wejherowo

przy udziale wykonawcy Kruszywo sp. z o.o., ul. Długa 4B, 84-223 Linia zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3212/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2 . kosztami postępowania obciąża wykonawcę Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F." s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F." s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F." s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia na rzecz Zamawiającego: Gminy Wejherowo kwotę 3 900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę, noclegu i 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 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 Gdańsku.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 3212/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Gmina Wejherowo wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa drogi gminnej nr 129167G ul. Jana Pawła II w Gościcinie - etap II, numer referencyjny RZPiFZ.271.89.2020.MW*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 grudnia 2020 r. po numerem 604813-N-2020.

W dniu 30 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował Wykonawców w drodze wiadomości mailowej o rozstrzygnięciu Postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F," s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 30 listopada 2020 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Budowa drogi gminnej nr 129167G ul. Jana Pawła II w Gościcinie - etap II" RZPiFZ.271.89.2020.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kruszywo sp. z o.o., ul. Długa 4B, 84-223 Linia zawierającej rażąco niską cenę,

2)art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, które to naruszenia spowodowały wybór oferty wykonawcy Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linie (84-223) jako najkorzystniejszej, podczas gdy winna ona podlegać odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odrzucenie oferty Kruszywo sp. z o.o., ul. Długa 4B, 84-223 Linia jako z rażąco niską ceną;

3)dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonując szacowania wartości udzielanego zamówienia, ustalił jego wartość na kwotę 3.200.000,00 zł.

Zwrócił uwagę, że oferta złożona przez Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linie znacząco odbiega zarówno od szacowania wartości dokonanego przez Zamawiającego jak i od reszty złożonych, a nie odrzuconych ofert.

Odwołujący oświadczył, że przygotowując kosztorys ofertowy kierował się możliwie najniższymi stawkami istniejącymi na rynku.

Zauważył, że Zamawiający nie udostępnił kosztorysu ofertowego ani przedmiaru robót.

Zaznaczył przy tym, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, w związku z czym Zamawiający nie udostępnia przedmiarów robót. Podstawą obliczenia ceny ryczałtowej oferty winna być kalkulacja własna wynikająca z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o wiedzę techniczną, dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zadeklarował, że przygotowując kosztorys ofertowy do niniejszego postępowania kierował się koniecznością ich wykonania w sposób należyty i profesjonalny.

Zdaniem Odwołującego - zakres robót przez niego przedstawiony jest minimalnym, jaki należy wykonać, w celu prawidłowej realizacji zamówienia.

Argumentował, że Odwołujący zastosował najniższą stawkę godzinową, zgodnie z obowiązującymi przepisami, uwzględnił przysługujące Odwołującemu zniżki i rabaty na maszyny i materiały, nadto zastosował znacznie niższy narzut niż jest to ogólnie przyjęte - narzut Odwołującego wynosi 30%, podczas gdy standardowo stosuje się narzut w wysokości 65%.

W ocenie Odwołującego - nawet gdyby zrezygnował on z jakiegokolwiek zysku, a nadto gdyby nie istniały jakiekolwiek koszty pośrednie dla realizacji przedmiotowego zamówienia, cena zaoferowana przez Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linie w dalszym ciągu odbiegałaby wysokością od ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Wskazał, że przyjmując tylko koszty bezpośrednie i należny od powyższego VAT, to suma kwot za powyższe wynosi ok. 3.000.000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, iż Zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, bowiem zgodnie bowiem z treścią art. 90 ust. 1 Pzp o rażąco niskiej cenie mówimy, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości Odwołującego, iż Zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż wybrana oferta zdaniem Odwołującego nie gwarantuje prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nadto zawiera cenę rażąco odbiegającą od szacunków Zamawiającego i wartości cen pozostałych, nieodrzuconych ofert.

Pismem z dnia 9 grudnia 2020 r. wykonawca Kruszywo sp. z o.o., ul. Długa 4B, 84-223 Linia, zwany dalej Przystępującym, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 18 listopada 2020 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 23 listopada 2020 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz załącznikami(dowodami), informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego z dnia 4 grudnia 2020r, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 18 grudnia 2020 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 22 grudnia 2020 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego

naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt 3 i 4, art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Przystępujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając stosowne wyjaśnienia i dowody.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący stawiając zarzut rażąco niskiej ceny w ogóle nie skonkretyzował jego podstawy faktycznej, poza bardzo ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a nie opisał w odwołaniu, które elementy ceny zadeklarowanej przez niego są rażąco niskie.

Niemniej jednak dopiero na rozprawie pełnomocnik Odwołującego zakwestionował rzetelność ceny przedstawionej w kosztorysie ofertowym Przystępującego w branży mostowej w poz. 17 i 18, stwierdzając, że niemożliwa jest cena za tonę prętów zbrojeniowych w kwocie 600 zł, podczas gdy na rynku średnia cena za tonę prętów wynosi około 3 000 zł i kwota ta jest rażąco niska w stosunku do cen materiałów prętów zbrojeniowych.

Nadto, w swoim wywodzie zaprezentowanym na rozprawie pełnomocnik Odwołującego zwrócił uwagę na poz. 50 dotyczącą warstwy ścieralnej po zagęszczeniu o grubości 4 cm w kwocie 23,20 zł za m^2, podnosząc, że koszty wymienione w kalkulacji jednostkowej na produkcję – warstwa ścieralna, z których wynika kwota w wys. 240 zł z zestawieniem wartości z poz. 50 kosztorysu i podsumowania z kalkulacji jednostkowej na produkcję – warstwy ścieralnej wskazują, że kwoty wymienione w tych dokumentach różnią się.

Przechodząc do rozpoznania zgłoszonego zarzutu odwołania odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, wymaga wskazania, że ciężar dowodowy wynikający z art.90 ust.2 i art.190 ust.1a ustawy Pzp nakładający na Przystępującego obowiązek udowodnienia braku rażąco niskiej ceny aktualizuje się jedynie w sytuacji, gdy powstanie domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, które tworzy się dopiero po wszczęciu postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie takie wątpliwości zasygnalizował Zamawiający w piśmie z dnia 18 listopada 2020 r.

wzywającym Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W następstwie tego wezwania Przystępujący w piśmie z dnia 23 listopada 2020 r. wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny i załączył stosowne dowody mające na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny.

W związku z tym, Izba stwierdziła, że z oświadczenia Zamawiającego nie wynikało, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wzbudziły jego dalsze wątpliwości.

W takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że 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 omawianej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień przez Przystępującego w ogóle nie zaistniała, a złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami przekonały Zamawiającego do przyjęcia, że zaoferowana cena jest realna.

Odnosząc się do argumentacji pełnomocnika Odwołującego przedstawionej na rozprawie i złożonego przez niego dowodu w postaci kopii cennika prętów zbrojeniowych na 2020 r. ze strony internetowej, Izba uznała, że dowód ten nie jest wystarczający do wykazania istnienia rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby – powyższy dowód Odwołującego został skutecznie podważony przez załączony do pisma procesowego Przystępującego z dnia 22 grudnia 2020 r. kosztorys jego podwykonawcy oraz oferta dostawy stali z dnia 16 listopada 2020 r.(dokumenty objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, której Odwołujący nie podważał), gdzie w poz. 5 tego kosztorysu oraz w treści tejże oferty za jedną tonę materiału do zbrojenia została wskazana cena odbiegająca od wartości, z których Odwołujący wywodzi istnienie rażąco niskiej ceny jednostkowej.

Pełnomocnik Odwołującego również nie wykazał jaki jest związek pomiędzy zadeklarowaną w kalkulacji jednostkowej na produkcję warstwy ścieralnej kwotą 240 zł, a kwotą 23,20 zł z pozycji 50 kosztorysu w branży drogowej, przez co Izba nie mogła uznać jego argumentacji za zasługującą na uwzględnienie.

Za oczywiście bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, stosownie do którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z tego powodu, że Odwołujący w ogóle w swoim odwołaniu nie określił na czym ów czyn nieuczciwej konkurencji polegałby.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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:……