Sygn. akt KIO 1901/21

WYROK
z dnia 28 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 czerwca 2021 r.** przez wykonawcę **R.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „KAMA" R.R. z siedzibą w Mysłakowicach**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Mysłakowice**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] PUPH „COMD" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze [pełnomocnik] i [2] Jeleniogórskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.Umarza postępowanie w zakresie zarzutu pierwszego naruszenia przez zamawiającego **art. 253** w **zw. z art. 16** ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz
z 2021 r. poz. 464) przez zaniechanie wykonania obowiązku informacyjnego w stosunku do oferty **odwołującego.**
2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

#x200e3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **R.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „KAMA" R.R. z siedzibą w Mysłakowicach** i:

3.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „KAMA" R.R. z siedzibą w Mysłakowicach**tytułem wpisu od odwołania;

3.2)zasądza od wykonawcy **R.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „KAMA" R.R. z siedzibą w Mysłakowicach**na rzecz zamawiającego **Gmina Mysłakowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów **zamawiającego** poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych 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:……

Sygn. akt KIO 1901/21

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

Zamawiający Gmina Mysłakowice, ul. Szkolna 5, 58533 Mysłakowice wszczął postępowanie na roboty budowlanew trybie podstawowym pod nazwą »Przebudowa drogi gminnej nr 115180D w Dąbrowicy«.

20.05.2021 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 2021/BZP 60365.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464).

23.06.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Jeleniogórskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze, ul. Dworcowa 26, 58560 Jelenia Góra [pełnomocnik] i [2] Przedsiębiorstwo UsługowoProdukcyjne i Handlowe COM-D Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor.

26.06.2021 r. wykonawca R.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU KAMA R.R., ulica: Daszyńskiego 16F, 58-533 Mysłakowice (dalej odwołujący), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych postępowaniu „Przebudowa drogi gminnej nr 115180D w Dąbrowicy" polegających na dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Jeleniogórskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze, ul. Dworcowa 26, 58560 Jelenia Góra [pełnomocnik] i [2] Przedsiębiorstwo UsługowoProdukcyjne i Handlowe COM-D Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor w warunkach naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej NPzp.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1)art. 253 NPzp w zw. z art. 16 NPzp przez zaniechanie wykonania obowiązku informacyjnego w stosunku do odrzuconej oferty odwołującego skutkiem czego odwołujący musi się domyślać powodów odrzucenia oferty, a stan taki:
   a) nie pozwala na uczciwe konkurowanie,
   b) nie pozwala na równe traktowanie wykonawców,
   c) powoduje, że nie jest zachowana przejrzystość i proporcjonalność,
   d) powoduje, że utrudnione jest korzystnie ze środków ochrony prawnej;

2)art. 28 i 30 NPzp i art. 222 ust. 4 NPzp w zw. z art. 16 NPzp przez manipulowanie informacją o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przez całkowite oderwanie tej kwoty od wartości szacunkowej, względnie ujmując rzecz odwrotnie zaniechanie oszacowania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymogów art. 30 NPzp;

3)art. 224 ust. 1 i 6 NPzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp przez odrzucenie oferty odwołującego skutkiem zaniechania

przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego czego przejawem jest stwierdzenie, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, bez jakiegokolwiek uzasadnienia takiego stanowiska, co z kolei doprowadziło do naruszenia art. 239 ust. 1 NPzp przez dokonanie wadliwego wyboru Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w konsekwencji uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Argumentacja odwołującego

Termin do wniesienia odwołania: odwołujący dowiedział się o odrzuceniu oferty z pisma zamawiającego 23.06.2021 r. W związku z tym termin na wniesienie odwołania został zachowany zgodnie z art. 515 NPzp.

UZASADNIENIE

Z treści protokołu postępowania o zamówienie publiczne wynika, że zamówienie zostało oszacowane na kwotę 1 733 720,69 zł netto, co stanowi równowartość 406 090,15 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie tego zamówienia zamierza przeznaczyć 1 700 000 zł brutto.

Dowód: protokół postępowania o zamówienie publiczne, informacja z 8.06.2021 r.

W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert z cenami od 1.368.080,00 do 1.619.486,12 zł i z 60 miesiącami okresu gwarancji i rękojmi. Pokazuje to, że wykonawcy w istocie konkurowali ceną.

W g pkt XIX.3 i 4 SWZ cena ofert jest ceną ryczałtową i ma być podana w wysokości ostatecznej, tak aby zamawiający nie musiał już dokonywać żadnych obliczeń, przeliczeń itp. działań w celu jej określenia.

Cena ryczałtowa nie podlega zmianie, za wyjątkiem ustawowej zmiany stawki VAT.

W cenie należy ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności: ceny materiałów, narzędzi i urządzeń, koszty robocizny, koszty wykonania projektów technologicznych, koszty opracowania projektu i wdrożenia zatwierdzonej stałej organizacji ruchu, koszty opracowania projektu i wdrożenia oraz utrzymania czasowej zmiany organizacji ruchu, koszty zabezpieczenia terenu budowy, a także inne koszty towarzyszące, np. ubezpieczenie, opłaty oraz podatki, w tym w szczególności VAT.

Odwołujący kierując się tymi wytycznymi dokonał wyliczenia ceny oferty na 1 368 080,00 zł. Zamawiający pismem z 8.06.2021 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 NPzp cytując wprost przepis.

Odwołujący złożył wyjaśnienia 15.06.2021 r. wraz z dowodami.

23.06.2021 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum) oraz poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. Z treści informacji wynika jedynie cyt. „przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny".

Zarzuty odwołania

Naruszenie art. 28 i 30 i art. 222 ust. 4 NPzp w zw. z art. 16 NPzp przez manipulowanie informacją o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i przez całkowite oderwanie tej kwoty od wartości szacunkowej, względnie ujmując rzecz odwrotnie zaniechanie oszacowania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymogów art. 30 NPzp

Z treści protokołu postępowania o zamówienie publiczne wynika, że zamówienie zostało oszacowane na 1 733 720,69 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie tego zamówienia zamierza przeznaczyć 1 700 000 zł brutto.

Podstawą ustalenia wartości zamówienia publicznego jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez VAT, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Punktem wyjścia do dokonania przez zamawiającego szacunku tej kwoty jest opis przedmiotu zamówienia, a zatem ilość, rodzaj i charakter świadczeń, które zamierza nabyć.

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest, a przynajmniej nie musi być tożsama z ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia na podstawie art. 224 ust. 4 NPzp. Zróżnicowanie to nie wynika jedynie z faktu, że wartość szacunkowa wynagrodzenia wykonawcy, jest wartością netto, podczas gdy kwota podawana przed otwarciem ofert stanowi kwotę brutto (czyli powiększoną o wartość VAT), ale przede wszystkim stąd, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia powinna odpowiadać rzeczywistej kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na wydatkowanie, celem wykonania danego zamówienia publicznego, a więc uwzględniającej należne z tego tytułu opłaty i podatki, wzrost wynagrodzenia należnego z tytułu rozliczenia kosztorysowego itp. Wskazana przez zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wiąże zamawiającego w tym sensie, że stanowi punkt odniesienia dla stwierdzenia, czy istnieją podstawy do unieważnienia w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota na jaką została oszacowana wartość przedmiotu zamówienia stanowi też wzorzec liczbowy do ustalenia parytetu 30% różnicy przy badaniu rażąco niskiej ceny [dalej RNC] ofert.

Wartość kosztorysowa zamówienia wg szacunków zamawiającego wynosiła 1 733 720,69 zł netto.

Zamawiający podał, że za sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1 700 000 zł brutto – co w przełożeniu na szacunek wg powyższych zasad daje kwotę netto 1 382 114,00 zł (art. 28 NPzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 NPzp) . Oznacza to, że wskazana kwota jako kwota brutto powinna być brana pod uwagę przy badaniu RNC i ustalaniu parytetu 30%.

W wezwaniu z 08.06.2021 r. o wyjaśnienie RNC zamawiający wskazał, że cena odwołującego 1.368.080,00 zł jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania o 35,85%.

Skoro wartością (szacunkową) zamówienia jest kwota 1 733 720,69 zł netto, to powiększenie jej o VAT w stawce 23% daje kwotę 2.132.476,45 zł.

Od tej kwoty cena oferty odwołującego jest niższa o 64,8%.

Natomiast przyjmując, że zamawiający do obliczeń jako wyjściową przyjął wartość zamówienia 1 700 000,00 zł brutto, to wartość netto z tej kwoty wynosi 1 382 114,00 zł. Na tę wartość nie zostało oszacowane zamówienie; okoliczność ta nie wynika z protokołu.

Przyjmując, że dla zamawiającego kwota 1 700 000,00 zł jest wartością brutto, to oferta odwołującego jest od niej niższa o 19,53%.

W wersji w której szacunek miałby być dokonany na kwotę 1 700 000 zł netto, wartość brutto od tej kwoty wyniosłaby 2 091 000,00 zł. Cena oferty odwołującego jest od tej kwoty niższa o 34,58%.

Przedstawione założenia w różnych wersjach nie dają zarzucanej przez zamawiającego różnicy na poziomie 35,85%. Dowodzi to postawionego zarzutu. Zamawiający manipuluje szacunkową wartością zamówienia w celu wyeliminowania wykonawców niepożądanych.

Przyjmując za zamawiającym, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1 700 000, zł brutto (okoliczność ta wynika z informacji z 8.06.2021 r.), to nie ma pomiędzy ta wartością a ceną oferty odwołującego różnicy na poziomie 30%. Stan ten eliminuje po pierwsze możliwość wzywania do wyjaśnienia ceny oferty, po drugie zaś możliwość odrzucenia oferty z powodu RNC.

Naruszenie art. 224 ust. 1 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp przez odrzucenie oferty odwołującego skutkiem zaniechania przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego czego przejawem jest stwierdzenie, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, bez jakiegokolwiek uzasadnienia takiego stanowiska co z kolei doprowadziło do naruszenia art. 239 ust. 1 NPzp przez dokonanie wadliwego wyboru Konsorcjum

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera RNC lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wedle art. 239 ust. 1 NPzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 224 ust. 1 NPzp stanowi, że 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 odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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 VAT, 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.

Jak stanowi ust. 3 powołanego przepisu wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4)zgodności 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 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania część zamówienia podwykonawcy.

W świetle art. 224 ust. 5 NPzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z RNC 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. Odwołujący 15.06.2021 r. złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do pytań zadanych przez zamawiającego oraz wyjaśnienia te poparte dowodami.

Wykazał i udowodnił, że:

– zatrudnia pracowników na podstawie umów o pracę i wykazał składniki ich wynagrodzenia; zamawiający nie zakwestionował, że udokumentowany stan nie jest zgodny 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 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz nie zarzucił niezgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

– wykazał, że pracownicy na innej dużej inwestycji drogowej zdobyli doświadczenie w wykonywaniu robót drogowych, co przekłada się na sposób organizacji pracy w firmie;

– wykazał poziom uzyskanej zgodnie z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, która ma wpływ na kondycję finansową firmy i dokonywane przez nią kalkulacje;

– wykazał korzystne warunki wykonywania robót dzięki położeniu siedziby firmy w odniesieniu do miejsca wykonywania robót (firma „miejscowa"), korzystne umowy w zakresie dostaw materiałów budowlanych oraz posiadane zapasy materiałowe nabyte wcześniej i pozostające do wykorzystania na placu budowy;

– wykazał park maszynowy pozwalający na realizację robót przy użyciu sprzętu własnego, co eliminuje dodatkowe koszty z tyt. najmu czy też leasingu;

– wyjaśnił, że zgodnie z treścią oferty wykona roboty siłami własnymi, dzięki czemu „zaoszczędzi" na podwykonawcach.

Wszystkie wyżej wymienione czynniki zostały udokumentowane, jednak zamawiający nie dokonał oceny ich wpływu na cenę oferty w aspekcie kosztowym. Ani informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23.06.2021 r. ani też treść przekazanego protokołu postępowania nie zawierają informacji skąd wzięła się taka ocena zamawiającego.

Zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie oraz jawności nakazują, aby decyzje skutkujące eliminacją wykonawców z postępowania były umotywowane. Brak motywacji lub uzasadnienia otwiera drogę do podejmowania decyzji w sposób nie transparentny i w konsekwencji stanowi pole do nadużyć – co wystąpiło w tym przypadku.

Tak odwołujący jak i Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. oraz inni uczestnicy postępowania

powinni mieć wiedzę co do tego jakie czynniki zaważyły o uznaniu ceny ofert tych firm za rażąco niską.

Reasumując, skoro zamawiający nie wykazał, aby przedmiot zamówienia został oszacowany z należytą starannością to wystąpił w nin. postępowaniu zawiniony wyłączenie przez zamawiającego stan w którym, nie wiadomo jaka jest wartość zamówienia netto i dalej jaka jest wartość tego zamówienia brutto. Wniosek ten jest wysnuty w oparciu o przedstawione powyżej wyliczenia procentowe różnicy ceny oferty odwołującego od wartości zamówienia (35,85% – 64,8% – 19.53% – 34,58%) w zależności od tego jaką wartość przyjmować.

Eliminuje to możliwość wzywania wykonawców o wyjaśnienie RNC, gdyż nie ma wzorca, do którego cena ofert miałaby być porównywana.

Nie zmienia tego faktu oświadczenie zamawiającego, że zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 1 700 000,00 zł brutto.

W konsekwencji za nieuprawnione należy uznać odrzucenie oferty odwołującego z powodu RNC, gdyż brak wzorca do wyliczeń eliminuje taką ocenę.

Nieprawidłowym jest również stan braku uzasadnienia faktycznego podjętej przez zamawiającego czynności.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 28.06.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.06.2021 r. (art. 524 NPzp).

01.07.2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] PUPH „COMD" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze [pełnomocnik] i [2] Jeleniogórskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 2 NPzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 19 i 22.07.2021 r. (art. 521 ust. 1 NPzp). Zamawiający uwzględnił zarzut pierwszy pismem z 19.07.2021 r. w części dotyczącej zaniechania wykonania obowiązku informacyjnego w stosunku do wykonawcy będącego autorem odrzuconej oferty i pismem z 22.07.2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w pozostałych zarzutach drugim i trzecim.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A)przystępującego:

1)dowód nr 1 – wydruk ze strony wynagrodzenia.pl zawierający wskazane przykładowe wynagrodzenia kierownika robót na robotach drogowych, gdzie średnia tych wynagrodzeń wynosi ok. 8 000 zł, a więc w 5 miesięcy trwania zamówienia powinna wynieść ok. 40 000 zł;

B)odwołującego:

2)dowód nr 2 – umowa odwołującego z Jelenią Górą wraz z potwierdzeniem, wypłaty środków na okoliczność niezużycia przez odwołującego pomocy publicznej, przez co tym samym mógł on sobie wypracować rabaty i opusty u dostawców materiałów;

3)dowód nr 3 – formularz obliczania punktów ofertowych w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym na wykazanie, że oferta odwołującego na etapie badanie i oceny ofert nosiła znamiona rażąco niskiej ceny (RNC).

Izba stwierdza, że w zakresie zarzutu pierwszego postępowanie odwoławcze zostało umorzone, gdyż zamawiający uwzględnił odwołanie w tym zakresie. Zarzut pierwszy dotyczył naruszenia przez zamawiającego art. 253 NPzp w zw. z art. 16 NPzp przez zaniechanie wykonania obowiązku informacyjnego.

W zakresie pozostałych obu zarzutów oznaczonych numerami 2 i 3 Izba uznała, że należy oddalić oba zarzuty odwołania jako niezasadne.

Izba stwierdza, że zarzut drugi – naruszenia przez zamawiającego art. 28 i 30 i art. 222 ust. 4 w zw. z art. 16 NPzp przez manipulowanie informacją o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przez całkowite oderwanie tej kwoty od wartości szacunkowej, względnie ujmując rzecz odwrotnie zaniechanie oszacowania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymogów art. 30 NPzp wynikał z niezrozumienia przez odwołującego z czego wynikają poszczególne kwoty, którymi operuje zamawiający podczas prowadzenia postępowania zamówieniowego i w związku z tym nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że zamawiający jest zobligowany przed otwarciem ofert do poinformowania o kwocie, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Obowiązek ten wynika z art. 222 ust. 4 NPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«. Jest to kwota wynikająca z »budżetu zamawiającego, planu finansowego lub innego dokumentu pełniącego podobne funkcje planistyczne« (»Prawo zamówień publicznych. Komentarz« UZP 2021 r. str. 699). Natomiast wartość szacunkowa jest ustalana przez zamawiającego zgodnie z art. 28 NPzp, który brzmi »Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością«. Zgodnie z wyżej cytowanym »Komentarzem« »Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia wartości zamówienia, ograniczając się do wskazania podstawy jej ustalenia oraz wskazując zakres przedmiotowy. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest więc całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy. Oznacza to, że przy ustaleniu wartości zamówienia niezbędne jest uwzględnienie wszystkich jego elementów, także ewentualnych świadczeń dodatkowych. W przypadku ustalania wartości na roboty budowlane konieczne będzie uwzględnienie także wartości niezbędnych usług i dostaw. W przypadku zamówień, w których przewidziana jest opcja – także wartość tej opcji. Szczegółowe zasady uwzględniania wartości

świadczeń dodatkowych określono odpowiednio w art. 3133 NPzp.

W ślad za art. 5 ust. 1 dyrektywy klasycznej podstawą obliczenia wartości zamówienia jest całkowita przewidywana kwota należna za zrealizowanie przedmiotu zamówienia, bez podatku od towarów i usług (VAT). Wartość zamówienia wyrażona będzie zawsze w kwotach netto.

Ustawodawca wymaga, aby wartość zamówienia ustalona została z należytą starannością. Pojęcie należytej staranności występuje w art. 355 § 1 Kc, w którym wskazano, że dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wzorzec należytej staranności powinien mieć charakter obiektywny. Ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. Miarą należytej staranności jest jej rzetelność prowadząca do ustalenia wartości zamówienia w kwocie możliwie najbliżej cenie rynkowej tego zamówienia. Podsumowując, wartość zamówienia powinna być jak najbardziej zbliżona do ceny rynkowej tego zamówienia, w najszerszym przewidywanym jego zakresie (z uwzględnieniem potencjalnych opcji, świadczeń dodatkowych itp.) oraz być wyrażona w kwotach netto«. Izba w całości podziela pogląd wyrażony w »Komentarzu«.

Ponadto Izba stwierdza, że nawiązanie przez odwołującego do naruszenia przez zamawiającego art. 16 NPzp nie może zostać uwzględnione przy braku uzasadnienia tego zarzutu na piśmie ani nawet nie nawiązania do tego zarzutu w trakcie posiedzenia lub rozprawy.

Jak z tego wynika zarzut drugi naruszenia przez zamawiającego art. 28 i 30 i art. 222 ust. 4 w zw. z art. 16 NPzp nie znajduje oparcia w przepisach i zarzut drugi nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że również zarzut trzeci – naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 6 NPzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp przez odrzucenie oferty odwołującego skutkiem zaniechania przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego czego przejawem jest stwierdzenie, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, bez jakiegokolwiek uzasadnienia takiego stanowiska, co z kolei doprowadziło do naruszenia art. 239 ust. 1 NPzp przez dokonanie wadliwego wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że zamawiający w stosunku do oferty odwołującego zastosował art. 224 ust. 1 NPzp, gdyż cena tej oferty wynosiła 64,15% szacunkowej wartości zamówienia (dowód nr 3). Przepis art. 224 ust. 1 NPzp brzmi »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 odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych«.

W takiej sytuacji wykonawcę (w tym przypadku odwołującego) obowiązuje art. 224 ust. 5 NPzp, który to przepis brzmi »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy«. Dlatego udzielający wyjaśnień wykonawca nie może poprzestać na ogólnikowych stwierdzeniach czy wskazaniu czynników dostępnych dla innych wykonawców, a dowody składane na uzasadnienie argumentów muszą być poparte wykazaniem wpływu danego elementu na wysokość ceny ofertowej. Ponadto wykonawca udzielając wyjaśnień zamawiającemu musi mieć świadomość, że wyjaśnienia powinny rozwiać wątpliwości zamawiającego co do zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny (RNC), gdyż na zamawiającym nie ciąży obowiązek ponownego wzywania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przypadku, gdy pierwsze wyjaśnienia okażą się dla zamawiającego niewystarczające.

Mimo, że odwołujący dokonał próby złożenia wyjaśnień to jednak przedstawił jedynie te wyjaśnienia na poziomie ogólnym, a zwłaszcza bez wskazania jaki wpływ mają te czynniki na poziom ogólnej ceny ofertowej. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że wyliczane przez odwołującego czynniki wpływają na cenę. Tyczy się to wszystkich wykazanych przez odwołującego elementów mających mieć wpływ na cenę ofertową odwołującego:

- podpisana umowa na dostawę mas betonowych w cenach niższych o 15% od cen rynkowych – bez wykazania wpływu na cenę ofertową,
- zamówienie na kruszywo ze stycznia 2021 r. – bez wykazania wpływu na cenę ofertową,
- współpraca z panem JM na dostawę mas bitumicznych z niższymi cenami od cen rynkowych – bez wykazania wpływu na cenę ofertową,
- posiadanie zapasów materiałów pochodzących z poprzedniej działalności odwołującego – bez wskazania ilości tych zapasów i bez wykazania wpływu na cenę ofertową,
- możliwość zakupu paliwa po niższych kosztach – bez wykazania szczegółowych wyliczeń,
- wykonawca posiada zamortyzowane maszyny, a więc będzie ponosił tylko koszty paliwa – bez wykazania górowania nad konkurencją z przyczyny posiadania zamortyzowanych maszyn,
- położenie inwestycji ok. 10 km od siedziby odwołującego, co ma wpłynąć na koszty paliwa, czas pracy, czas dojazdu pracowników i efektywność prowadzenia inwestycji – bez wykazania szczegółowych wyliczeń,
- lista płac – bez szczegółowych dokumentów ZUS DRA i raportu imiennego RCX oraz wykazania odpowiednich zarobków poszczególnych osób (dowód nr 1),
- wykazanie kilkudziesięciu tysięcy złotych z pomocy publicznej – bez wykazania wpływu dofinansowania pomocy publicznej (dofinansowanie z tarczy antykryzysowej) na cenę ofertową w wysokości kilku milionów złotych,
- wykazanie prowadzenia innej, podobnej umowy w regionie – brak wykazania wpływu wykonywania innych umów w regionie na cenę ofertową (dowód nr 2).

Izba stwierdza, że zamawiający biorąc pod uwagę tak przedstawione przez odwołującego czynniki mające wpływ na wysokość ceny ofertowej zamawiający uznał, że odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 NPzp. Przepis art. 224 ust. 6 NPzp brzmi »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«. Zamawiający nie stosował przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić także zarzutu trzeciego naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 6 NPzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zwrot kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:……