

WYROK

Warszawa, dnia 29 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2024r. przez wykonawcę R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.T. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – 10 Brygada Logistyczna w Opolu przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego: "METALZBYT-HURT" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Międzyzrzeczu Dolnym

orzeka:

1. Oddala odwołanie
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.T. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od wykonawcy R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.T. na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – 10 Brygady Logistycznej w Opolu kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4282/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Skarb Państwa – 10 Brygada Logistyczna w Opolu w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Dostawa materiałów eksploatacyjno - technicznych*”, nr referencyjny: 8/CZ-SAM/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie jest równa i nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 października 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00542883.

W postępowaniu tym wykonawca R.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.T. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 18 października 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie zadania nr 2 wobec:

1. Wyboru oferty Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzrzeczu Dolnym, jako najkorzystniejszej, w zakresie drugiej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania (Zadania nr 2);
2. Zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w zakresie drugiej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania (Zadania nr 2)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 pkt 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania, w zakresie drugiej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania (Zadania nr 2), w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadniony wybór oferty Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzrzeczu Dolnym, jako najkorzystniejszej, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
2. Art. 239 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w zakresie drugiej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania (Zadania nr 2);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzrzeczu Dolnym jako najkorzystniejszej, w zakresie drugiej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania (Zadania nr 2);
2. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego, w zakresie drugiej części zamówienia objętego przedmiotem Postępowania (Zadania nr 2).

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że Uczestnik postępowania w formularzu cenowym zaoferował następujące produkty:

- poz. 24 tj. Farba maskująca zielona BW400-631, atest Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej opakowanie 1 lub 2L – oferowana cena 88,89 zł netto/L (ilość 400L);
- poz. 25 tj. Rozpuszczalnik do farby BW400-631, atest Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej opakowanie 0,5, 1 lub 2L – oferowana cena 16,67 zł netto/L (ilość 200L);
- poz. 26 tj. Utwardzacz do farby podkładowej BU450-15 atest Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej opakowanie 0,5, 1 lub 2L – oferowana cena 88,89 zł netto/L (ilość 50L);
- poz. 27 tj. Utwardzacz do farb poliuretanowych BU410-10, atest Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej opakowanie 0,5, 1 lub 2L – oferowana cena 88,89 zł netto/L (ilość 160L).

Zdaniem Odwołującego wymienione produkty Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. oferuje w cenach niższych niż producent. Zachodzi zatem podejrzenie, że oferowane produkty nie są oryginalnymi wyrobami. Jednocześnie z informacji uzyskanych od firmy Handlowej Barwa Kielce (jedyne go producenta wyżej wymienionych produktów) wynika, iż nie oferowała ona przedmiotowych produktów firmie Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. Odwołujący zwrócił uwagę, że koszty wytworzenia wyżej wymienionych produktów są zdecydowanie wyższe.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę powyższe informacje oraz ilość i cenę przedmiotowych produktów, która w znaczącym stopniu wpływa na wartość całej oferty, składa on zastrzeżenie do rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 224 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że farby kamuflażowe z symbolami BW400 oraz utwardzacze z symbolami BU450 oraz rozpuszczalniki do wyżej wymienionych farb BW400 są produktami spełniającymi normę obronną NO80A200/2021 oraz objęte procedurą OiB (Obrona i Bezpieczeństwo) podlegającymi ścisłej kontroli co do produkcji oraz ich przeznaczenia (końcowy odbiorca) i nie ma możliwości pozyskania ich na rynku wtórnym.

Jednocześnie z informacji otrzymanej od Zamawiającego, wykonawca Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. powołuje się na atest WITI dotyczących farb kamuflażowych z symbolem BW400 bez zgody i wiedzy producenta, który jest właścicielem przedmiotowego atestu.

Odwołujący podniósł, że w obecnej chwili na rynku polskim nie ma farb spełniających przywołane w specyfikacji warunków zamówienia nazwy własne wymaganych farb BW400 w zakresie spełniania normy obronnej oraz odporności na organiczny roztwór odkażający (ORO) używany przez wojsko w celu dezynfekcji pojazdów.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, wybór oferty Metalzbyt -Hurt Sp. z o.o. jest niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego i oferta tego wykonawcy winna być odrzucona zgodnie z art. 224 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał w sposób nieuzasadniony wyboru oferty Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. w zakresie części drugiej (Zadania nr 2) i z przyczyn opisanych powyżej niewątpliwie narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Pismem z dnia 27 listopada 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający podniósł, że kwestionowane przez Odwołującego pozycje asortymentu tj. poz. 24 – 27 dla części 2 (zadania nr 2) zostały wycenione przez wykonawcę po cenach wyższych niż wynikających z ustalenia szacunkowej wartości zamówienia.

Zamawiający bazując wyłącznie na oświadczeniu Odwołującego co do przeświadczenia nt. zaniżonej wartości rynkowej oferowanych produktów poz. 24 – 27 oferty w części 2 (zadanie nr 2) wykonawcy METALZBYT-HURT sp. z o.o. lub na dołączonym do odwołania oświadczeniu producenta produktu odpowiadającego specyfikacji Zamawiającego – nie jest w stanie określić nawet wartości granicznych do jakich Odwołujący lub producent odwołują się w swoich oświadczeniach gdyż zarówno z odwołania, ani z dołączonego do odwołania oświadczenia producenta nie wynika jaka jest cena produktu producenta.

W ocenie Zamawiającego samo stwierdzenie Odwołującego, że koszty wytworzenia produktu są zdecydowanie wyższe niż cena kwestionowanej oferty wykonawcy METALZBYT-HURT sp. z o.o. oraz oświadczenie producenta treści – jak w zał. do odwołania, nie jest wystarczające do uznania przez Zamawiającego, że cena oferowanych produktów jest rażąco niska co uzasadniałoby wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący argumentuje również, iż kwestionowany asortyment może być uzyskany wyłącznie bezpośrednio od jego producenta z uwagi na fakt, że produkty te spełniają normę obronną oraz objęte są procedurą OiB, a ten oświadcza, że nie prowadzi współpracy handlowej z Wykonawcą METALZBYT-HURT sp. z o.o. Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut podniósł, iż nie zna wyłączeń lub ograniczeń zaopatrywania się wyłącznie u producenta, w produkty o specyfikacji jak w dokumentach zamówienia dla kwestionowanych pozycji asortymentowych. Jednocześnie w oparciu o oświadczenie Odwołującego oraz producenta nie można wnioskować o braku możliwości uzyskania oferowanego

wyrobu przez wykonawcę METALZBYT-HURT sp. z o.o. od innych podmiotów znajdujących się dalej w łańcuchu dostaw. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przywołał żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń w tym zakresie.

Zważywszy, że cena oferty nie budziła wątpliwości Zamawiającego, ani też nie różniła się w stosunku do pozostałych ofert w sposób uzasadniający zastosowanie przez Zamawiającego konstrukcji art. 224 ust. 2 p.z.p. Zamawiający nie badał rażąco niskiej ceny w niniejszym postępowaniu.

Wykonawca "METALZBYT-HURT" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą Międzyrzeczu Dolnym zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 29 listopada 2024 r. Uczestnik postępowania odniósł się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożone przez Odwołującego jak również przez Uczestnika postępowania. Dowody dotyczyły rażąco niskiej ceny wskazanych w odwołaniu pozycji asortymentowych oraz czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie podniósł odpowiednich zarzutów w tym zakresie, o czym szerzej w uzasadnieniu odwołania, zatem Izba zgłoszone wnioski dowodowe uznała jako powołany dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła jego przeprowadzenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa materiałów eksploatacyjno – technicznych.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 21 października 2024 r. w części nr 2 złożono cztery oferty:

1.FIRMA HANDLOWA TREBOR R.T., ul. Gerwazego 4, 97-500 Radomsko, NIP 7721436240

Cena ofertowa brutto - 117 778 zł

2.FUHP OLMOT J.O., ul. Szczecinecka 12, 78-320 Polczyn Zdrój, NIP 6721006438

Cena ofertowa brutto - 133 851,06 zł

3.METALZBYT-HURT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ul. Usługowa 4, 43-392 Międzyrzecze |
NIP 5471598442

Cena ofertowa brutto - 95 895,16 zł

4.MAXMED Z.U.H., M.M., 84-252 Orle, Pomorska 49, NIP 5860060205

Cena ofertowa brutto - 285 607,61 zł

Zamawiający nie żądał od Uczestnika postępowania wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu ani też do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynności lub zaniechania zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Biorąc powyższe pod uwagę, granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle determinowane przez zarzuty odwołania odnoszące się do konkretnych czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać zarówno treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony jak również podać wszystkie okoliczności faktyczne potwierdzające zasadność swoich. Zarzut w rozumieniu ustawy Pzp ujmuje się jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych, które muszą być wskazane w odwołaniu i to właśnie one

zakreślają granice rozpoznania odwołania.

Odwołujący na rozprawie sprecyzował, że w jego ocenie oferta Uczestnika postępowania winna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Odwołujący wywodzi rażąco niską cenę z faktu, że Uczestnik postępowania nie może nabyć zaoferowanej farby od producenta BARWA bowiem producent ten z uczestnikiem nie współpracuje, a farby objęte są procedurą OIB co oznacza, że farby mogą być zakupione wyłącznie od producenta. Powyższe może oznaczać, że zaoferowane farby nie są oryginalne.

Przy tak sformułowanych zarzutach oraz argumentacji Odwołującego, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przede wszystkim Zamawiający nie może odrzucić oferty jako zawierającą rażąco niską cenę bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. W przedmiotowym postępowaniu bezsporne było to, że Zamawiający takich wyjaśnień od Uczestnika postępowania nie żądał. Odwołujący w tym zakresie nie postawił odpowiedniego zarzutu i już tylko z tego względu odwołanie należało oddalić jako przedwczesne.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że sam fakt podejrzenia, że zaoferowanej farby Uczestnik nie może nabyć od producenta, a farby te objęte odpowiednią są procedurą OIB, nie świadczy że cena jest rażąco niska. Argumentacja Odwołującego w dużej mierze nawiązywała do niezgodności oferty z warunkami zamówienia oraz do czynu nieuczciwej konkurencji – ale takich zarzutów Odwołujący nie podniósł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: