

Sygn. akt: KIO 2922/23

WYROK

z dnia 18 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2023 r. przez wykonawcę K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Rogowo

przy udziale wykonawcy DUO-LAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Januszkowie głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

.....

Sygn. akt: KIO 2922/23

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Rogowo (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi gminnej nr 130528C relacji Niedźwiady - Szkółki, gmina Rogowo”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 sierpnia 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00365202/01.

I. W dniu 3 października 2023 r. wykonawca K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie jako niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej rażąco niską cenę, i w konsekwencji
- wyboru jak najkorzystniejszej oferty, która ofertą najkorzystniejszą nie jest, oraz
- odtajnienia dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny ww. oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie zawierającej rażąco niską cenę;
- art. 242 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą w tym postępowaniu,
- art. 18 ust. 1 poprzez złamanie fundamentalnej zasady jawności postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie,
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał m.in. że wbrew obowiązкови zawartemu w Specyfikacji warunków

zamówienia (dalej: „SWZ”) wykonawca DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie złożył Zamawiającemu szczegółowego kosztorysu ofertowego. W ramach oferty złożonej w postępowaniu ww. wykonawca złożył kosztorys podmiotu Dom-Bruk D. P. - Januskowo 43, 88-400 Żnin. Natomiast w treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie przewidział uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący dwukrotnie zwracał się do Zamawiającego o odtajnienie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie dotyczących - w zakresie zawartych w tych wyjaśnieniach informacji jawnych. Zamawiający do dnia złożenia odwołania nie udostępnił ww. wyjaśnień, czym zdaniem Odwołującego złamał zasadę jawności postępowań publicznych. Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że cena oferty wykonawcy DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie jest rażąco niska z następujących powodów:

1. zastosowana stawka robocizny w przedstawionym kosztorysie ofertowym jest poniżej najniższej krajowej - jest 23,97 zł, winna być w 2024 roku /w okresie realizacji zamówienia/ - 27,70 zł - pierwsze półrocze i 28,10 zł - drugie półrocze,
2. narzuty kosztów pośrednich wskazano 19% - znacznie zaniżone, średnio jest ok 60%,
3. zysk ustanowiono na poziomie 3% stosując jednocześnie 8% upust od całości — czyli rzeczywisty zysk obliczeniowy to 5% straty na tym zadaniu.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek badać części składowe oferty, czego w odniesieniu do oferty wykonawcy DUO-LAB Sp. z o.o. z siedzibą w Januszkowie nie uczynił. Zdaniem Odwołującego następujące pozycje kosztorysu ofertowego podnoszonego Wykonawcy są niewykonalne w zaproponowanej cenie:

„DZ 1. POZ 1.

Słupki iglaste zaniżenie ceny rynkowej, która opiewa w granicach 750-850 zł/m³.

CENA kosztorysowa wynosiła — 236,86zł.

DZ 3. POZ 8

Nasiona traw zaniżenie ceny rynkowej, która opiewa w granicach 25-30 zł/kg CENA kosztorysowa wynosiła 7 zł/kg

Humus zaniżenie ilości - Oferent przyjął błędną grubość warstwy humusu tj. 5cm zamiast 10cm.

Ilość kosztorysowa - 5 cm

DZ 3. POZ 12

Profilowanie podłoża zaniżenie ceny rynkowej, która opiewa w granicach 1,25-1,45 zł/m² przy założeniu wykorzystania zasobów własnych.

Cena kosztorysowa wynosiła 1,01 zł/m²

DZ 5. POZ 16

Emulsja zaniżony nakład materiałowy - Oferent przyjął błędną ilość emulsji asfaltowej tj. 0,51 zamiast 0,80 kg/m²

Ilość kosztorysowa wynosiła 0,51 kg/m²

Emulsja zaniżenie ceny rynkowej, która opiewa w granicach 2,3-2,5 zł/ km/m² Cena kosztorysowa 2,0 zł/ km/m²

Skraplarka samojezdna zaniżenie ceny rynkowej, która opiewa w granicach 140-180 zł/m-g przy założeniu wykorzystania zasobów własnych.

Cena kosztorysowa wykosi 50 zł/m-g

Dz. 5 POZ 17

Masa asfaltowa warstwa wiążąca — Rynkowa cena mieszanki na warstwę wiążącą wynosi około 311 zł/t

Cena kosztorysowa 280 zł/t

Dz. 5 POZ 19

Masa asfaltowa warstwa ścieralna - Rynkowa cena mieszanki na warstwę ścieralną wynosi około 369 zł/t

CENA kosztorysowa 335 zł/t

Rozścielacz mas bitumicznych zaniżenie ceny rynkowej, która wynosi 250-300 zł/m-g przy założeniu wykorzystania zasobów własnych.

Cena kosztorysowa 150 zł/m-g

DZ 6. POZ 20

Brak wliczonych materiałów:

- Tarcze znaków - 18 sztuk

DZ 7. POZ 22

Rura osłonowa PVC o średnicy do 50x1,8 zniżenie ceny rynkowej, która opiewa w granicach 38-50 zł/szt

Cena kosztorysowa 20zł/szt

DZ 7. POZ 23

Tłucznie kamienne niesortowane — zniżony nakład materiałowy.

Ilość kosztorysowa 0,3182 m².

II. Pismem wniesionym w dniu 15 października 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca DUO-LAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Januszkowie (dalej: „Przystępujący”).

Stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 16 października 2023 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt XIII.3.1) SWZ wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy – szczegółowy. Przystępujący złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy szczegółowy, jednakże jako wykonawca w kosztorysie został wskazany: Dom-Bruk D. P., Januszkowo 43, 88-400 Żnin.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której kosztorys ofertowy nie został w ogóle złożony. Dokument ten został złożony, jednakże w jego treści został jako wykonawca podany inny podmiot niż Przystępujący. Nie budzi jednak wątpliwości, że kosztorys ten został złożony w ramach oferty Przystępującego, a nie podmiotu wskazanego w treści kosztorysu. Ponadto, jak wynika z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru przedsiębiorców KRS Pan P. D. jest współnikiem oraz Prezesem Zarządu spółki będącej Przystępującym. Jest zatem wysoce prawdopodobne, że nastąpiła w tym zakresie omyłka. Przede wszystkim jednak należy zauważyć, że kosztorys ofertowy nie musi być sporządzony przez samego wykonawcę, a o tym, który podmiot jest wykonawcą składającym ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia decyduje treść formularza ofertowego. Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa należy wskazać, iż jak wynika z dokumentu pochodzącego z dokumentacji postępowania, okazanego przez Zamawiającego na rozprawie oraz przesłanego jako środek dowodowy do akt sprawy przez Przystępującego (wykaz wiadomości z platformy zakupowej), część wyjaśnień Przystępującego dotyczących wyliczenia ceny (od str. 2 – 8) została Odwołującemu przesłana. Żaden dowód przeciwny nie został przez Odwołującego przedstawiony. Natomiast wbrew stanowisku Odwołującego zamawiający nie są w postępowaniach o udzielenie zamówienia zobowiązani do udostępnienia wszystkich dokumentów złożonych przez wykonawców, ale wyłącznie dokumentów jawnych oraz tych, które zostały uznane za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Oceny w zakresie skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokonuje się na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Jeżeli dany wykonawca nie zgadza się z oceną zamawiającego co do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów złożonych przez innego wykonawcę, może na tę czynność zamawiającego wnieść odwołanie do Prezesa Izby. W takim odwołaniu wykonawca ten winien wykazać, że inny wykonawca – w złożonym uzasadnieniu – nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast w niniejszej sprawie Odwołujący nie podniósł żadnych zarzutów wobec treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i nie podniósł zarzutu nieudostępnienia mu tego uzasadnienia. W związku z tym postawiony w tym zakresie zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską

cenę należy na wstępie wyjaśnić, że oceny w tym zakresie co do zasady dokonuje się na podstawie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przedstawionych przez wykonawcę. Odwołujący nie przedstawił żadnych zarzutów dotyczących wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Przystępującego, mimo że zostały mu one częściowo udostępnione (tj. bez załączników), o czym była mowa powyżej. W odniesieniu do argumentów uzasadniających w ocenie Odwołującego uznanie ceny oferty Przystępującego za rażąco niską należy wskazać, co następuje:

Ad. 1) Przystępujący nie był obowiązany do uwzględnienia wskazanych przez Odwołującego minimalnych stawek godzinowych w sytuacji, w której na dzień złożenia oferty stawki te nie zostały jeszcze opublikowane. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. zostało opublikowane w dniu 15 września 2023 r., natomiast termin składania ofert został ustalony na dzień 11 września 2023 r.

Ad. 2) Twierdzenie o zaniżeniu przez Przystępującego narzutów kosztów pośrednich nie zostało przez Odwołującego udowodnione. Na rozprawie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z kosztorysów innych wykonawców - na potwierdzenie zaniżenia kosztów pośrednich przez Przystępującego. Sformułowana teza dowodowa jest błędna, albowiem zaniżenie kosztów pośrednich przez wykonawcę stanowi ocenę, a nie fakt podlegający udowodnieniu. Odwołujący winien był przedstawić fakty podlegające udowodnieniu oraz dowody na potwierdzenie tych faktów, na podstawie których możliwe byłoby dokonanie oceny co do zaniżenia kosztów pośrednich przez Przystępującego. W związku z powyższym, wnioskowany przez Odwołującego dowód nie został przeprowadzony, a ww. twierdzenie zostało uznane za nieudowodnione.

Ad. 3) W złożonych wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny Przystępujący wykazał zysk z realizacji zamówienia. Odwołujący w ogóle się nie odniósł do tych wyjaśnień, pomimo że, jak wynika z dowodu z dokumentacji postępowania, ta część wyjaśnień została mu przekazana.

Jeżeli zaś chodzi o kwestionowane przez Odwołującego pozycje kosztorysu, należy przede wszystkim wskazać, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że podane tam wartości należy uznać za istotne części składowe ceny. Ponadto, podnoszony nierynkowy charakter cen podanych w tych pozycjach przez Przystępującego nie został przez Odwołującego w żaden sposób udowodniony. Przykładowo, Odwołujący wskazał: „Masa asfaltowa warstwa wiążąca — Rynkowa cena mieszanki na warstwę wiążącą wynosi około 311 zł/t Cena kosztorysowa 280 zł/t” – ale na potwierdzenie podanej przez siebie rynkowej ceny mieszanki nie przedstawił żadnych dowodów. Na rozprawie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z kosztorysów ofertowych zawartych w pozostałych ofertach złożonych w tym postępowaniu - na potwierdzenie nierealnego charakteru wartości wskazanych w pozycjach kosztorysu ofertowego Przystępującego wymienionych w odwołaniu. Także w tym przypadku, sformułowana teza dowodowa jest błędna, albowiem nierealny charakter wartości podanych w kosztorysie stanowi ocenę, a nie fakt podlegający udowodnieniu. Odwołujący winien był przedstawić fakty podlegające udowodnieniu oraz dowody na potwierdzenie tych faktów, na podstawie których możliwe byłoby dokonanie oceny co do nierealnego charakteru wartości podanych w kosztorysie Przystępującego. W związku z powyższym, wnioskowany przez Odwołującego dowód nie został przeprowadzony, a ww. twierdzenia zostały uznane za nieudowodnione. Nawet, gdyby uwzględnić tylko te pozycje, w których Odwołujący powołuje się nie tyle na nierynkowy charakter cen, co na nieuwzględnienie wymagań zamawiającego, to i tak w odniesieniu do tych pozycji Odwołujący nie wykazał, że mogą one być uznane za istotne części składowe ceny, a ich ewentualne zaniżenie powinno skutkować uznaniem całkowitej ceny oferty Przystępującego za rażąco niską. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Przewodnicząca: