

Sygn. akt KIO 396/22

WYROK

z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 r. przez wykonawcę **Grani-Tec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **M. Cz. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. Cz. z siedzibą w miejscowości Czerwionka – Leszczny**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Grani-Tec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 0000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Grani-Tec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Likwidacja szybu Jas VI w SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos-Rydułtowy I” Ruch „Jas-Mos”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00150712/01.

W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawca Grani-Tec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę,
2. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców sklasyfikowanych na pozycjach 1, 2, 3 i 4 do złożenia wyjaśnień odnośnie kalkulacji ceny oferty,
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert sklasyfikowanych na pozycjach 1, 2, 3 i 4 jako ofert, które zawierają rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwania wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane na pozycjach 1, 2, 3 i 4 do złożenia wyjaśnień w przedmiocie szczegółowej kalkulacji ceny ich ofert, a w konsekwencji odrzucenia tych ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 17 lutego 2022 r. zgłosiła przystąpienie M. Cz. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. Cz. z siedzibą w miejscowości Czerwionka – Leszczny, dalej „Przystępujący”.

Pismem z dnia 18 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 marca 2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie roboty budowlanej polegającej na likwidacji szybu Jas VI w SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos-Rydułtowy I” Ruch „Jas-Mos”. Szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia zostały zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem 21 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający ustalił dwa kryteria: cenę z wagą 95% oraz okres gwarancji z wagą 5%. Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia wyniosła 3 373 074,84 zł netto. W postępowaniu wpłynęło sześć ofert: Przystępującego z ceną brutto 38 735 504,40 zł; Universal Energy sp. z o.o. i Universal Energy sp. z o.o. sp. k. z ceną 14 255 663,10 zł; Szymar Sp. z o.o. i Zakład Robót Górniczych GÓRREM sp. z o.o. z ceną 4 725 106,50 zł; ROW-JAS sp. z o.o. z ceną 7 494 310,05 zł Odwołującego z ceną 4 614 940,32 zł; Developer i Recykling Sp. z o.o., Karbon Sp. z o.o. oraz ZBR BUDREM J. R. z ceną 4 858 521,35 zł. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 4 148 883,00 zł brutto.

Pismem z dnia 6 października 2021 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny do trzech wykonawców, tj. do: Developer i Recykling Sp. z o.o., Karbon Sp. z o.o. oraz ZBR BUDREM J. R., do Szymar Sp. z o.o. i Zakład Robót Górniczych GÓRREM sp. z o.o. oraz do Odwołującego. Odwołujący złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie.

Pismem z dnia 23 listopada 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Developer i Recykling Sp. z o.o., Karbon Sp. z o.o. oraz ZBR BUDREM J. R. na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, uznając że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ w wyznaczonym terminie wykonawca nie udzielił żadnej odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, tym samym nie przedstawił szczegółowych elementów kalkulacyjnych dotyczących ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotowego zadania, w związku z czym nie dostosował się do wymogu ustanowionego przez Zamawiającego oraz nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z informacją z przeprowadzonej aukcji elektronicznej ceny poszczególnych wykonawców kształtowały się następująco: Przystępujący - 3 392 195 zł; Universal Energy sp. z o.o. i Universal Energy sp. z o.o. sp. k. z ceną - 3 230 663,10 zł; Szymar Sp. z o.o. i Zakład Robót Górniczych GÓRREM sp. z o.o. - 3 425 000 zł; ROW-JAS sp. z o.o. - 3 434 310,05 zł Odwołujący - 4 080 000 zł.

Zamawiający w dniu 7 lutego 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawców sklasyfikowanych na pozycji od 1 do 4, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia ich ofert stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Oczywiście ocena Zamawiającego będzie zawierać pewien element subiektywny. Niemniej granicą tej subiektywnej oceny jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających wszczęcie procedury wyjaśniającej i za każdym razem kwestia ta będzie oceniana indywidualnie w odniesieniu do okoliczności faktycznych. W niniejszej sprawie, będącej przedmiotem oceny w tymże postępowaniu odwoławczym, Zamawiający mając na uwadze wyrównany poziom cen złożonych ofert miał prawo takich wątpliwości nie powziąć, a Odwołujący nie przywołał żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby powzięcie takich wątpliwości.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, na skutek przeprowadzenia aukcji elektronicznej wszyscy wykonawcy, prócz Odwołującego, złożyli oferty opiewające na cenę bardzo zbliżoną, a nieprzekraczającą 4.000.000,00 złotych. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że kierując się doświadczeniem w zakresie likwidacji budynków w ramach prowadzonej

działalności, doszedł do wniosku, że cena całkowita oferty Przystępującego oraz pozostałych wykonawców sklasyfikowanych na pozycji 2, 3 i 4 po aukcji elektronicznej, nie wymaga wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie należy wskazać, że w sytuacji gdy Odwołujący podnosi, że ceny pozostałych wykonawców winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania i udowodnienia niezbędnych ku temu okoliczności. Uzasadnieniem dla powyższego jest podstawa prawna zarzutu zaniechania wezwania wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione z uwagi na fakt, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do realności wskazanych cen.

Odwołujący upatruje podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny stwierdzając, że sam koszt materiału, transportu i mieszalnik jest blisko całkowitej cenie ofert pozostałych wykonawców. Odwołujący podnosił także, że istotnym czynnikiem kształtującym cenę oferty jest materiał zasypowy, a jedynym dostawcą, który może dostarczyć mieszaninę spełniającą wymagania specyfikacji warunków zamówienia jest PGE Ekoserwis S.A.

Jak słusznie zauważył Przystępujący, Odwołujący nie wykazał, że jedynym dostawcą, który jest w stanie dostarczyć mieszankę samozestalającą, spełniającą wymagania Zamawiającego, jest spółka PGE Ekoserwis S.A. Dowody złożone podczas rozprawy przez Przystępującego przeczą tezie Odwołującego (oferty trzech różnych podmiotów na dostawę tej samej mieszaniny, która jest objęta postanowieniami niniejszego postępowania). Również propozycja handlowa PGE Ekoserwis S.A. z dnia 20 września 2021 r. (załącznik do odwołania) nie potwierdza argumentacji Odwołującego, gdyż zawiera nieścisłości, w szczególności w zakresie ilości materiałów, gdzie podane ilości zostały zamienione miejscami, a wskazanie ich jest niezgodne z postanowieniami dokumentacji postępowania. Dodatkowo, dokument ten nie został podpisany przez żadnego przedstawiciela PGE Ekoserwis S.A.

Ponadto, różnica między ceną oferty Odwołującego a ceną ofert pozostałych wykonawców w ocenie składu orzekającego nie jest znacząca i może wynikać z odmiennego sposobu kalkulacji ceny, a koszt zakupu materiału zasypowego może się różnić u poszczególnych podmiotów, co jest uzasadnione z uwagi na realia rywalizacji rynkowej uczestników postępowania.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw, aby żądać od Przystępującego oraz pozostałych wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji powyższej argumentacji pozostałe zarzuty z odwołania dotyczące odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie zasługiwały również na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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: