

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U. T. D. M. J. O. z siedzibą w C. Ś. oraz K.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „I.- K.” K. F. z siedzibą w L.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w K.**

przy udziale **wykonawcy D.-B. Sp. z o.o. z siedzibą w C.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddała odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. z siedzibą w C. Ś. oraz K.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „I.- K.” K. F. z siedzibą w L. i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jana O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi T. D. M. J. O. z**

siedzibą w C. Ś. oraz K. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „I.-K.” K. F. z siedzibą w L. tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U. T. D. M. J. O. z siedzibą w C. Ś. oraz K. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „I.- K.” K. F. z siedzibą w L. kwotę 3 600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w K.** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 1609/17

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

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w K. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również

„ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Roboty w zakresie napraw i utrzymania dróg na terenie administrowanym przez GDDKiA Oddział w K. Rejon W. B.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Uwzględnia T. D. M. J. O. z siedzibą w C. Ś. oraz K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „I.- K.” K. F. z siedzibą w L. (zwani dalej „Odwołującym”) w dniu 3 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy D.-B. Sp. z o.o. z siedzibą w C., zarzucając naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 9poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy D.- B. Sp. z o.o. z siedzibą w Cz. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 4 sierpnia 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca D.-B. Sp. z o.o. z siedzibą w C..

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy D.-B. Sp. z o.o. z siedzibą w C. (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są: *„Roboty w zakresie napraw i utrzymania dróg na terenie administrowanym przez GDDKiA Oddział w K. Rejon W.B.”.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. D.-B. Sp. z o.o. z siedzibą w C.,
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą U.T. D. M. J. O. z siedzibą w C. Ś. oraz K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „I.- K.” K. F. z siedzibą w L.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 lipca 2016 r. /.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy: D.- B. Sp. z o.o. z siedzibą w C..

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu wykonawcy z dnia 25 lipca 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą U. T. D. M. J.O. z siedzibą w C. Ś. oraz K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „I.- K.” K. F. z siedzibą w L. wnieśli odwołanie w dniu 3 sierpnia 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U. T. D. M.J. O. z siedzibą w C. Ś. oraz K. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „I.- K.” K. F. z siedzibą w L. z dnia 3 sierpnia 2017 r. /.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 18 sierpnia 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. W wyniku badania ofert ustalono, że nie zachodzi konieczność uruchomienia tej procedury.

Natomiast zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, 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.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, iż biorąc pod uwagę obecną treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego. W zakresie pojęcia istotnych części składowych (a nie poszczególnych pozycji kosztorysowych) ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawie wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść daje możliwość Zamawiającemu do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W niniejszym stanie faktycznym bezspornym jest, że nie został przekroczony próg procentowy, zobowiązujący Zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy.

Zgodzić należało się że zarówno zaoferowane ceny, jak również ich istotne części składowe nie budziły wątpliwości co do możliwości wykonania całego przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonywanie robót, usług oraz dostaw związanych z utrzymaniem dróg i będzie wykonywany w trybie „podstawowym” i „awaryjnym” w ramach poszczególnych zleceń, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia.

Zgodzić należało się również, że odnoszenie się do poszczególnych pozycji kosztorysowych, na które powołuje się Odwołujący, a które nie stanowią ani przedmiotu odrębnego wynagrodzenia, ani tym bardziej istotnych części składowych przedmiotu zamówienia wydaje się całkowicie bezzasadne. W szczególności, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, usługi oraz dostawy związane z utrzymaniem dróg, a wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy badanie rażąco niskiej ceny pod kątem poszczególnych cen jednostkowych, gdzie waga ich wartości w stosunku do całkowitej wartości zamówienia jest znikoma nie ma żadnego uzasadnienia w obecnym stanie faktycznym. Odwołujący nie wykazał też, aby wskazane przez niego elementy miały tak istotny charakter, jak twierdził. Ponadto przeprowadzona analiza porównawcza prowadzi do wniosku, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest o 4,5% niższa od ceny oferty Odwołującego oraz o 9,2% niższa od ceny oferty następnej w kolejności. W ramach niniejszego postępowania nie wystąpiły zatem okoliczności, skutkujące koniecznością zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej, a różnice w cenach oferowanych przez wykonawców należy traktować jako zjawisko występowania konkurencji w określonej branży. Zamawiający, przyjął, że przedstawiona przez wykonawcę D. B. Sp. z o.o. cena ofertowa nie odbiega w sposób znaczący od cen rynkowych co sprawia, że należy ją uznać za realną i umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji. Nie można zatem twierdzić, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec tego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę D.B. Sp. z o.o. jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z wcześniejszymi wyjaśnieniami oferta wybrana jako najkorzystniejsza została wybrana prawidłowo na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) 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), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

.....