

WYROK

z dnia 1 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę SOVRANA Polska Sp.j. M. Szastak, R. Kaim w Olkuszu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Starostwo Powiatowe w Łęcznej

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża SOVRANA Polska Sp.j. M. Szastak, R. Kaim w Olkuszu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez SOVRANA Polska Sp.j. M. Szastak, R. Kaim w Olkuszu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający - Starostwo Powiatowe w Łęcznej - prowadzi w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż sprzętu pralniczego i pomocniczego do Powiatowego Zakładu Aktywności Zawodowej w Jaszczowie wraz z wdrożeniem procesu technologicznego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 00116809/01. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne

wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Adama Brzozowskiego prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą ABRI-LUX Adam Brzozowski w Tłuszczu, dalej jako: „ABRI-LUX”, wykonawca SOVRANA Polska Sp.j. M. Szastak, R. Kaim wniósł odwołania 21 sierpnia 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 28 Pzp przez ustalenie wartości zamówienia bez należytej staranności;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 oraz art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ABRI-LUX, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zażądania od ABRI-LUX wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, gdy zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
4. art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp przez zaniechanie zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie ABRI-LUX jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem

postępowania a podanej w piśmie z dnia 22.07.2021 r. tj. kwoty 1.019.743,80 zł brutto.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie ABRI-LUX do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Żądał również obciążenia kosztami postępowania zamawiającego i zasądzenie na swoją rzecz kwoty 11.100 zł tytułem zwrotu kosztów uiszczanego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że z pisma zamawiającego datowanego na 30 lipca 2021 r., doręzonego odwołującemu 16 sierpnia 2021 r., wynika, że zamawiający oszacował wartość zamówienia przez zastosowanie „średniej wartości wstępnej oferty wykonawców”. Zdaniem odwołującego nie jest to zgodne z prawdą i w rzeczywistości zamawiający nie jest w stanie wykazać podstawy, na jakiej dokonał oszacowania wartości zamówienia. Jeśli faktycznie zamawiający dokonał stosownej oceny wartości zamówienia i oszacował ją na kwotę 690.905,20 zł, nie sposób zrozumieć dlaczego, mimo rzekomego oszacowania wartości zamówienia na kwotę 849.813,40 zł brutto, zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 829.060.00 zł netto, która po naliczeniu stosownego podatku wyniosła 1.019.743,80 zł brutto. Zdaniem odwołującego faktyczną wartością oszacowaną przez zamawiającego była kwota 829.060.00 zł netto.

Zdaniem odwołującego, cena zaoferowana przez ABRI-LUX jest niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych, zaś dla aktywizacji obowiązku wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie. Odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał wezwania, pomimo iż wystąpiły okoliczności uzasadniające wszczęcie postępowania wyjaśniającego. Odwołujący wskazał, że z dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego wynika, że faktyczną wartością oszacowaną przez zamawiającego była kwota 829.060.00 zł netto, zatem oferta przedstawiona przez wybranego wykonawcę w kwocie 686.340,00 zł brutto jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, czyli od kwoty 1.019.743,80 zł brutto.

Zdaniem odwołującego, dokumentacja zgromadzona w toku postępowania, pochodząca od poszczególnych wykonawców składających swoje oferty potwierdza, że koszt wytworzenia przedmiotu zamówienia znacznie przekracza cenę zaoferowaną przez ABRI-LUX. Brak przedstawienia szczegółowych danych i dowodów powoduje, że ocena oferty dokonywana przez zamawiającego siłą rzeczy musiała się opierać na domysłach i jego

własnym przekonaniu co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Taka zaś sytuacja nie jest akceptowalna z perspektywy zasady równego traktowania wykonawców, zwłaszcza gdy różnica pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców jest tak duża. Odwołujący wskazał, że zamawiający nic by nie tracił, gdyby wezwał ABRI-LUX do złożenia stosownych wyjaśnień. Wobec nie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, obecnie to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że zamówienie zostało starannie oszacowane, zaś oferta nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie ma żadnych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu z udziałem stron zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie notatki z szacowania wartości zamówienia Izba ustaliła, że zamawiający dokonał ustalenia wartości zamówienia w dniu 25 czerwca 2021 r. Podstawą szacunku była analiza cen rynkowych wynikająca ze średniej cen ofert wstępnych wykonawców. Wartość zamówienia zamawiający ustalił na kwotę netto 690.905,20 zł, stawkę VAT na kwotę 158.908,20 zł. Wartość zamówienia brutto wyniosła VAT 849.813,40 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 lipca 2021 r.

Pismem z 22 lipca 2021 r. zamawiający poinformował 1.019.743,80 zł (słownie: jeden milion dziewiętnaście tysięcy siedemset czterdzieści trzy złotych, osiemdziesiąt groszy).

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 27 lipca 2021 r. zamawiający otworzył oferty tego dnia o godzinie 10.30. W postępowaniu złożono trzy oferty z cenami odpowiednio:

1. Fabryka Maszyn Pralniczych „Pramazut” Sp. z o.o. w Masłowie - 959.154 zł;
2. odwołujący - 842.181 zł;
3. ABRI-LUX - 686.340 zł.

Pismem z 28 lipca 2021 r. odwołujący wezwał zamawiającego do zastosowania art. 224 ustawy i wnioskował o odrzucenie oferty ABRI-LUX. W odpowiedzi z 16 sierpnia 2021 r. zamawiający oświadczył, że nie widzi podstaw do wezwania do złożenia wyjaśnień w związku z wystąpieniem rażąco niskiej ceny. W uzasadnieniu zamawiający podał, że ustalił wartość zamówienia na podstawie średniej cen ofert rynkowych, a odwołujący brał udział w tych ustaleniach. Wskazał, że oszacowano wartość zamówienia na kwotę 690.905,20 zł netto (849.813,40 zł brutto). Wobec tak oszacowanej wartości zamówienia, najkorzystniejszą cenowo ofertą była oferta ABRI-LUX wynosząca 686.340,00 zł brutto.

Tego samego dnia zamawiający poinformował o wyborze oferty ABRI-LUX jako najkorzystniejszej oferty.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie powołanych pism znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stanowisko odwołującego uzasadniające naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy opiera się na dwóch założeniach. Po pierwsze, że wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług to kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Po drugie, że dowód w zakresie prawidłowości szacunku, a tym samym braku obowiązku dokonywania wezwania do udzielenia wyjaśnień, spoczywa na zamawiającym.

Oba założenia są błędne.

W odniesieniu do pierwszego z nich należy zauważyć, że ustawa nie utożsamia pojęć wartości szacunkowej zamówienia i kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Szacowanie wartości zamówienia opisane zostało w rozdziale 5 ustawy. Zgodnie z art. 28 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia publicznego jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Szacunek dokonany przez zamawiającego powinien uwzględniać aktualną sytuację na rynku, w związku z tym ustawodawca przyjął, że ta wartość jest punktem odniesienia przy ocenie rzetelności ceny oferty. Wartość zamówienia na etapie przygotowania postępowania ma również to znaczenie, że determinuje obowiązek stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy oraz wpływa na wybór trybu udzielania zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 1 Pzp zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Natomiast art. 29 ust. 2 Pzp stanowi, że zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przepisami.

O kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi art. 222 ust. 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający, przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia nie musi być równa wartości zamówienia oszacowanej przed wszczęciem postępowania. Źródłem różnicy między szacunkiem, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia jest już podatek od towarów i usług, gdyż wartość szacunkowa wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w art. 28 i nast. Pzp, jest wartością netto, podczas gdy kwota podawana przed otwarciem ofert stanowi kwotę brutto. Wpływ na wysokość kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia mają również aktualne możliwości finansowe zamawiającego, które mogą spowodować zarówno zwiększenie, jak i obniżenie tej kwoty. Wskazana przez zamawiającego kwota, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zawsze więc odzwierciedla wprost sytuację na rynku oraz jej zmianę w stosunku do istniejącej w dacie ustalania wartości zamówienia, jednak w każdym przypadku ma dla wykonawców charakter gwarancyjny. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wiąże zamawiającego w tym sensie, że stanowi punkt odniesienia dla stwierdzenia, czy istnieją podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, tj. w sytuacji, gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do wskazywanej przez odwołującego, ubocznej w ocenie Izby, kwestii

terminu podania przez zamawiającego na stronie internetowej informacji kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, wskazać należy, że art. 222 ust. 4 Pzp, inaczej niż jego poprzednik prawny art. 86 ust. 3 dawnego Pzp, nie wskazuje, czy zamawiający powinien podać taką kwotę po upływie terminu składania ofert, a przed otwarciem ofert, czy może podać taką kwotę dużo wcześniej przed upływem terminu składania ofert. Art. 222 ust. 4 stanowi jedynie, że ma to nastąpić najpóźniej przed otwarciem ofert i wbrew stanowisku odwołującego nie należy z niego wywodzić obowiązku zamawiającego zamieszczenia informacji o tej kwocie już w SWZ. Zamawiający informację o wartości zamówienia może, lecz nie musi, podać w SWZ.

W odniesieniu do zagadnienia ciężaru dowodu zważyć należy, że w postępowaniu

odwoławczym obowiązuje klasyczna reguła rozkładu ciężaru dowodu tzn. spoczywa on na twierdzącym. Podstawowa reguła zawarta w art. 6 k.c. zapisana została również w art. 534 ust. 1 Pzp. Odrębną regulację zawiera art. 537 Pzp, który stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1) albo zamawiającym, jeżeli wykonawcą, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 2). Regulacje te, jako mające charakter wyjątku od zasady obciążenia powinnością dowodową tego, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne, podlegają wykładni restrykcyjnej. Oznacza to, że nie mogą być rozciągane na stany faktyczne, w których zamawiający jeszcze nie stwierdził rażącego zaniżenia ceny oferty, a badaniu podlega jedynie to, czy istnieją wątpliwości co prawidłowego obliczenia ceny oferty. Ciężar dowodu twierdzenia, że istnieją wątpliwości, co do prawidłowego obliczenia ceny oferty, spoczywa zatem na wykonawcy, który podnosząc zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 lub 2 Pzp, domaga się wezwania konkurenta do złożenia wyjaśnień. Pogląd ten został ukształtowany w orzecznictwie pod rządami art. 90 ust. 1 dawnego Pzp (vide przykładowo wyrok w sprawie KIO 166/15) i zachowuje aktualność pod rządami przepisów obowiązującej ustawy.

Przeniesienie tych poglądów na grunt okoliczności sporu prowadzi do konstatacji, że odwołujący nie wykazał, aby zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do ceny wybranej oferty. Nie doszło zatem do naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, który 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. Odwołujący nie wykazał, aby wykonanie umowy było narażone na szwank, ani tych elementów zamówienia w odniesieniu do których - biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia - zamawiający powinien był powziąć jakiegokolwiek wątpliwości. Odwołujący odnosił się wyłącznie do ceny oferty, co przesunęło punkt ciężkości sporu na art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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. Odwołujący twierdził przy tym, że realną wartością zamówienia jest kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Stwierdzić należy, że odwołujący nie udowodnił swego twierdzenia. W tym miejscu dla porządku należy zauważyć, że odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 28 Pzp, jednak istotę zarzutu sprowadził do twierdzenia, że wartością szacunkową zamówienia powinna być kwota wskazana przez zamawiającego przed otwarciem ofert. Niezależnie od wyjaśnionej wyżej bezpodstawności tego twierdzenia na gruncie ustawy i braku jakiegokolwiek aktywności dowodowej odwołującego, należy też uwzględnić, że pomiędzy ustaleniem przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, a dniem otwarcia ofert upłynął jeden miesiąc. Brak jest więc uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że w okresie tym realia rynkowe uległy zmianie. O sytuacji rynkowej stanowią w ocenie liczby ceny złożonych ofert, których średnia wynosi 829.225 zł. Cena oferty odwołującego jest od tej kwoty niższa o 142.885 zł. Różnica ta nie daje podstaw do wezwania do wyjaśnień, a podstaw do twierdzenia przeciwnego odwołujący nie wykazał.

Konsekwencją uznania zarzutów naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp za niepotwierdzone, jest również oddalenie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 oraz art. 239 ust. 1 i 2 Pzp. Skoro bowiem odwołujący nie wykazał, że zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rzetelności ceny oferty wybranej i wezwać ABRI-LUX do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, to brak jest podstaw do odrzucenia oferty ABRI-LUX z powodu rażącego zaniżenia jej ceny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca: