Sygn. akt: KIO 260/22

WYROK

z 14 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 14 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 stycznia 2022 roku przez odwołującego: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale:

1. wykonawcy ZEC SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

2. wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska S.A. z siedzibą w Rybniku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Zakłady Remontowe Energetyki

   Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:.....

Sygn. akt: KIO 260/22

PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie remontu kapitalizowanego kotła OFz450B w Elektrociepłowni Żerań w Warszawie”, numer referencyjny: 21DOZZ901.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 211-557059.

31 stycznia 2022 r. wykonawca Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZEC SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący) mimo, że istotne elementy części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie z ostrożności naruszenie (zarzut nr 2):

2. art. 224 ust. 1 Pzp w związku z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co do istotnych elementów części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny (zarzut ewentualny),

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4. art. 224 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że oferta zwiera błędy w obliczaniu ceny w odniesieniu do oferowanego sznura grafitowego zbrojeniowego.

5. art. 16 Pzp przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. odrzucenia oferty Przystępującego;

3. ewentualnie - wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny,

4. ponownej ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie, że wycofuje zarzuty nr 1, 3 i 4 odwołania.

W uzasadnieniu podtrzymanych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Przystępujący złożył ofertę wraz z Załącznikiem nr 1 do Wzoru Umowy, w którym określił ceny jednostkowe oraz cenę łączną w poszczególnych pozycjach dotyczących cen

jednostkowych z uwzględnieniem właściwej jednostki miary oraz ilości.

8 grudnia 2021 r. Przystępujący przystąpił do aukcji elektronicznej, w wyniku której jego oferta uplasowała się na pierwszym miejscu. Po wygraniu aukcji Przystępujący złożył wymagany aktualny Formularz „Oferta" oraz Załącznik nr 1 do Wzoru Umowy, uwzględniający ceny jednostkowe określone w oparciu o ostatnią złożoną przez tego wykonawcę cenę oferty

w aukcji elektronicznej.

Zamawiający pismem z 17 grudnia 2021 r. poinformował Przystępującego o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający wskazał przy tym, że „W Tabeli 1 pozostawiono ceny jednostkowe sprzed aukcji, a w kolumnie „Cena łączna netto w PLN" wpisano kwoty odpowiadające cenie złożonej w trakcie aukcji elektronicznej. Zamawiający dokonuje poprawek oczywistej omyłki rachunkowej w Załączniku nr 1 Cennik i zakres prac, polegającej na podzieleniu kwot z kolumny: Cena łączna netto w PLN" przez wartości z kolumny „ilość".

Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, bowiem Zamawiający dopuścił się szeregu nieprawidłowych czynności w postępowaniu bądź też zaniechał podjęcia określonych czynności, które w rezultacie doprowadziły do nieuprawnionego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący wskazał przy tym, że w jego ocenie Zamawiający miał obowiązek wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty co do jej istotnych części składowych. Przystępujący nie skalkulował ceny w sposób prawidłowy, zaś części składowe ceny nosiły znamiona ceny rażąco niskiej.

W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej z 6 grudnia 2021 r. wskazano, że:

„W razie podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do danej oferty, mając na uwadze przesłanki określone w art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) Pzp oraz obowiązek przeprowadzenia przez Zamawiającego w tym zakresie wyjaśnień, Wykonawca zostanie wezwany przez Zamawiającego do złożenia Załącznika nr 1 do Wzoru Umowy uwzględniającego ceny jednostkowe określone w oparciu o ostatnią złożoną przez Wykonawcę cenę oferty w aukcji elektronicznej".

Powyższe stanowisko Zamawiającego, w zestawieniu z cenami oferowanymi przez Przystępującego przed aukcją, jak również po aukcji elektronicznej, jednoznacznie wskazywało, że Zamawiający winien wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w szczególności w odniesieniu do cen wskazanych w wyciągu z Tabeli nr 2 Załącznika nr 1 - cennik i zakres prac.

11 lutego 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

W ocenie Zamawiającego zarówno ceny jednostkowe, skalkulowane w ramach zaoferowanej przez Przystępującego ceny oferty brutto, jak i cała cena oferty brutto, odpowiadają rynkowym wartościom i gwarantują prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonał własnych kalkulacji w zakresie ustalenia wartości przedmiotu zamówienia, czego wyrazem było ustalenie kwoty jaką zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia na poziomie 19 298 700,00 zł brutto. Tymczasem Przystępujący,

w wyniku aukcji zaoferował kwotę jedynie o 1,85 % niższą - w ocenie Zamawiającego pozwalającą na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w postępowaniu, zaoferowano ceny na podobnym poziomie. Cena oferty kolejnej (po ofercie Przystępującego), w rankingu ofert, była niższa jedynie o 0,18 %.

Cena oferty złożonej przez Odwołującego była niższa o około 6 % od oferty Przystępującego - tym niemniej odbiegała ona również od kalkulacji Zamawiającego - a jej zaoferowanie samo w sobie nie uzasadniało tezy o rażąco niskiej cenie Przystępującego.

Zamawiający nie miał podstaw by wzywać wykonawcę do wyjaśnień RNC. Nie powziął bowiem żadnych wątpliwości co do prawidłowości złożonej oferty, zaoferowanej ceny oraz składających się na nią istotnych części składowych. Zgodnie z brzmieniem art. 224 ust. 1 Pzp, Zamawiający

nie jest w każdym przypadku zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty, ale jedynie wtedy gdy cena budzi jego wątpliwości.

Odwołujący nie wskazał żadnych argumentów na poparcie tezy o istotności wskazanych przez siebie cen jednostkowych z oferty Przystępującego (o łącznej wartości 0,19 %), poza tym, że ceny te znajdują się w Tabeli nr 2 Załącznik nr 1 Cennik i zakres prac. W ocenie Zamawiającego taka argumentacja była niewystarczająca, a pozycje te nie były istotne.

11 lutego 2022 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym ustosunkował się do zarzutów odwołania. W swoim stanowisku Przystępujący zawarł argumentację zgodną z przedstawionym wyżej stanowiskiem Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie 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 Pzp.

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

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. ofert złożonych w postępowaniu,
3. protokołu z aukcji elektronicznej z 9 grudnia 2021 r.
4. oferty Przystępującego wraz z załącznikami w wersji po aukcji,
5. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron - zestawień cen z innych, analogicznych postępowań tego samego zamawiającego.

W zakresie istotnym dla oceny zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 3 grudnia 2021 r. w postępowaniu oferty złożyli:

1. Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - cena: 27 957 795,40 zł,

2. Odwołujący - cena: 28 262 322,42 zł,

3. Przystępujący - cena: 25 512 989,57 zł,

4. Doosan Babcock Energy Polska S.A. z siedzibą w Rybniku - cena: 30 729 556,54 zł.

9 grudnia 2021 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w wyniku której doszło do następującej zmiany cen ofert w postępowaniu:

1. Przystępujący - cena: 19 263 000,00 zł,

2. Doosan Babcock Energy Polska S.A. z siedzibą w Rybniku - cena: 19 297 000,00 zł,

3. Odwołujący - cena: 20 490 000,00 zł,

4. Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - cena: 20 520 100,00 zł.

19 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejsza w postępowaniu została wybrana oferta Przystępującego.

Czynność powyższa, w zakresie oceny dokonanej przez Izbę, była prawidłowa i nie naruszała wskazanych przez Odwołującego przepisów Pzp.

Między stronami postępowania odwoławczego nie było sporu, co do kwestii stosunkowo niewielkich rozbieżności między cenami ofert wykonawców po aukcji z 9 grudnia 2021 r. - nie doszło do wypełnienia przesłanek określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp zgodnie z którym

w przypadku gdy 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, 5 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 oparł swoje stanowisko na twierdzeniu, że oferta Przystępującego w zakresie szeregu pozycji z załącznika nr 1 była na tyle zaniżona, że budziła obiektywne wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny całkowitej, co z kolei rodziło konieczność wezwania Przystępującego do udzielenia stosownych wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. Odwołujący kwestionował realność szeregu cen jednostkowych z załącznika nr 1 do oferty Przystępującego, przy czym łączna wartość podważanych przez Odwołującego pozycji wynosiła ok. 30 000 zł. Odwołujący nie wykazał przy tym dlaczego ewentualne zaniżenie cen elementów takich jak sznury grafitowe (różne rozmiary), których łączna wartość stanowiła niewielki ułamek ceny oferty Przystępującego, miałoby prowadzić do podważenia wiarygodności oferty za ponad 19 milionów złotych.

W konsekwencji Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne i nieudowodnione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....