Sygn. akt: KIO 3214/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2024 r. przez wykonawcę N.-Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: Ł. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PROBUD Ł. W. w Tychach

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę N.-Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 149 zł 00 gr (słownie: sto czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach tytułem zwrotu kosztów dojazdu,

   2.2 zasądza od wykonawcy N.-Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej na rzecz zamawiającego Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach kwotę 3 749 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 3214/23

Uzasadnienie

Zamawiający Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie podstawowym pod nazwą „Remont wiaduktu północnego i południowego w ciągu DK-44 nad DK-1 w Tychach”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 lipca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00432255

Dnia 3 września 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 2, w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca N.-Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, w której Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, oraz

2. art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił – powołując się na przesłankę wskazaną w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – że brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie wezwania wykonawcy PROBUD Ł. W. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania oraz dowodów zawartych w odwołaniu lub dołączonych do niego, a także dokumentów złożonych na rozprawie.

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ na skutek uchybień Zamawiającego oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu. Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający działał w sposób zgodny z ustawą Pzp oraz wezwał wykonawcę, którego oferta została wybrana, do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, mogłoby się okazać, że wybrany wykonawca przedstawił cenę rażąco niską i tym samym jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta Odwołującego. Odwołujący wskazał, że został naruszony jego interes, gdyż utracił on możliwość uzyskania zamówienia oraz osiągnięcia potencjalnych korzyści wynikających z jego realizacji.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a). Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 29 sierpnia 2024 r. (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 3 września 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że brzmienie przepisów art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wprowadza obowiązek zwrócenia się przez Zamawiającego o wyjaśnienia w sytuacji spełnienia się przesłanek w nich określonych, gdyż treść przepisów nie została sformułowana w sposób fakultatywny poprzez np. użycie zwrotu „może". Odwołujący podkreślił, że zastosowanie w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp spójnika „lub" wskazuje na alternatywę łączną – nawet zaistnienie tylko jednej ze wskazanych przesłanek obliguje Zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia.

W zakresie naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zasada przejrzystości

wymaga od Zamawiającego uzasadniania podjętych w postępowaniu czynności i wykazywania w stosunku do każdej istnienia podstawy ich podjęcia czy to w zapisach dokumentów zamówienia, czy też w przepisach obowiązującego prawa. Odwołujący wskazał, że:

1. średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu wyniosła 2 223 678,14 mln zł,

2. mnożąc kwotę wskazaną w pkt 1 przez 70% (oferta nie może być niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert) otrzymujemy wartość 1 556 574,70 zł, która stanowi granicę kwotową, po osiągnięciu której Zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,

3. oferta wybrana przez Zamawiającego została wyceniona przez wykonawcę na kwotę 1 424 413,80 zł, a więc kwotowo znalazła się o wiele poniżej limitu ustalonego zgodnie z pkt 2 powyżej, co obligowało Zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,

4. Zamawiający pismem zawiadamiającym o wyborze najkorzystniejszej oferty nie uzasadnił w żaden sposób, że rozbieżność pomiędzy wartością wybranej oferty a średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia – w tym zakresie Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że skoro w piśmie Zamawiającego zawiadamiającym o wyborze najkorzystniejszej oferty nie znalazło się uzasadnienie w zakresie „oczywistych okoliczności", to należy przyjąć, że takie „oczywiste okoliczności" nie nastąpiły, a Zamawiający był zobligowany do zwrócenia się o wyjaśnienia.

W dniu 16 września 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia

zarzutów podniesionych w odwołaniu Zamawiający byłby zobowiązany do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W przypadku negatywnej oceny przez Zamawiającego złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Ł. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROBUD Ł. W. w Tychach. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Ł. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PROBUD Ł. W. w Tychach (dalej również: „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 20 września 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe (opatrzone datą 19 września 2024 r.).

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz pisma procesowego z dnia 20 września 2024 r. złożonego przez Przystępującego.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego dowodu przedłożonego przez Odwołującego w postaci kosztorysów ofertowych złożonych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na okoliczność wykazania wątpliwości Odwołującego odnośnie pozycji nr 1 kosztorysów i dokonania prawidłowej wyceny przez przystępującego stwierdzając, że dowód ten nie ma znaczenia dla sprawy i został powołany jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje, że w odwołaniu nie znalazł się zarzut zaoferowania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w oparciu o ustawę Pzp postępowanie w trybie podstawowym pod nazwą „Remont wiaduktu północnego i południowego w ciągu DK-44 nad DK-1 w Tychach".

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, którzy za realizację zamówienia zaoferowali następujące kwoty:

1. Konsorcjum firm: wspólnik spółki cywilnej Firma Usługowa Detal P. W., wspólnik spółki cywilnej Detal Mosty K. G., Detal Mosty P.W., K. G. s.c. – cena brutto 1 976 461,42 zł, 2. Probud Ł. Wachewicz – cena brutto 1 424 413,80 zł,

3. N.-Mosty Sp. z o.o. – cena brutto 1 906 559,14 zł

4. Primost Serwis Sp. z o.o. (dalej: „Primost") – cena brutto 3 587 278,20 zł

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, określona przez Zamawiającego wynosiła 1 389 151,09 zł brutto.

W dniu 20 sierpnia 2024 r. Zamawiający przeprowadził badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Z badania został sporządzony „Protokół z posiedzenia komisji przetargowej". W protokole tym Zamawiający wskazał, że odstępuje od wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na oczywiste okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia. W protokole wskazano, że oferta złożona przez Primost jest zawyżona.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych oraz nieprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił – powołując się na przesłankę wskazaną w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – że brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp:

„1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) 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."

W przedmiotowej sprawie bezsporne między stronami było to, że cena oferty złożonej przez Przystępującego wpisywała się w dyspozycje powyższych regulacji w zakresie ciążącego na Zamawiającym obowiązku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Sporne było to, czy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, a tym samym czy Zamawiający był uprawniony do odstąpienia od wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W postępowaniu zostały złożone cztery oferty. Cena trzech z nich, w tym ofert złożonych przez Odwołującego i Przystępującego nie odbiegają znacząco od siebie oraz od wartości szacunkowej zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia to 1 389 151,09 zł brutto. Cena oferty złożonej przez Przystępującego to 1 424 413,80 zł, przez Odwołującego to 1 906 559,14 zł, zaś przez Konsorcjum firm: wspólnik spółki cywilnej Firma Usługowa Detal P. W., wspólnik spółki cywilnej Detal Mosty K. G., Detal Mosty P. W., K. G. s.c. – cena brutto 1 976 461,42 zł, cena oferty złożonej przez Primost Serwis Sp. z o.o. to 3 587 278,20 zł Wskazać jednak należy, że cena ofert trzech wykonawców nie odbiega znacznie od wartości szacunkowej zamówienia, podczas gdy oferta złożona przez Primost jest ponad dwukrotnie wyższa, niż oferta złożona przez Przystępującego i niespełna dwukrotnie wyższa, niż oferty złożone przez pozostałych dwóch wykonawców, w tym przez Przystępującego. Uzasadnione jest w związku z tym w ocenie Izby twierdzenie, że cena oferty Primost jest rażąco wygórowana. Oczywistym jest, że wyłącznie cena zaoferowana przez Primost wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczna ofert. Zdaniem Izby jest to okoliczność oczywista nie wymagająca wyjaśnienia. Izba wskazuje, że okoliczność oczywista to taka, która nie budzi wątpliwości i nie wymaga wyjaśnienia. Nie sposób w związku z tym zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie prowadził postępowania w sposób przejrzysty, ponieważ w zawiadomieniu o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający powinien wskazać przyczyny odstąpienia od wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jak wprost wynika z postanowień ustawy Pzp okoliczności mają być oczywiste i nie wymagać wyjaśnienia. O wysokiej średniej złożonych ofert przesądziło nie co najmniej kilka ofert, co świadczyłoby o tym, że co do zasady cena rynkowa zamówienia jest wysoka, ale przesądziła o tym cena jednej oferty. Cena tylko jednej oferty (oferty Primost) jest tak wysoka, zarówno w porównaniu do szacunku zamawiającego, jak i pozostałych trzech ofert, co nakazuje przyjąć, że to cena oferty Primost jest zawyżona, nie zaś – że cena oferty wybranej jest zaniżona. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w sytuacji, gdy cena jednej oferty jest dwukrotnie lub prawie dwukrotnie wyższa od pozostałych trzech ofert, które z kolei są na podobnym poziomie oraz na poziomie rynkowym, a wygenerowało to różnicę 30% pomiędzy tymi cenami a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, należy uznać, że jest okoliczność oczywista niewymagająca wyjaśnienia pod względem rażąco niskiej ceny. Izba wskazuje, że okoliczność ta powinna być również oczywista dla wykonawców będących profesjonalistami w obrocie, w tym dla Odwołującego. Dodatkowo wskazać należy, że

stanowisko Zamawiającego w tym zakresie w ocenie Izby jest spójne i nie można uznać go za wykreowane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Informacja o odstąpieniu przez Zamawiającego od wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika również z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 20 sierpnia 2024 r. Zdaniem Izby Zamawiający w prowadzonym postępowaniu działał z należytą starannością i nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..