Sygn. akt: KIO 4083/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 listopada 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 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
   a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 października 2024 r.,
   b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 1 004 zł 30 gr (jeden tysiąc cztery złote trzydzieści groszy) poniesioną przez wykonawcę Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem kosztów dojazdu;
   2.2 zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Urzędu Komunikacji Elektronicznej w Warszawie na rzecz wykonawcy Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 19 604 zł 30 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset cztery złote trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

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 4083/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie(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 o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przedłużenie gwarancji i usługi wsparcia technicznego producenta dla klastra macierzy NetApp” (nr ref.: BA.WZP.26.27.2024). Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 września 2024 r. pod nr 549022-2024

4 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty Levelite P.S.A. jako najkorzystniejszej,

- zaniechaniu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Levelite P.S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionego, merytorycznego badania i oceny ofert, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy Levelite P.S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, mimo, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia, w związku z czym Zamawiający był zobowiązany do wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a rozbieżność ta nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Levelite P.S.A. jako najkorzystniejszej.
3. Nakazanie Zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Levelite P.S.A.
4. Zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej dnia 24 października 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 4 listopada 2024 r., w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście 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 zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia, powiększona o należny podatek od towarów i usług, wynosi 1 457 304,00 zł Cena oferty Levelite wyniosła 869 487,00 zł brutto, co stanowi ok. 60% wartości szacunkowej zamówienia. W związku z tym jak wskazał Odwołujący zmaterializowała się przesłanka z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do obowiązkowego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Levelite. Odwołujący zauważył, że Zamawiający zaniechał tego wezwania, jednocześnie nie wykazał by wystąpiły okoliczności oczywiste, które uzasadniałyby brak wezwania do wyjaśnień (a w ocenie Odwołującego, takie okoliczności w ogóle w sprawie nie występują). Odwołujący podał, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest zasadą, obowiązkiem zamawiającego. Możliwość odstąpienia od takiego wezwania jako wyjątek od tej zasady nie może być traktowana rozszerzająco. Odwołujący wskazał, że Zamawiający działa jakby w ogóle pominął aspekt badania oferty Levelite pod względem wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W żadnym z udostępnionych Odwołującemu dokumentów, w szczególności z protokołu postępowania i załączników do niego nie wynika taka czynność Zamawiającego. Nie wynika też, by rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Dla stwierdzenia „okoliczności oczywistych" konieczne jest bowiem zaistnienie zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji.

Wątpliwości w ocenie Odwołującego wynikają choćby z procedury szacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego, które odbyło się na podstawie oferty Levelite P.S.A. z 6 września 2024 r. Jak wynika z protokołu postępowania i załączników do niego (w szczególności Notatki z dokonanej procedury szacowania zamówienia), Levelite P.S.A. oszacowało wartość zamówienia na kwotę 1 184 800,00 zł netto. Dokładnie tę kwotę przyjął Zamawiający jako szacunkową wartość zamówienia i ta kwota (powiększona o podatek VAT) została zaplanowana przez Zamawiającego jako kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że jeżeli porównamy zakres Opisu przedmiotu zamówienia z zaproszeniem do udziału w ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia publicznego nr BA.WZP.26.6.52.20241, w którym ofertę szacowania złożyło Levelite, i które stanowiło podstawę do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w postępowaniu, to dokumenty te pokrywają się jeżeli chodzi o szczegółowość i zakres informacji przekazanych przez Zamawiającego wykonawcom. Termin składania ofert szacowania ustalono na dzień 6 września 2024 r., a termin składania ofert w postępowaniu został ustalony na 15 października 2024 r. Okres niespełna 1,5 miesiąca między tymi dwiema datami nie uzasadnia zdaniem Odwołującego takiej różnicy między ofertami Levelite, na przykład na skutek zmian cenowych lub rynkowych, tym bardziej mając na uwadze, że oferta Levelite z października jest aż o 40% niższa od oferty wrześniowej.

Odwołujący wskazał, że Levelite P.S.A., aby mogła złożyć tak korzystną ofertę w postępowaniu, musiałaby uzyskać albo wyjątkowo korzystną ofertę od dystrybutora NetApp albo znacząco zaniżyć koszty pracy inżyniera NetApp, czy wręcz przyjąć je na poziomie 0 zł Te pozycje są kluczowe z punktu widzenia wyceny zamówienia i stanowią jej główny koszt. Z całą pewnością w ocenie Odwołującego nie należą do okoliczności oczywistych, widocznych „na pierwszy rzut oka" i wymagają wyjaśnienia. Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. W związku z

tym na Zamawiającym spoczywa szczególna odpowiedzialność za weryfikację ofert pod względem tego kryterium.
Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w sposób bezprawny doprowadziły do wyboru oferty wykonawcy Levelite P.S.A. jako najkorzystniejszej, mimo że istnieją podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy, co wymaga weryfikacji w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
Odwołujący wskazał, że bierze udział w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu jako wykonawca, a po dokonaniu przez Zamawiającego wadliwej czynności badania i oceny ofert, jego oferta znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania spowoduje jak zauważył Odwołujący konieczność złożenia wyjaśnień przez konkurencyjnego oferenta, co może doprowadzić do odrzucenia jego oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Tym samym, wybór oferty najkorzystniejszej i brak wyjaśnienia ofert złożonych w postępowaniu wprost godzi w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.
W dniu 12 listopada 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba ustaliła, iż 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 przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ Zamawiający dokona ponownej oceny i badania ofert.
Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w dniu 12 listopada 2024 r., pisma procesowe Odwołującego z dnia 22 listopada 2024 r. wraz z załączonymi do niego 4 dowodami oraz dowodu nr 5 w zakresie wskazania ceny oraz uzyskanego przez Odwołującego upustu. W pozostałej części Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego przedłożonego dowodu nr 5 z uwagi na obowiązek składania w postępowaniu przed KIO dokumentów wraz z tłumaczeniem na język polski. Izba wskazuje, że treść dowodu nr 5 została zastrzeżona przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przedłużenie gwarancji i usługi wsparcia technicznego producenta dla klastra macierzy NetApp”.
Pierwsze zaproszenie do udziału w ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia publicznego zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 31 maja 2024 r.
Formularz z szacowania wartości przedmiotu zamówienia wraz z podana ceną złożył wykonawca Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - cena: 1 260 504,00 zł brutto oraz Odwołujący – cena: 1 522 863,00 zł brutto.
Drugie zaproszenie do udziału w ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia publicznego zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 03 września 2024 r.
Formularz z szacowania wartości przedmiotu zamówienia wraz z podana ceną złożył wykonawca Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - cena: 1 184 800,00 zł netto (1 457 304,00 zł brutto).
W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Odwołującego z ceną 922 217,10 zł brutto i wykonawcy Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie z ceną 869 487,00 zł brutto
Całkowita kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 1 457 304,00 zł brutto
Cena zaoferowana przez Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie jest niższa o co najmniej 30% 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 nie wezwał Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawiedo złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp
W protokole z prac komisji Zamawiającego nie ma informacji o odstąpieniu od wezwania Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp z uwagi na to, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają

wyjaśnienia.
24 października 2024 r. Zamawiający przesłał do wykonawców zawiadomienie o wyniku postępowania informując o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.
Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.
Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionego, merytorycznego badania i oceny ofert, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy Levelite Prosta Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Levelite") do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, mimo, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia, w związku z czym Zamawiający był zobowiązany do wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a rozbieżność ta nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.
W pierwszej kolejności należy wskazać, że:
Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp:
„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 cena oferty złożonej przez Levelite wyniosła 869 487,00 zł brutto. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT wynosi 1 457 304,00 zł brutto. Bezsporne w związku z tym jest, że oferta Levelite obejmuje kwotę niższą o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług. Zamawiający w związku z tym zdaniem Izby powinien był wezwać wykonawcę Levelite do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Byłby zwolniony z tego obowiązku wyłącznie w sytuacji, gdyby rozbieżność w cenie wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Taka sytuacja nie występuje w przedmiotowej sprawie, ponieważ Zamawiający w dokumentacji postępowania (np. w protokole) nie zawarł informacji o odstąpieniu od wezwania Levelite od wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Co więcej jak wskazał podczas rozprawy Zamawiający, dokonywał on analizy oferty Levelite pod kątem tego, czy zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. W tym celu Zamawiający polegał na wiedzy swoich specjalistów. Badanie to doprowadziło Zamawiającego do wniosku, że przedmiotem zamówienia jest głównie zaoferowanie produktu „półkowego" w związku z czym cena jest realna, a wartość szacunkowa została przeszacowana. Zamawiający wziął również pod uwagę to, że obie złożone oferty są na zbliżonym poziomie. Jak wskazano w komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza zamawiający jest zwolniony z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp co do zdarzeń i faktów od razu przez zamawiającego dostrzeżonych, bez konieczności dokonywania analizy, porównywania i badania innych przypadków. Zamawiający dokonał analizy, porównał cenę oferty Levelite z ceną oferty Odwołującego. Nie można w związku z tym uznać, że rozbieżność wynikała z oczywistych okoliczności.
Dodatkowo Izba wskazuje, że sam fakt, że ceny obu złożonych ofert są na zbliżonym poziomie nie przesądza o tym, że ceny te są realne. Zamawiający podczas rozprawy wskazał, że musiałby wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny obu wykonawców, co skutkowałoby zapewne złożeniem przez nich wyjaśnień, których treść przynajmniej w części zostałaby utajniona. Warto jednak zwrócić uwagę, że tajna byłaby ona jednak wyłącznie dla konkurencyjnego wykonawcy, a nie dla Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający odstępując od wezwania Levelite do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny polegał wyłącznie na własnych przypuszczeniach, wzywając wykonawcę miałby pewność, czy jego przypuszczenia są słuszne. Okoliczności oczywistych nie można zdaniem Izby utożsamiać z przypuszczeniami zamawiającego. Zamawiający założył, że wartość szacunkowa została zawyżona, a ceny ofertowe wykonawców odzwierciedlają ceny, za które możliwe jest uzyskanie zamówienia. Jest to również przypuszczenie Zamawiającego. Istotne jest bowiem, że w pierwszym szacowaniu wartości zamówienia brali udział obaj wykonawcy (Odwołujący i Levelite), zaś w drugim szacowaniu brał udział wyłącznie wykonawca Levelite. Zdaniem Izby Zamawiający powinien w związku z tym zweryfikować z czego wynika tak duża różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Levelite a wartością szacunkową zamówienia, która została określona na podstawie jego oferty.
Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że zarzut wskazany w odwołaniu jest zasadny.
Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie wobec czego orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: ……..