Sygn. akt: KIO 1850/24

WYROK

Warszawa, dnia 25.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 27 maja 2024 r. przez wykonawcę UB Szałata Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Świebodziński

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 1180 zł 40 gr (słownie: tysiąc sto osiemdziesiąt złotych, czterdzieści groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem kosztów dojazdu i noclegu.
3. Zasądza od odwołującego UB Szałata Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Powiat Świebodziński kwotę 1180 zł 40 gr (słownie: tysiąc sto osiemdziesiąt złotych, czterdzieści groszy).

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.

Przewodniczący: …….....

Sygn. akt: KIO 1850/24

Uzasadnienie

Powiat Świebodziński, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem są Prace budowlano – termomodernizacyjne przy budynku Szkolnego Schroniska Młodzieżowego i Powiatowego Zespołu Szkół w Świebodzinie z instalacją fotowoltaiczną.

Postępowanie podzielone jest na 3 części:

I część „Przebudowa i rozbudowa Szkolnego Schroniska Młodzieżowego przy ul. Żaków 3 w Świebodzinie wraz z przebudową parkingu”;

II część „Termomodernizacja Szkolnego Schroniska Młodzieżowego na ul. Sobieskiego 19 w Świebodzinie”;

III część „Termomodernizacja budynku Powiatowego Zespołu Szkół przy ul. Zachodniej 76a wraz z wykonaniem instalacji fotowoltaicznej”.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00290948/01.

W dniu 27 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy UB Szałata Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, dalej jako: „Odwołujący” wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w ramach części I postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez brak wezwania wykonawcy G.S. (R.G.) do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny odnoszącej się do I części zadania: Przebudowa i rozbudowa Szkolnego Schroniska Młodzieżowego przy ul. Żaków 3 w Świebodzinie wraz z przebudową parkingu, w sytuacji gdy takie wezwanie zostało skierowane do odwołującego co do III części zadania: Termomodernizacja budynku Powiatowego Zespołu Szkół przy ul. Zachodniej 76a wraz z wykonaniem instalacji fotowoltaicznej przy niemal identycznym stosunku zaoferowanej ceny do kwoty brutto, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie odpowiedniej części zamówienia co jest przejawem nierównego traktowania wykonawców i nieprzejrzystego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez nieodrzucenie ww. oferty G.S. (R.G.) odnoszącej się do I części

zamówienia: Przebudowa i rozbudowa Szkolnego Schroniska Młodzieżowego przy ul. Żaków 3 w Świebodzinie wraz z przebudową parkingu, mimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę;

3. art. 252 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty co do I części zamówienia: Przebudowa i rozbudowa Szkolnego Schroniska Młodzieżowego przy ul. Żaków 3 w Świebodzinie wraz z przebudową parkingu w postaci oferty G.S. (R.G.).

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty co do I części zamówienia, odrzucenia oferty G.S. w części I oraz ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania G.S. (R.G.) do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny odnoszącej się do I części zamówienia.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący przede wszystkim przedstawił stan faktyczny, jaki zaistniał na tle sprawy. Wskazał, że został on w ramach części III postępowania wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny. Zwrócił również uwagę, że kierował do Zamawiającego pismo z wnioskiem o odrzucenie oferty jego konkurenta, w którym wskazywał, że zaoferowana przez niego cena „dla części III (...) stanowi „86% ceny kosztorysu inwestorskiego", podczas gdy w odniesieniu do I części zamówienia „oferta firmy RENAGO stanowi 87% wartości kosztorysu inwestorskiego", nadto – „wartość oferty firmy RENAGO jest o 17% niższa" od ceny ofertowej UB Szałata sp. z o. o. przy założeniu 11- procentowej marży.

Jak podkreślał Odwołujący niezrozumiała jest sytuacja, w której zamawiający żąda wyjaśnień co do ceny ofertowej stanowiącej ok. 86% budżetu inwestorskiego dla danej części, przechodząc zarazem do porządku nad ceną ofertową innego wykonawcy opiewającą na ok. 87% budżetu inwestorskiego danej części zamówienia. Stanowi to, w ocenie Odwołującego, naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości postępowania.

Zdaniem Odwołującego bardzo mało prawdopodobne jest, aby przedsiębiorca występujący pod firmą R.G. osiągnął zysk na poziomie większym bądź równym 10%. Większy poziom marży/zysku możliwy były ewentualnie przy występowaniu szczególnych okoliczności, takich jak nadzwyczajny rabat udzielony przez kontrahentów R.G.. Takie okoliczności jednakże winien wykazać sam wykonawca oferujący bardzo niską cenę, wezwany do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego.

Jak dodał Odwołujący jest on świadomy, że stosunek ceny ofertowej do wartości przedmiotu zamówienia na poziomie ok. 87 proc. nie aktualizuje jeszcze obowiązku zamawiającego z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, jednakże nie zwalnia to zamawiającego ze wzmiankowanych wyżej powinności z art. 16 pkt 1 i 2. Skoro odwołujący i R.G. znajdowali się przynajmniej w sytuacji podobnej (niemal identyczny stosunek cen ofertowych do wartości zamówienia), powinni być podobnie potraktowani.

Zdaniem Odwołującego narzuca się konkluzja, iż gdyby Zamawiający wezwał R.G. do złożenia wyjaśnień co do ceny ofertowej w części I zamówienia, wynik postępowania o udzielenie zamówienia byłby inny – doszłoby zapewne do odrzucenia oferty R.G. i odmiennego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 3 czerwca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający w szczególności wskazywał, że nie doszło ze strony Zamawiającego do naruszenia przepisów ustawy PZP. Zamawiający przedstawił metodologię postępowania przy analizie dotyczącej wszczęcia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy PZP. Z obliczeń przedstawionych przez Zamawiającego wynika, że brak było podstaw do wszczęcia ww. procedury w ramach części I postępowania.

Zamawiający przedstawił również wyliczenia dla części III zamówienia, z których wynika, że Odwołujący zasadnie został wezwany do wyjaśnień ceny.

Powyższe zdaniem Zamawiającego świadczy o dochowaniu przez niego należytej staranności przy badaniu ofert i świadczy o niezasadności zarzutów odwołania.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1

ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się przy wydawaniu rozstrzygnięcia na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej treści uzasadnienia.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

Wartość szacunkowa dla zamówienia objętego częścią I postępowania wynosi: 5 387 188,80 PLN brutto.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w ramach części I wpłynęły następujące oferty:

- oferta wykonawcy Renago G.S. z ceną na poziomie 4 748 699,92 PLN brutto,

- oferta Odwołującego z ceną na poziomie 5 658 000,00 PLN brutto,

- 3 oferty pozostałych wykonawców opiewające odpowiednio na kwoty: 6 852 538,98 PLN brutto, 5 904 000,00 PLN brutto oraz 6 050 851,52 PLN brutto.

Średnia arytmetyczna wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu w ramach części I wynosi: 5 842 818,084 PLN brutto.

Poziom, od którego zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP należałoby wszcząć procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny kształtował się następująco:

- wartość szacunkowa zamówienia brutto – 30% = 3 771 032,16 PLN brutto,

- średnia arytmetyczna wszystkich ofert – 30% = 4 089 972,66 PLN brutto.

Zamawiający w ramach części I postępowania nie prowadził procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Procedura taka została przeprowadzona m. in. w części III wobec Odwołującego z racji tego, że cena jego oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W dniu 22 maja 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą w ramach części I postępowania okazała się oferta wykonawcy Renago G.S..

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz związane z tym żądanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy R.G. jest zarzutem oczywiście przedwczesnym. Poglądem ugruntowanym na tle orzecznictwa i doktryny jest, że odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może mieć miejsce tylko i wyłącznie w razie uprzedniego przeprowadzenia procedury wyjaśnień ceny.

Trafnie powyższy pogląd zobrazowała Izba w wyroku z dnia 21 kwietnia 2023 r., KIO 995/23 wskazując, że nie budzi wątpliwości ani w doktrynie, ani orzecznictwie, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP musi być poprzedzone procedurą wyjaśniającą, wskazaną w art. 224 PZP. Realizacją zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 PZP jest umożliwienie zainteresowanemu wykonawcy odniesienie się do zaoferowanej ceny i wyjaśnienie sposobu jej kalkulacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut oznaczony w odwołaniu nr 2 podlega oddaleniu jako oczywiście przedwczesny. Wykonawca RENAGO nie był wzywany do wyjaśnień, zatem nie może się zaktualizować w realiach sprawy podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Przechodząc do kolejnego z zarzutów należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie ulega wątpliwości, że w sprawie nie zaistniały przesłanki do rozpoczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jeśli chodzi o przesłanki kwotowe wskazane w art. 224 ust. 2 ustawy PZP, tj. stosunek ceny oferty do szacunkowej wartości zamówienia i średniej

arytmetycznej cen ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższa okoliczność nie była sporna pomiędzy stronami.

Powyższe nie wyłącza jednak możliwości przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, nawet w sytuacji gdy przesłanki z ust. 2 nie są spełnione. Tym samym możliwym jest w ramach środka ochrony prawnej postawienie zarzutu naruszenia właśnie tego przepisu. Zgodnie z jego treścią 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.

Podkreślić jednak należy, że aby powstał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie ww. przepisu, konieczne jest powzięcie przez zamawiającego podejrzeń, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów (tak też wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., KIO 433/20).

Z kolei na etapie postępowania odwoławczego, dla uwzględnienia odwołania złożonego wobec zaniechania skierowania stosownego wezwania, niezbędnym jest przez Odwołującego wykazanie, że takie wątpliwości Zamawiający powinien był powziąć. W takiej sytuacji obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Rację miał Zamawiający powołując się na pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2017 r., KIO 1024/17, że odwrócony rozkład ciężar dowodu ustawodawca przewidział wtedy, gdy spór pomiędzy stronami dotyczy tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś czy zaistniały przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. W tym drugim przypadku obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu. W konsekwencji obowiązek wykazania spornych okoliczności faktycznych spoczywał na Odwołującym, gdyż to on wywodził skutki prawne z określonych faktów.

Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że Zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Tak naprawdę jedynym argumentem Odwołującego było to, że w ramach części III postępowania został on wezwany do wyjaśnień, co miałoby jego zdaniem świadczyć o nierównym traktowaniu wykonawców w ramach poszczególnych części zamówienia.

Wskazać jednak należy, że Odwołujący w ramach części III postępowania znajdował się w innej sytuacji niż wykonawca wybrany w ramach części I, a więc istniały podstawy do podjęcia wobec obu wykonawców różnych czynności. Przede wszystkim zaś wobec Odwołującego w części III postępowania zaktualizowały się przesłanki kwotowe, określone w art. 224 ust. 2 ustawy PZP, a więc wezwanie go do wyjaśnienia ceny było obligatoryjne – sytuacja taka nie miała zaś miejsca wobec wykonawcy wybranego w części I.

Dodać należy, że stosunek ceny ofertowej do kwot brutto, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, potencjalnie może stanowić argument za twierdzeniem, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w zakresie poziomu wyceny oferty wykonawcy, jednak powinien on być rozbudowany o dodatkową argumentację, z której wynikałoby, że oprócz samej różnicy pomiędzy tymi kwotami, istnieją poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów za cenę zaoferowaną przez danego wykonawcę. Tego typu argumentacji zabrakło w odwołaniu, a samo porównanie obu kwot nie może być uznane za wystarczające.

Sytuacja, w której zamawiający żąda wyjaśnień co do ceny ofertowej stanowiącej ok. 86% budżetu inwestorskiego dla danej części, przechodząc zarazem do porządku nad ceną ofertową innego wykonawcy opiewającą na ok. 87% budżetu inwestorskiego innej części zamówienia, jest oczywiście sytuacją dopuszczalną, gdyż przesłanki badania ceny rażąco niskiej określone w art. 224 nie odnoszą się do kwoty brutto przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia czy też do kwot wskazanych w kosztorysach inwestorskich, a do szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert. Zamawiający dochował należytej staranności i w ramach części III wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż zaktualizowały się przesłanki z art. 224 ust. 2. Nie prowadził zaś procedury wyjaśniającej wobec wykonawcy najkorzystniejszego w ramach części I, gdyż takie przesłanki nie zaistniały. Odwołujący nie wykazał również, by Zamawiający miał podstawy do powzięcia wątpliwości w zakresie poziomu wyceny oferty oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez wykonawcę wybranego w ramach części I, co aktualizowałoby obowiązek przeprowadzenia procedury w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Powyższy wniosek skutkuje koniecznością oddalenia odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……