

WYROK

z dnia 11 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków - Balice Sp. z o. o. z siedzibą w Balicach**

przy udziale wykonawcy **Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, a także nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem tej oferty,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków - Balice Sp. z o. o. z siedzibą w Balicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) jako zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 3462/22

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków - Balice Sp. z o. o. z siedzibą w Balicach prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego podczas realizacji zadania „Budowa nowego terminala Cargo na terenie MPL” oraz „Budowa stacji transformatorowej ST-10 BIS na terenie MPL”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 155-445977.

W dniu 27 grudnia 2022r. wykonawca – Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę oraz w wyniku uznania, że złożone wyjaśnienie nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) ponowne badanie i ocenę ofert.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości, podnosząc, że w jego ocenie zarzuty odwołania są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp. Izba stwierdziła także, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła wykonawcę Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 30 września 2022r. wezwał Odwołującego „na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności przedłożenia przez Wykonawcę szczegółowych wyliczeń i kalkulacji cenowych, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co jest konieczne dla zbadania oraz weryfikacji dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny.

W związku z określonymi w rozdziale XV Specyfikacji Warunków Zamówienia wymaganiami dotyczącymi kalkulacji ceny oferty, w ramach składanych wyjaśnień oraz dowodów należy określić skalkulowane dla potrzeb ustalenia ceny oferty wskazane pozycje kosztów mające wpływ na wysokość ceny oraz zysk zgodnie z wzorem tabeli nr 1 załączonej do niniejszego pisma.

W odniesieniu do określonych w tabeli kosztów Wykonawca powinien szczegółowo opisać okoliczności mające istotny wpływ na wysokość skalkulowanych kosztów.

W ramach składanych wyjaśnień Zamawiający wymaga ponadto:

- przedłożenia szczegółowej kalkulacji kosztów wynagrodzenia w odniesieniu do wszystkich osób wchodzących w skład zespołu specjalistów - wymienionych w §9 ust. 2 umowy - uwzględniającej przyjęte przez Wykonawcę okresy ich zatrudnienia, zakładaną pracochłonność (liczba miesięcy zatrudnienia) oraz wysokość wynagrodzenia (z obowiązkowymi obciążeniami). Kalkulację należy sporządzić zgodnie z tabelą nr 2 stanowiącą załącznik do niniejszego pisma.

Kalkulacja musi uwzględniać wymagania określone w art.224 ust. 3 pkt.4) i 6) ustawy PZP.”.

Odwołujący przy piśmie z dnia 12 października 2022r. udzielił wyjaśnień, złożył wypełnione tabele nr 1 i 2, a także przedłożył dowody.

Całość wyjaśnień i dowodów objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 3 listopada 2022r. ponownie zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie wątpliwości wynikających z udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi.

Odwołujący ponownie całość wyjaśnień objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba zważyła:

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z przepisów Pzp wynika zatem, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności, że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne. W ocenie składu orzekającego Izby taka sytuacja nie wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień ceny udzielonych przez Odwołującego.

Izba z uwagi na fakt zastrzeżenia przez Odwołującego całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sposób ogólny odniesie się do ich treści i złożonych przez tego wykonawcę dowodów, szanując powyższą okoliczność.

Izba analizując treść obu wezwań do złożenia wyjaśnień oraz udzielonych wyjaśnień i dowodów uznała, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia oraz dowody zdeprecjonował fakt, iż Odwołujący załączył do wyjaśnień dowody na okoliczność wykazania kosztów pracowniczych – tyle, że dowody te były inne niż zdaje się oczekiwał Zamawiający. Zamawiający natomiast zamiast skupić się na ustaleniu, czy wyjaśnienia wykonawcy są spójne, logiczne i wykazują założenia poczynione przy kalkulacji ceny na danym poziomie, a tym wykazują realność zaoferowanej ceny, żądał złożenia konkretnego dowodu w tym zakresie. W ocenie Izby powyższe stanowisko było nieprawidłowe. Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający nie może narzucić wykonawcy dowodów jakie ów musi złożyć, czy też jaka ma być treść wyjaśnień. Obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast analiza złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów.

W ocenie Izby okoliczności wskazane w wyjaśnieniach oraz złożone dowody uzasadniały i w sposób dokładny, spójny wykazywały, że po pierwsze przy kalkulacji ceny Odwołujący uwzględnił wszystkie wymogi wynikające z SWZ, co nie zostało

zakwestionowane w informacji o odrzuceniu przez Zamawiającego, a po drugie, że za zaoferowaną cenę Odwołujący jest w stanie zamówienie wykonać. Odwołujący zawarł również kalkulacje na stronie 11 i 12 wyjaśnień z 14 października 2022r., które przy uwzględnieniu złożonych wraz z wyjaśnieniami załączników nr 7 i 8 ukazują wysokość kosztów związanych z zatrudnieniem zespołu specjalistów. Na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający miał wiedzę w jaki sposób koszty pracownicze zostały ustalone, przyjętych przez Odwołującego założeń, i na ich podstawie Zamawiający mógł ocenić ich całkowitą wysokość w czasie realizacji zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający pominął przy ocenie wyjaśnień Odwołującego m.in. okoliczność wynikającą z kolumny drugiej tabel zawartych na stronie 11 i 12 dążąc do nieuprawnionego podważenia poczynionych przez wykonawcę założeń, z całkowitym pominięciem brzmienia SWZ, w tym udzielonej odpowiedzi na pytanie, przytoczone przez Odwołującego na str. 11 wyjaśnień.

Podsumowując, wskazać należy, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego zignorował dowody złożone przez niego w celu wykazania, że cena jest realna. Zamawiający wywodził natomiast, że skoro wykonawca obiektywnie mógł złożyć dokumenty innego rodzaju, to powinien był to zrobić, a te złożone są niewystarczające. Wskazać tutaj należy, że Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez Zamawiającego ocenie.

Izba miała na uwadze również fakt, że argumentacja Zamawiającego nie zawiera jakiegokolwiek oceny w zakresie rynkowego charakteru ceny oferty Odwołującego przy uwzględnieniu czynników wpływających na jej wysokość wskazanych w wyjaśnieniach. Podkreślić należy, że podczas badania rażąco niskiej ceny nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wezwania do wyjaśnień wskazana w art. 224 ust. 1 Pzp. Celem tym jest natomiast przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. W ocenie Izby, patrząc przez pryzmat uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, należy uznać, że Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wykazał, aby założenia co do kosztów przyjętych przez Odwołującego były błędne czy nierynkowe.

Ponadto podkreślić należy, że Okoliczność, że wykonawca Sweco złożył inne, odpowiadające zamiarom Zamawiającego wyjaśnienia w ocenie Izby nie może mieć wpływu na ocenę wyjaśnień Odwołującego. Każdy wykonawca może znajdować się w innej sytuacji, mieć inne sposoby optymalizacji ceny, i właśnie wyjaśnieniu realnej możliwości zaoferowania

Sygn. akt KIO 3462/22

niższej ceny służy tryb przewidziany w art. 224 ust. 1 Pzp, w wyniku którego, po przeprowadzonej procedurze wyjaśniającej, Zamawiający dokonuje zindywidualizowanej oceny takich możliwości.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: