

Sygn. akt: KIO 3293/22

Wyrok
z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Wielkopolska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości Sp. z o.o., ul. Piekary 19, 61-823 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu, al. Niepodległości 34, 61-714 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości, ul. Budowlanych 5, 63-400 Ostrów Wlkp.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Wielkopolska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości Sp. z o.o. siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Prowadzenie punktów informacyjnych w Kaliszu, Koninie i Pile oraz świadczenie kompleksowych, bezpłatnych usług informacyjnych w województwie wielkopolskim z zakresu WRPO 2014-2020 i FEW 2021-2027. Nr ref. DPR-111-4-1.434.21.2022. Ogłoszenie zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych 9.11.2022r. nr 2022/BZP 00431699/01.

Odwołujący - Wielkopolska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości Sp. z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na dokonaniu wybrania oferty złożonej przez EUROCENTRUM Innowacji Przedsiębiorczości, podczas gdy złożył on nieprawidłowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona,

a także pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie przepisów ustawy pzp tj.:

a) Art. 224 ust. 6 poprzez uznanie wyjaśnień Wykonawcy EUROCENTRUM Innowacji i Przedsiębiorczości, którego oferta została wybrana, dotyczących rażąco niskiej ceny za nie budzące wątpliwości co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty.

b) Art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy EUROCENTRUM Innowacji i Przedsiębiorczości, mimo że oferta zwierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie przez Zamawiającego, że cena i istotne składowe części oferty Wykonawcy je budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie, podczas gdy m.in. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił np. faktu, że nie będzie ponosił kosztów związanych z najmem pomieszczeń przeznaczonych do realizacji zamówienia, nie odniósł się do kwestii opodatkowania VAT,

c) z ostrożności art. 226 ust. 1 pkt. 2b i 5 przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia Wykonawcy, pomimo że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie nie dysponuje lokalem, w którym zamówienie ma zostać wykonane.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której odrzuci ofertę tego

Wykonawcy z uwagi na potwierdzenie zarzutu przywołanego w sentencji i dokona się wyboru oferty Odwołującego.

Ponadto, wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania i wyjaśnień na okoliczność istnienia podstaw do złożenia odwołania, jego uwzględnienia, odrzucenia oferty Wykonawcy.

Uzasadnienie

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, poza nią wpłynęła także oferta przystępującego. Zamawiający zwrócił się do obu oferentów (pisma z 21.11.2022r.) z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie. WARP sp. z o.o. przedłożyła szczegółowe wyjaśnienia, do którego załączył szereg dokumentów.

Wykonawca EUROCENTRUM Innowacji i Przedsiębiorczość udzielił odpowiedzi 23.11.2022r. WARP sp. z o.o. w piśmie z dnia 29.11.2022r. przedstawiła Zamawiającemu szereg wątpliwości związanych z ofertą przedłożoną przez drugiego oferenta., do pisma załączył m.in. umowę najmu lokalu wraz z aneksem, w którym miała być świadczona usługa. WARP Sp. z o.o. wskazuje na błąd popełniony przez Zamawiającego na etapie badania i wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I Zamówienia. W toku postępowania zgodnie z art. 74 ust. 1 Pzp WARP Sp. z o.o. dwukrotnie zwróciła się do Zamawiającego, w pierwszej kolejności do udostępnienia oferty Eurocentrum Innowacji o udostępnienie złożonych przez ww. podmiot wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie w zakresie Części I Zamówienia. Na podstawie zebranego materiału wskazuje co następuje:

Analiza przedłożonej oferty wskazuje, iż Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości jako miejsce świadczenia usługi wskazał adres 62-800 Kalisz ul. Zacisze 2. Przedmiotowy adres tożsamy z adresem wskazanym przez WARP Sp. z o.o., pod którym mieści się funkcjonujący obecnie (i co najmniej do końca umowy najmu przedłużonej aneksem z 21.11.2022r.) Punkt Informacyjny prowadzony przez WARP Sp. z o.o.

Jedynymi lokalami spełniającymi wymagania Zamawiającego są lokale zlokalizowane na parterze budynku. Biorąc pod uwagę pozostałe wymagania stawiane dla lokalu i wyposażenia PIFEW jedynym lokalem spełniającym wymagania, zdaniem WARP Sp. z o.o., jest lokal w którym obecnie prowadzony jest Punkt Informacyjny i co do którego WARP Sp. z o.o. posiada prawo na podstawie umowy najmu z terminem do 30 czerwca 2023 r. Na marginesie Oświadczenie stanowiące załącznik do oferty Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości z dnia 15 listopada 2022 r. sygnowane przez Wiceprezesa Rady Federacji NOT (przy niepełnej wynikającej z KRS reprezentacji) podpisane zostało przed zawarciem aneksu nr 2 do umowy nr 1/WARP/2021 wydłużającego najem przedmiotowej lokalizacji przez WARP Sp. z o.o.

Przedmiotowa sytuacja została wskazana Zamawiającemu przez WARP Sp. z o.o. pismem z dnia 29 listopada 2022 r., tym samym Zamawiający posiadał wiedzę co do niezgodności oferty

Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości z wymaganiem SWZ, w tym w szczególności z brakiem możliwości świadczenia usługi polegającej na prowadzeniu PIFEW. Nadmieniamy, że zmianę lokalizacji wskazanej w ofercie, należałoby traktować jako niedozwoloną zmianę treści oferty po terminie składania ofert, stanowiącą czyn zabroniony w myśl art. 187 ustawy Pzp. Niezrozumiałym dla WARP Sp. z o.o. jest brak woli Zamawiającego do ustalenia konkretnej lokalizacji umożliwiającej świadczenie usługi przez Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości, który zadowolili się lakonicznymi wyjaśnieniami Wykonawcy niedowodzącymi zgodności złożonej oferty z wymogami swz.

Z otrzymanej od Zamawiającego korespondencji WARP Sp. z o.o. posiadał wiedzę, iż Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 Ustawy pzp zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie złożonej oferty.

Zgodnie z ustawą, Zamawiający w celu ustalenia, czy ofert zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jeśli Wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuca ofertę.

Podstawę odrzucenia oferty stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z brakiem legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, w tej kwestii odwołać należy się do dorobku doktryny oraz orzecznictwa.

Zamawiający bada nie tyle samą cenę oferty, co poddaje ocenie złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia. Wyraźnego podkreślenia wymaga fakt, że przedstawienie dowodów na okoliczność prawidłowości ceny winno nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu.

Wskazać należy, że Zamawiający jest zobowiązany do badania prawidłowości wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Ustalenie, czy poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia (a niemające istotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym może być niezbędne do ustalenia realności całej ceny oferty — jeżeli niektóre koszty zostały niedoszacowane, może okazać się, że niedoszacowana jest cała cena. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby de facto do uniemożliwienia zamawiającemu rzetelnego zbadania realności ceny. W związku z powyższym ocena zaoferowanej ceny winna obejmować także badanie prawidłowej wyceny jej części składowych.

Zgodnie z wymaganiami SWZ, Wykonawca zobowiązany został do prowadzenia PIFEW. Wraz z tym wymogiem, na Wykonawcy spoczywał zatem obowiązek uwzględnienia w cenie

pozycji kosztów obejmujących koszty najmu przedmiotowego lokalu, jak również wszelkie pozostałe koszty jego utrzymania, w tym koszty mediów.

Skoro Wykonawca nie przyjął do kalkulacji ceny wartości istotnej - czynszu najmu oraz kosztów utrzymania lokalu, w tym mediów, to nie tylko nie sposób przyjąć, że wykazał w ten sposób realność ceny, a wręcz należy stwierdzić, że wykazał jej nierealność. Wobec złożenia takiego dowodu przedstawione w wyjaśnieniach informacje o realności ceny są jedynie gołosłownymi twierdzeniami (niepotwierdzonymi materiałem dowodowym), niemającymi pokrycia w złożonej ofercie.

Wykonawca wezwany do wyjaśnień nie może tłumaczyć niewykazania realności ceny faktem, że Zamawiający nie kierował do niego dodatkowych pytań i nie żądał podania szczegółów kalkulacji. Lakoniczne wyjaśnienie sformułowane przez Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości wskazujące, że udostępnienie pomieszczeń na potrzeby prowadzenia punktu przybierze „inną formę”- nie wskazując jaką i nie przedstawiając w tym zakresie żadnego materiału dowodowego, nie stanowi jednoznacznego wyjaśnienia warunków i zasad, w tym kosztów korzystania przez Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości z lokalu. Ponadto, jak wynika z dalszej części wyjaśnień Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości wartości oferty nie przewidziano zarówno kosztów najmu pomieszczeń jak i kosztów ich eksploatacji, które nie będą pokrywane w ramach wnioskowanego dofinansowania. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż koszty dostępu i utrzymania infrastruktury niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia nie zostały przez Wykonawcę skalkulowane i uwzględnione w cenie oferty. Biorąc pod uwagę, iż pozostałe koszty wskazane w wyjaśnieniach Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości w postaci: etatów, materiałów biurowych i delegacji wyliczonych na łączną wartość miesięcznych kosztów funkcjonowania punktu wynoszą 13 200 PLN, a długość trwania umowy wraz z prawem opcji stanowi osiem miesięcy, to przedstawione wyliczenia wynoszące łącznie 105 600 PLN odpowiadają całkowicie zaoferowanej przez wykonawcę cenie.

Fakt ten jednoznacznie wskazuje, że koszty realizacji przedmiotu zamówienia przewyższają zaoferowaną cenę, stanowiąc przez to czyn nieuczciwej konkurencji i zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp oferta Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę.

Z uwagi na powyższe, WARP sp. z o.o. wnioskuje o unieważnienie czynności wyboru oferty, dokonanie ponownej oceny i badania złożonych ofert, odrzucenie oferty Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp oraz o wybór oferty WARP Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w ramach Części I Zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości ul. Budowlanych 5 63-400 Ostrów Wielkopolski

wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów ujętych w Odwołaniu w zakresie rzekomego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także w zakresie rzekomych nieprawidłowych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

W ocenie Przystępującego, zarzuty Odwołującego są bezzasadne i niezgodne ze stanem faktycznym.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 grudnia 2022 r. oświadczył, że zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r, poz. 1710 ze zm.), uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 12 grudnia 2022 r. przez odwołującego wykonawcę – Wielkopolską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości Sp. z o.o.

Uczestnik postępowania – Eurocentrum Innowacji i Przedsiębiorczości, przystępujący po stronie zamawiającego wniósł dnia 23 grudnia 2022 r. sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania.

Obecni na rozprawie: odwołujący i przystępujący przedstawili stanowiska uwidocznione w protokole.

Odwołujący zauważył, że zadaniem wykonawcy jest wykazanie, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, zatem ciężar dowodu spoczywa na nim. Przypomniał, że w odpowiedzi na swój wniosek z 5 grudnia 2022 r. otrzymał od zamawiającego dokumenty dot. rażąco niskiej ceny i wezwania do złożenia wyjaśnień na tę okoliczność (dwa wezwania i dwie odpowiedzi, zawarte w dokumentacji postępowania). Stwierdził, że oprócz otrzymanych dokumentów nie otrzymał innych, w szczególności dowodów na potwierdzenie treści zawartej w wyjaśnieniach. Wskazał za orzeczeniem SO Rzeszów, sygn. V Ca 795/18 o obowiązkach udzielenia wyjaśnień dot. ceny zamawiającemu a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Wskazał, że dokumenty dotyczące dysponowania lokalem zostały złożone na rozprawie, a jak z nich wynika, umowa i aneks zostały zawarte w jednym dniu – początkowo jako umowa odpłatnego najmu a następnie jako oddanie do użytkowania bez kosztowego. Zauważył, że także przy bezpłatnym używaniu, biorący do użycia musi ponosić bieżące koszty. Zauważył także, że wyjaśnienia przystępującego udzielone zamawiającemu nie są poparte dowodami i są niekompletne, nie zawierają opisu szeregu pozycji kosztorysowych dot. elementów niezbędnych przy świadczeniu przedmiotu umowy, np. telefonu, poczty, prowadzenia rachunku bankowego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że na otrzymane wezwanie udzielił zamawiającemu odpowiedzi odnosząc się do wszystkich żądań i wymogów wynikających z przepisów ustawy. Oświadczył, iż jako członek Rady Federacji Stowarzyszeń Naukowo Technicznych w Kaliszu może skorzystać ze szczególnie dogodnych okoliczności, w tym nieodpłatnego uzyskania pomieszczeń niezbędnych do realizacji przedmiotowej usługi. Złożył statut stowarzyszenia wskazując na jego § 11 oraz dokument – wyjaśnienie ceny z 23 listopada 2022 r, a także umowę oraz aneks do niej z 6 grudnia 2022 r. zawarte z dysponentem pomieszczeń, z których to dokumentów wynika nieodpłatne udostępnienie lokali. Złożył także plan parteru budynku wskazując, że oba podmioty dysponują lokalami umieszczonymi na tej kondygnacji.

Odnosnie zarzutu o zasobach podmiotów trzecich zauważył, że informacje w tym zakresie przekazał zamawiającemu, a ewentualne dodatkowe dowody w tym zakresie zgodnie z ustawą podlegają uzupełnieniu. Wskazał na poprawność złożonego oświadczenia Rady Federacji sygnowanego przez wiceprezesa zarządu, jako dokument zapowiadającego ewentualne zawarcie umowy w przyszłości. Podkreślił przy tym fakt wieloletniej współpracy z Radą Federacji – właścicielem budynku. Przypomniał treść swoich wyjaśnień z 23 listopada 2022 r., w tym podanych na stronie drugiej pisma w formie tabel. Wskazuje na dopuszczalność i poprawność składania dowodów dot. ceny w toku postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestnika stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpatrując zarzuty wobec czynności i zaniechań zamawiającego przedstawione przez odwołującego należy stwierdzić, co następuje.

Zarzuty odwołania oparte są na stwierdzeniu, że zamawiający niezasadnie uznał za poprawne wyjaśnienia wykonawcy EUROCENTRUM Innowacji i Przedsiębiorczości, dotyczące wysokości zaoferowanej ceny mającej znamiona rażąco niskiej, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty.

Jak wynika z uzasadnienia odwołania istotnym elementem materialnym zarzutu jest fakt przyjęcia przez zamawiającego, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie udowodnił faktu, że nie będzie ponosił kosztów związanych z najmem pomieszczeń przeznaczonych do realizacji zamówienia, a ponadto wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, jako że nie dysponuje lokalem, w którym zamówienie ma zostać wykonane. W szczególności odwołujący podniósł brak w wyjaśnieniach uwzględnienia w cenie pozycji kosztów obejmujących koszty najmu przedmiotowego lokalu, jak również wszelkich

pozostałych kosztów jego utrzymania. Koszty te oznaczył jako wartość istotną i ważącą przy ocenie realności ceny ofertowej.

Skład orzekający uznaje za poprawną argumentację odwołującego odnośnie do znaczenia kosztów korzystania z lokalu, w którym ma być świadczona usługa.

W złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 23 listopada 2022 r. wykonawca stwierdził, że „udostępnienie pomieszczeń na potrzeby funkcjonowania Punktu przybierze inną formę. Zgodnie z powyższym w wartości oferty nie przewidziano zarówno kosztów najmu pomieszczeń jak i kosztów ich eksploatacji /.../”.

Potwierdził tym samym, tak jak to stwierdził odwołujący, że nie przyjął do kalkulacji ceny wartości istotnej - czynszu najmu oraz kosztów utrzymania lokalu. Wyjaśnienie, jakkolwiek istotnie lakoniczne w tym zakresie, zostało w toku postępowania odwoławczego potwierdzone dowodowe przez przedstawienie przez przystępującego umowy z dysponentem obiektu o przekazaniu do bezpłatnego używania lokali na parterze budynku pod adresem deklarowanym w ofercie, a zatem jest informacją wiarygodną.

W takim stanie rzeczy wobec wykazania bezprzedmiotowości podnoszonego argumentu o istotnym składniku cenotwórczym przedstawianym przez odwołującego, zarówno zarzut główny, jak i ewentualny, również dotyczący dysponowania lokalami na potrzeby świadczenia usługi, są zarzutami niezasadnymi.

Wobec powyższego stwierdza się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu, którego efektem jest wybór oferty złożonej przez przystępującego, nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w petitum odwołania. Z tego względu orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: