

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Erbud Industry Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Bilfinger Industrial Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Bilfinger Industrial Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty w części 2 zamówienia na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Erbud Industry Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Remonty, przeglądy, konserwacje, modernizacje i usługi utrzymania ruchu urządzeń i instalacji elektroenergetycznych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku” (numer postępowania POST/PEC/PEC/UZI/01214/2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 233-671687. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2023 r. wykonawca Erbud Industry Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Bilfinger Industrial Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) w części 2 zamówienia oraz wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty na część 2 zamówienia, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;
2. art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty na część 2 zamówienia, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia i średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu dla części 2 zamówienia ofert, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia

ponownego badania oraz oceny ofert, wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia.

Uzasadniając pierwszy zarzut Odwołujący wskazał w szczególności, iż oferta Przystępującego budzi wątpliwości w zakresie istotnych części składowych – pozycji nr 8, 17, 22, 33, 73, 79 oraz innych pozycji wskazanych w załączonym do odwołania zestawieniu. Odwołujący podkreślił, że oferta w zakresie tych pozycji znacząco odbiega od średniej złożonych ofert. Zdaniem Odwołującego niedoszacowanie oferty w tym zakresie wpływa na możliwość realizacji przedmiotowej umowy. Zostały one oszacowane w sposób nieuwzględniający realiów wykonania, w tym czasochłonności. Odwołujący wskazał na obowiązujące u Zamawiającego zasady realizacji tych zadań, w tym konieczność zaangażowania co najmniej dwóch osób, wskazał też, że realizacja zadań w najprostszym przypadku zajmuje nie krócej niż 50 minut. Odwołujący załączył informację odnośnie czynności, które zgodnie z obowiązującymi procedurami wykonawca zobowiązany jest podjąć realizując zlecenie, obejmują one otwarcie polecenia, przygotowanie miejsca pracy, wykonanie danego zlecenia, zamknięcie polecenia i inne czynności zależne od charakteru danego zlecenia. Zdaniem Odwołującego wskazane przez Przystępując kwoty nie pokrywają nawet samych kosztów prac, zgodnie z podaną stawką roboczogodziny. Ich realizacja na podanych warunkach oznaczałaby, że pracownicy otrzymają wynagrodzenie poniżej stawki minimalne. Nie może być w takim wypadku mowy także o marży. Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia ma charakter specjalistyczny i wymaga zaangażowania wykwalifikowanej kadry. Wskazał ponadto na okoliczności związane ze specyfiką wykonywanych prac (nagły charakter, ramy czasowe, konieczność przejścia wewnętrznej procedury Zamawiającego, zespołowość), Odwołujący załączył dokumenty obowiązujące w Oddziale Wybrzeże, wskazując na pkt 5.14 podstawowych wymagań BHP dla wykonawców oraz pkt 1.13 Zasad bezpieczeństwa. Odwołujący wskazał też, że z uwagi na podział zamówienia na dwie części nie ma możliwości subsydiowania deficytu osiągniętego w ramach realizacji części 2 ewentualną marżą wypracowaną w części 1. Dodał, że oferta Przystępującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza w części 1. Zdaniem Odwołującego rozbieżności w cenach wykonawców potwierdzają, że cena oferty Przystępującego została skalkulowana wadliwie i nie daje rękojmi należytego wykonania umowy.

Uzasadniając drugi zarzut Odwołujący wskazał między innymi, iż cena oferty Przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia i średniej arytmetycznej ofert., co obligowało Zamawiającego do wszczęcie procedury weryfikacji rażąco niskiej ceny. Zamawiający zaniechał tych czynności. Odwołujący zauważył, że Zamawiający przeprowadził rozeznanie rynku, w ramach którego ofertę złożył wyłącznie Przystępujący.

Odwołujący wskazał też, że w sprawie nie zaistniały oczywiste okoliczności, które uzasadniałyby odstąpienie od wezwania do wyjaśnień. W szczególności podniósł, że nawet jeśliby uznać, że Zamawiający przeszacował wartość zamówienia, to w świetle innych złożonych ofert cena oferty Przystępującego spełnia przesłanki obligatoryjnego jej badania. Zdaniem Odwołującego nie sposób wskazać okoliczności, które czyniłyby rozbieżność oczywistą, niewymagającą wyjaśnienia. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby dotyczące tej problematyki, podkreślając, że możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej nie może podlegać rozszerzającej wykładni, a ciężar wykazania wystąpienia oczywistych okoliczności uzasadniających rozbieżności spoczywa na Zamawiającym.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w dniu 25 kwietnia 2023 r. złożył pismo zawierające replikę wobec stanowiska Zamawiającego i Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Bilfinger Industrial Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia i przeprowadzenia procedury wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny tej oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj. dokumentu „Podstawowe wymagania BHP dla wykonawców” oraz dokumentu „Zasady i bezpieczeństwo przy wykonywaniu prac przy urządzeniach i instalacjach energetycznych” na okoliczności wskazane w odwołaniu. Złożone przez Odwołującego pliki „Porównanie elektryka” oraz „Oprotestowywane pozycje”, a także załączony do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie plik „Oprotestowywane pozycje”, stanowiące zestawienia własne, przygotowane przez Strony, Izba potraktowała jako argumentację uzupełniającą stanowiska wyrażone w pismach.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są remonty, przeglądy, konserwacje, modernizacje i usługi utrzymania ruchu urządzeń i instalacji elektroenergetycznych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ. Zgodnie z pkt 5.2 SWZ Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części: część 1 - remonty, przeglądy, konserwacje, modernizacje i usługi utrzymania generatorów, transformatorów mocy, aparatury łączeniowej WN, rozdzielni 110 kV, rozdzielni SN do 15 kV, rozdzielni nn do 1kV, instalacji elektrofiltrów, kabli nn do 1kV, kabli SN do 15 kV, silników SN do 6 kV, silników nn do 1 kV, instalacji prądu stałego, instalacji oświetlenia kominów, tras kablowych, szynoprzewodów nn i SN, napęd zasuw w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku oraz część 2 - remonty, przeglądy, konserwacje, modernizacje i usługi utrzymania instalacji odgromowych i przeciwporażeniowych, instalacji oświetleniowych i gniazd remontowych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ. Zgodnie z pkt 23.2 SWZ cena oferty w każdej części przedmiotu zamówienia ma uwzględniać wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją Zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umowy w sprawie zamówienia, której projekt stanowi Załącznik nr 2 do SWZ.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na 8 000 000 zł netto (9 840 000 zł brutto) dla części 1 oraz 3 000 000 zł netto (3 690 000 zł brutto) dla części 2. Zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia została ustalona w dniu 01.09.2022 r. na podstawie oferty budżetowej pozyskanej od firmy Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. oraz analizy cen oraz przewidzianego zakresu na podstawie ostatnio obowiązującej umowy obejmującej analogiczny zakres zamówienia.

W postępowaniu wpłynęły następujące oferty: 1) EFA Elektromont Sp. z o.o. – część 1: 5 752 589,95 zł, część 2: 2 558 931,85 zł, 2) Odwołującego – część 1: 7 195 465,56 zł,

część 2: 1 621 326,96 zł, 3) Przystępującego – część 1: 6 766 544,88 zł, część 2: 1 193 316,48 zł.

Zamawiający w dniu 29 marca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą w części 1 uznał ofertę EFA Elektromont Sp. z o.o., a w części 2 ofertę Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty na część 2 zamówienia, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia i średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu dla części 2 zamówienia ofert, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia (zarzut drugi).

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp 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. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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. Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o ww. przepisy na wstępie wskazać należy, iż warunkiem sine qua non odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jest uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. Dopiero w sytuacji, gdy wykonawca nie sprosta ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, aktualizuje się możliwość odrzucenia z tego powodu jego oferty. W rozpoznawanej sprawie

Przystępujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części 2 zamówienia, nie był wzywany do wyjaśnień, mimo, że cena oferty Przystępującego w części 2 zamówienia jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania dla tej części zamówienia oraz jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu w części 2 zamówienia. Tym samym nie jest możliwe odrzucenie oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp na obecnym etapie postępowania. Natomiast w stosunku do oferty Przystępującego zaistniały oba przypadki opisane w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, obligujące Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, co stanowi okoliczność bezsporną.

Osią sporu pomiędzy Stronami i Uczestnikiem było to, czy rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen złożonych w części 2 zamówienia ofert wynikała z okoliczności oczywistych. Ciężar dowodu w tym zakresie – zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikająca z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp – spoczywał na Zamawiającym, ponieważ to Zamawiający wskazywał na fakt zaistnienia oczywistych okoliczności i wywodził z niego skutki prawne w postaci możliwości odstąpienia od przewidzianej ustawą procedury wyjaśnienia ceny. Ciężar ten odpowiednio przekładał się także na Przystępującego, który zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż na gruncie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w przypadku, gdy cena oferty jest niższa niż wskaźniki określone w tym przepisie jest zasadą, obowiązkiem zamawiającego. Możliwość odstąpienia od takiego wezwania jako wyjątek od tej zasady nie może być traktowana rozszerzająco. Rozbieżność pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną złożonych ofert musi wynikać z okoliczności oczywistych, czyli z okoliczności nie budzących wątpliwości, widocznych na pierwszy rzut oka. Jak wskazuje się w orzecznictwie różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (por. m.in. wyrok z dnia 28 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 983/23). Zamawiający może skorzystać z możliwości odstąpienia od wezwania do wyjaśnień, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością zamówienia oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny (por. m.in. wyrok z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2686/21). Podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie zaistniały oba przypadki wskazane w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

- zarówno rozbieżność ceny oferty Przystępującego w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, ale także w relacji do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, co już samo w sobie powinno zwiększyć czujność Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z zaistnieniem okoliczności oczywistych, uzasadniających odstąpienie od wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazuje na to już chociażby fakt, że Zamawiający musiał przeprowadzić bardzo szeroko zakrojoną analizę w zakresie cen ofert, ich wzajemnej relacji oraz relacji do wartości szacunkowej, aby stwierdzić, że nie jest konieczne wzywanie Przystępującego do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. Przy czym na potrzeby tej analizy Zamawiający przyjął założenia oparte w głównej mierze na przypuszczeniach, nie popartych obiektywnymi informacjami. W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający uznał, iż wykonawca EFA Elektromont Sp. z o.o. zawyżył cenę oferty w części 2 zamówienia, co miało zdaniem Zamawiającego wynikać ze strategii tego wykonawcy polegającej na rozłożeniu pewnych kosztów prac objętych zakresem obu części zamówienia. Powyższe stanowi nic innego jak niczym nie poparte domniemanie Zamawiającego, który nie dysponował żadnymi obiektywnymi informacjami pozwalającymi stwierdzić, że cena oferta wykonawcy EFA Elektromont została istotnie zawyżona. Stanowisko Zamawiającego zostało oparte wyłącznie o jego własne przypuszczenia, co powoduje, że nie sposób uznać, abyśmy mieli do czynienia z okolicznością o charakterze oczywistym, uzasadniającą rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego a średnią arytmetyczną złożonych ofert. Słusznie wskazywał Odwołujący, że Zamawiający bazował jedynie na domysłach, nie sposób bowiem w oparciu o same formularze cenowe przesądzić, że cena oferty EFA Elektromont została w sposób oczywisty zawyżona.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż przyjęcie przez wykonawcę EFA Elektromont cen za wykonanie poszczególnych operacji na tym samym poziomie w obu częściach może stanowić element strategii cenowej tego wykonawcy, niemniej Zamawiający nie posiadał wiedzy, jaki konkretnie był powód ukształtowania przez EFA Elektromont ceny na takim, a nie innym poziomie. Nie jest także zrozumiałe dlaczego w ocenie Zamawiającego na zawyżenie cen miałyby wskazywać okoliczność, iż wykonawca na podobnym poziomie wycenił poszczególne prace w obu częściach zamówienia. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego określone prace w zależności od części zamówienia powinny być skalkulowane w inny sposób. Zamawiający ponadto stwierdził, że wykonawca EFA Elektromont nie dysponuje takim doświadczeniem jak Odwołujący czy Przystępujący, co także mogło przełożyć się na zawyżenie ceny. Izba nie neguje tego, że fakt posiadania doświadczenia w realizacji usług w Oddziale Wybrzeże może stanowić okoliczność uzasadniającą obniżenie ceny względem średnich cen rynkowych za oferowane usługi, nie można jednak z

powyższego wywodzić wniosku, że to właśnie ceny wykonawców dotychczas wykonujących usługi będą cenami rynkowymi, a cena wykonawcy posiadającego mniejsze doświadczenie w konkretnym oddziale Zamawiającego, będzie ceną zawyżoną w stosunku do cen rynkowych. Zamawiający nie ma żadnych podstaw do wysunięcia takiego wniosku, zwłaszcza że sam oszacował wartość zamówienia na poziomie wyższym niż oferta EFA Elektromont, a ponadto oferta tego wykonawcy była ofertą najkorzystniejszą w części 1 zamówienia. Zamawiający nie dysponował obiektywnymi danymi pozwalającymi stwierdzić, że nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty Przystępującego na część 2 zamówienia, lecz z zawyżeniem ceny przez wykonawcę EFA Elektromont. Już tylko to przeczy istnieniu okoliczności o charakterze oczywistym, które uzasadniałyby odstąpienie od wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Wnioski Zamawiającego dotyczące ceny wykonawcy EFA Elektromont stanowiły nic innego jak domysły, oparte na subiektywnej i niczym nie popartej ocenie Zamawiającego. Zamawiający – nawet będąc przekonany, że nieprawidłowo oszacował wartość zamówienia – nie miał podstaw, aby odstąpić od wezwania Przystępującego do wyjaśnień wobec rozbieżności ceny oferty Przystępującego w stosunku do średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, należy wskazać, iż Izba nie neguje twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego, iż co do zasady za okoliczności oczywiste uzasadniające odstąpienie od wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny może zostać uznana sytuacja, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Oceny takiej należy jednak dokonywać *ad casum*, a w rozpoznawanej sprawie okoliczności stanu faktycznego nie uzasadniały odstąpienia od procedury wyjaśniającej. Należy wskazać, że Zamawiający ma obowiązek oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością (por. art. 28 ustawy Pzp), tymczasem jego obecne twierdzenia w istocie prowadzą do podważenia prawidłowości tego oszacowania. Zamawiający winien mieć świadomość, że sposób szacowania wartości zamówienia ma duże znaczenie, m.in. w kontekście wzywania wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Sam fakt złożenia ofert poniżej oszacowanego przez Zamawiającego poziomu nie powinien być automatycznie utożsamiany z oczywistym błędem w ustaleniu wartości zamówienia. W postępowaniu odwoławczym Zamawiający twierdził, że ustalona przez niego wartość zamówienia obarczona jest błędem wynikającym z faktu, że przyjął on do wyliczeń stawki wynikające z poprzedniej umowy serwisowej, bez uwzględnienia okoliczności, że w poprzednim przetargu oferta z najniższą ceną została odrzucona. Faktem jest, że

Zamawiający wybrał wówczas ofertę droższą, niemniej powyższe w ocenie Izby wcale nie oznacza, że cena tej oferty nie była rynkowa (tj. była zawyżona), zwłaszcza że jak wyjaśnił Zamawiający, oferta korzystniejsza cenowo została wówczas odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę (błędy w wycenie), co powoduje, że nie może być ona uznana za miarodajną. Skoro Zamawiający obecnie oparł wyliczenie wartości szacunkowej o dane dotyczące wynagrodzenia za tożsame usługi realizowane dotychczas, to trudno uznać je za nieprawidłowe. Za czynnik decydujący o błędnym ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia nie sposób uznać też ceny oferty Przystępującego otrzymanej w ramach rozeznania rynku, ponieważ jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego (str. 14 odpowiedzi na odwołanie) brał on pod uwagę szereg czynników cenotwórczych, przede wszystkim zaś ceny wynikające z ww. umowy serwisowej. Za nieprzekonujące Izba uznała ponadto stanowisko Zamawiającego, jakoby aktualna sytuacja ekonomiczna wskazywała na tendencję obniżania przez wykonawców przewidywanych kosztów wykonania usług. Zamawiający powołując się w tym zakresie na doświadczenie własne, niczym swoich twierdzeń nie poparł. Aktualne warunki gospodarcze, w tym w szczególności poziom inflacji, wzrost kosztów osobowych i kosztów materiałów, wskazują na okoliczność przeciwną, tj. na zwiększenie kosztów świadczenia usług. Zamawiający nie powoływał się także na zaistnienie jakichkolwiek okoliczności, które uzasadniałyby ewentualne zaktualizowanie wartości szacunkowej zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wykazał, aby w przedmiotowej sprawie rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością szacunkową zamówienia oraz średnią arytmetyczną złożonych ofert wynikała z okoliczności oczywistych. Zamawiający przyjął, że to nie cena oferty Przystępującego budzi podejrzenie rażąco niskiej ceny, lecz że to wartość szacunkowa i cena oferty wykonawcy EFA Elektromont zostały niezasadnie zawyżone, podczas gdy nie miał ku temu obiektywnych i nie budzących wątpliwości podstaw.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty w części 2 zamówienia na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty na część 2 zamówienia, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (zarzut pierwszy), Izba uznała ten zarzut za uzasadniony w tym znaczeniu, że skoro cała cena oferty Przystępującego spełnia ustawowe przesłanki do obowiązkowego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, to tym bardziej należy uznać, że budzi ona wątpliwości. Art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa bowiem szczególne przypadki, których zaistnienie samo w sobie powoduje powstanie wątpliwości co do ceny oferty i w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny. Natomiast oprócz wskazanych tam przypadków mogą zaistnieć jeszcze inne okoliczności, nie objęte art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, które mogą powodować powstanie u Zamawiającego podejrzenia rażąco niskiej ceny i budzić jego wątpliwości. W takim przypadku instytucjom zamawiającym przysługuje prawo do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeżeli zatem cena oferty Przystępującego w części 2 zamówienia, decyzją ustawodawcy kwalifikuje się do przeprowadzenia wyjaśnień, to oznacza, że jest to cena w rozumieniu ustawy budząca wątpliwości, niezależnie od przekonania Zamawiającego o braku takich wątpliwości. Cena ta w świetle przepisów ustawy powinna podlegać generalnemu sprawdzeniu czy została skalkulowana w sposób prawidłowy, czy ma rynkowy charakter i czy gwarantuje ona możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w należyty sposób, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Należy ponadto wskazać, że w rozpoznawanym przypadku Izba nie dokonuje weryfikacji czy cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską, a jedynie czy zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby wystosowanie wezwania do wyjaśnień. Z tego względu ewentualna zasadność przedstawianych przez Odwołującego argumentów odnoszących się do poszczególnych pozycji formularza cenowego załączonego do oferty Przystępującego, szacowania czasochłonności prac danego rodzaju, wymaganej do realizacji tych prac liczby osób, obowiązujących u Zamawiającego procedur, będzie możliwa do oceny dopiero w konfrontacji z wyjaśnieniami, jakie przedstawi na wezwanie Przystępujący. Nie można wykluczyć, że Przystępujący, jako wykonawca profesjonalny, świadczący dla Zamawiającego usługi, posiada wypracowany sposób organizacji pracy tudzież inne sprzyjające mu warunki, gwarantujące należyłą realizację zamówienia przy wygenerowaniu oszczędności. Rozstrzyganie w chwili obecnej o tym, czy Przystępujący przyjął właściwe założenia i czy zasadne są twierdzenia Odwołującego, jakoby cena oferty Przystępującego została skalkulowana wadliwie, byłoby przedwczesne.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit b) 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 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: