

WYROK
z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę Gorek Restauro Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Warmii i Mazur w Olsztynie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” Sp. j. E. i J. S. w Olsztynie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Gorek Restauro Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Gorek Restauro Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Gorek Restauro Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie na rzecz Muzeum Warmii i Mazur w Olsztynie kwotę 3.974 zł 67 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu 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 (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Warmii i Mazur w Olsztynie – prowadzi w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są prace konserwatorskie, restauratorskie oraz roboty budowlane w ramach projektu pn. „Konserwacja i restauracja XIV-wiecznego zamku w Lidzbarku Warmińskim - perły architektury gotyckiej w Polsce - III etap. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 000840421/01 z 15 czerwca 2021 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2 listopada 2021 r. wykonawca Gorek Restauro Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie wniósł odwołanie dotyczące I części postępowania. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 5 i ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez uznanie, że odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu i nie udowodnił, iż proponowana przez niego cena jest ceną realną/rynkową co w konsekwencji doprowadziło zamawiającego do wniosku, iż cena zawarta w ofercie odwołującego jest rażąco niska podczas gdy wyjaśnienia złożone przez odwołującego są wyczerpujące oraz spójne i uzasadniają cenę podaną w ofercie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „S.” Sp. j. E. i J. S. w Olsztynie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający w ślad za odpowiedzią na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią § XV ust. 3 SWZ wykonawca zobowiązany był wycenić wszystkie pozycje poszczególnych formularzy ofertowych (załącznik nr 1A/1B do SWZ). Zobowiązany był podać cenę netto za każdą z 19 pozycji wymienionych w tabeli, których suma tworzyła wartość netto (ogółem wartość netto). Do wartości netto wykonawca miał dodać kwotę podatku VAT, a sumę pozycji (Wartość

ryczałtowa brutto tj. wartość netto + VAT) wpisać w pkt 1 danego formularza ofertowego. Pośród 19 pozycji znajdowały się:

Poz. 9 - Iluminacja zamku – II etap;

Poz. 18 - Wykonanie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP

Poz. 19 - Prace konserwatorskie polichromii w sali kredensu na pierwszym piętrze (zw. gabinetem bpa Krasickiego).

W postępowaniu złożono dwie oferty:

1. Przystępujący z ceną 11.411.653,74 zł;
2. Odwołujący z ceną 11.046.384,00 zł.

Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 13.09.079,66 zł.

Ceny wymienionych pozycji w ofertach obu wykonawców oraz wartość wynikająca z kosztorysu kształtowały się następująco:

9. Iluminacja zamku – II etap przystępujący: 92.558,74 zł – odwołujący: 96.800,00 zł – wartość kosztorysowa - 161.689,00 zł;

18. Wykonanie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP przystępujący: 882.839,48 zł – odwołujący: 344.000,00 zł – wartość kosztorysowa: 987.820,18 zł;

19. Prace konserwatorskie polichromii w sali kredensu na pierwszym piętrze (zw. gabinetem bpa Krasickiego) przystępujący: 290.000,00 zł – odwołujący: 266.100,00 zł – wartość kosztorysowa – 425.288,53 zł.

Pismem z 29 września 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający żądał wyjaśnień oraz złożenia dowodów co do wyliczenia ceny istotnych części składowych ceny oferty, wskazując że wątpliwości wzbudza cena za wykonanie zamówienia i za wykonanie jej części, w szczególności:

1. Wykonanie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP;
2. Iluminacja zamku;
3. Prace konserwatorskie polichromii w sali kredensu na pierwszym piętrze (zw. gabinetem bpa Krasickiego).

Zamawiający wskazał, że ceny za powyższe roboty znacząco (ponad 30%) odbiegają od wartości przewidzianych w pozostałych ofertach (lp. 18) oraz od wartości szacunkowej określonej w kosztorysach inwestorskich (lp.9, 18,19), co przekłada się na cenę całkowitą oferty. Prosił o wyjaśnienia, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w opisie przedmiotu zamówienia (§ V SWZ) i wzorze umowy (załącznik nr 6 do SWZ), udzielonych odpowiedzi na zapytania do treści SWZ oraz modyfikacji treści SWZ. Zamawiający oświadczył, że ceny za powyższe istotne składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że wraz z wyjaśnieniami prosi o dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, w szczególności żądał złożenia w odniesieniu do każdej z badanych pozycji:

- 1) kalkulacji cenowej w postaci kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej;
- 2) szczegółowego wykazu materiałów i urządzeń ze wskazaniem producentów oraz oferowanych modeli urządzeń;
- 3) dowodów potwierdzających, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska - dowodami mogą być np. oferty, umowy, faktury dostawców materiałów itp.).

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia powinny być złożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny oferty i obejmować całą cenę za wykonanie zamówienia.

Odwołujący udzielił wyjaśnień.

Odnosnie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP- Lp. 18 tabeli formularza ofertowego wyjaśnienia składały się z wymaganych trzech elementów, z tym że oferta firmy zawierająca cenę poz. 18 ELEKTROINSTAL nie zawiera wskazania urządzeń, modeli, ani producenta oferowanych urządzeń. Odwołujący wskazał m.in., że posiadając duży potencjał sprzętowy ma możliwość skorzystania ze swojego sprzętu technicznego, którego użycie jest tańsze w porównaniu do kosztów jego wynajęcia lub dzierżawy. Wyjaśnił, że współpracuje na stałe z producentami różnego rodzaju materiałów, sprzętów, szczególnie z branży elektrycznej, i w wielu przypadkach otrzymuje z tego tytułu bardzo korzystne warunki współpracy. W praktyce materializuje się to jako system rabatowy, program lojalnościowy czy po prostu korzystniejsze indywidualne warunki cenowe. Jako korzystne okoliczności związane z danym zamówieniem lub danym zamawiającym podał, że choć oficjalnie zarejestrowany jest w Warszawie, to od wielu lat prowadzi zakrojoną na szeroką skalę działalność w województwie warmińsko-mazurskim, gdzie posiada zaplecze kadrowe, lokalowe i sprzętowe. Odwołujący może wykazać się znajomością organizacji zamawiającego z uwagi na wcześniejszą współpracę. Kolejną korzystną okolicznością jest fakt, iż w bieżącym roku wykonawca kończy dwie duże inwestycje w regionie. Cały potencjał kadrowy, materiałowy i sprzętowy wykonawca będzie mógł wykorzystać w celu realizacji powyższego zadania. Odwołujący podał przykłady wykonanych przez siebie prac.

Pismem z 27 października 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego i o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu czynności odrzucenia wskazał, że dokonał analizy złożonych wyjaśnień i stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia potwierdzają, iż składowe ceny dotyczące poz. 9 i 19 tabeli formularza ofertowego nie są rażąco niskie. Natomiast w przypadku poz. 18 wykonanie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny za wykonanie przedmiotowej pozycji, a zatem złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena tej części składowej jest rażąco niska, a tym samym cena oferty nie uwzględnia w swojej treści wszystkich elementów składających się na realizację przedmiotu zamówienia. Kalkulacja szczegółowa dla poz. 18 formularza nie uwzględnia wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia oraz stanowi istotną składową oferty z punktu widzenia ceny za wykonanie zamówienia, a odwołujący nie podał wymaganych informacji i nie złożył oczekiwanych dowodów.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 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. Ustawodawca przyznał zatem zamawiającemu prawo do badania składowych ceny oferty, jednak z zastrzeżeniem ich istotności.

W okolicznościach sporu cenę za wykonanie na wykonanie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP należy uznać za istotny element ceny oferty. Po pierwsze: zamawiający wyodrębnił tę pozycję nakazując jej odrębną wycenę w formularzu ofertowym. Po drugie: koszt tej pozycji w ogólnej wartości zamówienia ma istotny udział. Po trzecie: wyjątkowa wartość kulturalna i historyczna obiektu, w którym wykonywane będzie zamówienie, uzasadnia uznanie systemu monitoringu tego obiektu za mający istotne znaczenie w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia.

Dla możliwości zbadania przez zamawiającego istotnych z punktu widzenia ceny oferty jej części nie ma znaczenia to, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Pogląd ten został sformułowany w orzecznictwie Izby już pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów ustawy i *de lege lata* zachowuje aktualność.

Zamawiający zatem był uprawniony do wezwania odwołującego do wyjaśnień. Przedmiotem sporu jest w konsekwencji ocena, czy wyjaśnienia ceny pozycji 18 formularza ofertowego - wykonanie instalacji sieci monitoringu wizyjnego CCTV IP uzasadniają odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny tej oferty. Brzmienie tego przepisu zawiera doniosłą zmianę w stosunku do swego poprzednika prawnego – art. 90 ust. 3 poprzedniego Pzp. Przepis ten nakazywał zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołane brzmienie przepisu nakazywało w praktyce zamawiającemu uzyskanie racjonalnego potwierdzenia wskazania w ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę. Pomimo tego, że obowiązek wykazania rzetelności oferty spoczywał formalnie na wykonawcy, to jednak zamawiający musiał mieć mocne podstawy do uznania, że cena oferty istotnie została zaniżona i jest to zniżenie rażące w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Obowiązujący stan prawny akcentuje natomiast obowiązek wyjaśnienia ceny oferty (*vide*: wyrok z 8 września 2021 r. KIO 2031/21).

Jest to regulacja spójna z pozostałymi przepisami ustawy dotyczącymi badania ceny oferty. Obowiązująca ustawa wzmocniła zatem obowiązek wykonawcy dotyczący złożenia wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do treści wezwania, co pozostaje w zgodzie z wynikającym z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązkiem dowodowym spoczywającym na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Tym samym w obecnym stanie prawnym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień lub zaniechanie złożenia dowodów naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia jako niewystarczające dla uzasadnienia ceny.

Należy też zauważyć w tym miejscu, że ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych obejmuje dwa aspekty: formalny i materialny. Aspekt formalny polega na ocenie zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania, gdyż wyjaśnienia ceny lub kosztu powinny być adekwatne do treści wezwania. Aspekt materialny natomiast obejmuje badanie treści wyjaśnień i załączonych dowodów w kontekście ich realności, spójności, potwierdzenia prawidłowego obliczenia badanej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami odwołującego i analizie załączonych do nich dowodów Izba zgodziła się z oceną zamawiającego, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień uzasadniających cenę za wykonanie pozycji 18. Tym samym rażąco zaniżył cenę tej pozycji, co skutkuje uznaniem, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską.

Przede wszystkim odwołujący, ani w treści wyjaśnień, ani w żadnym z załączonych dowodów nie wskazał nazw producentów oraz oferowanych modeli, pomimo, że wymagał tego zamawiający w treści wezwania. Należy zgodzić się z zamawiającym, że było to niezbędne z punktu widzenia ustalenia, czy wyceniony został system monitoringu spełniający wysokie wymagania zamawiającego. Tymczasem odwołujący przeniósł do wyjaśnień treść wynikającą z opisanych wymagań zamawiającego i nie podał żadnych informacji umożliwiających ustalenie, jaki system odwołujący zaoferował zamawiającemu. Tym samym odwołujący nie dał zamawiającemu możliwości oceny rzetelności i poprawności ceny poz. 18. W konsekwencji należy zgodzić się z zamawiającym, że wycena tej pozycji wynikała nie z posiadanych możliwości oraz weryfikacji wymagań zamawiającego, a wyłącznie z przyjętych założeń. Te z kolei wynikać miały z doświadczenia odwołującego. Ponieważ w ofercie ELEKTROINSTAL Jarosław Pankowski nie zostały podane konkretne informacje, nie zostały wskazane urządzenia, modele, czy nawet firma producenta, Izba – podobnie jak zamawiający – nie miała możliwości oceny, czy podane cena odpowiada realiom rynkowym. Izba uznała zatem, że brak złożenia informacji żądanych przez zamawiającego oraz brak jakichkolwiek realnych dowodów jest wystarczającą przyczyną uznania, że odwołujący nie podał informacji wykazania realności ceny istotnej części oferty. Zwraca uwagę fakt, że odwołujący nie podał informacji dotyczących producentów oferowanych urządzeń oraz modeli systemu monitoringu wizyjnego opisanego w pozycji 18, podczas gdy informacje takie znalazły się w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 9 i 19.

Niezasadnie powołuje się odwołujący w tym zakresie na sumę ceny prac elektrycznych opisanych przez zamawiającego. Stanowisko to w żaden sposób nie uzasadnia, dlaczego cena oferty odwołującego w tej pozycji jest tak niska, zarówno w stosunku do szacunku zamawiającego, jak i w stosunku do wyceny przystępującego (różnica 538.839,48 zł). Różnica ta świadczy również o istotności ceny tej pozycji w całej cenie oferty. Ma to tym większe znaczenie w obecnej sytuacji rynkowej, dla której charakterystyczny jest wzrost cen wynikający m.in. z kłopotów z dostawami urządzeń i komponentów.

Brak jest też jakichkolwiek postaw do ponownego wezwania odwołującego do złożenie wyjaśnień i ich uzupełnienia. Pierwotne wezwanie zamawiającego było szczegółowe, a odwołujący w sposób oczywisty nie przedstawił zamawiającemu wymaganych informacji. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego były niewystarczające. Odwołujący nie uzasadnił poprawnego obliczenia ceny swojej oferty, ani tym bardziej nie wskazał obiektywnych przyczyn uzasadniających uwzględnienie wszystkich wymagań zamawiającego, zwłaszcza w kontekście bardzo dużej różnicy ceny oferty odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ceny oferty przystępującego.

Izba nie uwzględniła dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie. Dowody takie wskazujące nazwę i model oferowanych urządzeń powinny zostać złożone zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny istotnej części składowej oferty. Skoro odwołujący ich nie złożył, nie mogą być wzięte pod rozwagę przy ocenie czynności zamawiającego. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie posiadał tego dokumentu i zawartych w nim informacji. W ocenie składu orzekającego uwzględnienie tych informacji nie stanowiłoby doprecyzowania dotychczas udzielonych wyjaśnień, ale stanowiłyby uzupełnienie wyjaśnień o treści, które powinny być podane wcześniej. Czynność taka stałaby w oczywistej sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec złożenia przez odwołującego wyjaśnień zbyt ogólnych, nie potwierdzających prawidłowego obliczenia ceny oferty Izba uznała czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego za prawidłową nie naruszającą przepisów ustawy.

Zamawiający nie dopuści się zarzucanych mu naruszeń przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca: