

Sygn. akt: KIO 2099/22

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę przez wykonawcę **MEGAMASZYNY R.P. z siedzibą w Spórok**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Łukowski z siedzibą Łukowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy złotych 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), 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: Powiat Łukowski prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na Zakup wyposażenia warsztatów samochodowych dla szkół w ramach projektu "Edukacja, kwalifikacje i kompetencje w ramach systemu kształcenia zawodowego w Powiecie Łukowskim" – II, ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00084718 z dnia 2022-03-14; . Wartość zamówienia nie przekracza progu unijnego.

Odwołujący): R.P. - Megamaszyny ul. Guznera 55, 47-175 Spórok wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. Wyborze oferty wykonawcy eS., Ł.S. ul. Piekarska 1, 49-353 Zielęcice (eS.) jako najkorzystniejszej w części C,
2. Zaniechaniu odrzucenia wykonawcy eS., w części C postępowania.
3. Nieprawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej w części C Postępowania

Czynnościom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

- art. 16 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy:
- art. 239 ust. 1 ustawy poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej w części C.
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy i art. 224 ust. 6 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty eS. pomimo że zawiera rażąco niską cenę;

W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Odwołujący mógłby uzyskać niniejsze zamówienie, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części C Postępowania
- Powtórzenie badania i oceny ofert w części C Postępowania
- Odrzucenia oferty wykonawcy eS. w części C Postępowania

W części C „Zestawy demonstracyjne” zostały złożone następujące oferty:

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe MICRO M.K. – cena 386 728,47
2. Megamaszyny R.P. – cena 246 953,02
3. M.B. Projektowanie i Tworzenie Oprogramowania Usługi- 366 725,27
4. Przedsiębiorstwo Handlowe KOGEX Sp. z o.o. - cena 199 260,00
5. eS., Ł.S. cena - 190 650,00

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 222 000,00 PLN.

Zaoferowana przez wykonawcę eS. cena była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień i dowodów.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie udzielił wyjaśnień, w których stwierdził, m.in., że:
– jest producentem sprzętu – może dowolnie kształtować ceny – ma możliwość udzielania rabatów itd.

Do wyjaśnień nie została dołączona żadna kalkulacja, brak jest dowodów w zakresie ceny, metod oszczędności ani innych zgodnie z art. 224 ust. 3 Ustawy. Dołączono jedynie skany faktur, jednostronnie podpisanych, bez załączonych protokołów odbioru, bez specyfikacji technicznych, a Wykonawca w innych wyjaśnieniach w toczącym się postępowaniu w zakresie zgodności oferowanych produktów z wymaganiami OPZ podkreślał, iż każde zamówienie jest indywidualnie konfigurowane. Zatem faktury wystawione kilka lat temu, na bliżej nieokreślony sprzęt, przy obecnej dynamice cen, rosnących kosztach, stóp procentowych, paliw – nie stanowi dowodu w sprawie.

Przedstawione wyjaśnienia nie są wystarczające do przyjęcia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dołączone faktury sprzedaży przypadkowych urzędzeń z oferty eS. nie mają charakteru dowodu.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej od lat jest niezmiennie – na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wobec wykazanych uchybień przepisom ustawy wniósł jak na wstępie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazujących, że z tego samego adresu (Odwołującego się) wysłane zostały dwie oferty, zapewne po to ażeby zawyżyć kwotę przetargu i dać argument Odwołującemu do kwestionowania ceny oraz żądania jej za rażąco niską, co oznacza, że odwołanie pozbawione jest jakichkolwiek podstaw prawnych.

Odnosnie zarzutów odwołania Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości Zamawiający nie uwzględnia odwołania, które jest już drugim w tym postępowaniu i zawiera identyczne zarzuty jak poprzednie.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutami naruszenia poniżej:

Ad. Naruszenia z art. 16 jest niezasadne ponieważ Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia ceny, ten dokonał stosownego wyjaśnienia nie budzącego dla Zamawiającego najmniejszych wątpliwości a zgodnie z orzecznictwem KIO ponowne wezwanie do wyjaśnień może mieć miejsce tylko gdy pojawią się nowe wątpliwości tu takowych brak. Wyjaśnienie Wykonawcy Zamawiający uznał za wyczerpujące.

Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składa wyjaśnienia szczegółowe i precyzyjne i mające pokrycie w realnych wydatkach i kosztach -jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Wykonawca wyjaśnił wszelkie wątpliwości dotyczące ceny zaproponowanej w ofercie dowód -pismo odpowiedz na wezwanie Zamawiającego.

Wskazał na orzecznictwo dotyczące uznania ceny za rażąco niską.

Zdaniem Zamawiającego wszystko zostało wyjaśnione po pierwsze eS. jest producentem sprzętu co jest kluczowe w sprawie, a po wtóre przedstawił ceny proponowanych towarów na przestrzeni lat, na co dał odpowiednie dowody w postaci faktur. Oczywistym jest, że cena takiego produktu to składowa jedynie zakupu niezbędnych materiałów i kosztu ich wytworzenia a co się tyczy pośredników wiadomo, że muszą naliczyć swoją marżę, żeby mieć zysk z takiej transakcji.

Ad. Naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art 224 ust 6 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo że zawierają one rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie ma racji Odwołujący zwłaszcza w kontekście weryfikacji jakiej dokonał Zamawiający i ustalił w oparciu o dokumenty, że:

a) Z zał. nr 2 Screen zrobiony na platformie zakupowej marketplanet, na której prowadzone jest postępowanie wynika, że Wykonawca PITO M.B. posiada 2 konta na dwa różne adresy. Dziwnym zbiegiem okoliczności jeden z adresów jest identyczny jak adres Odwołującego.

b) Z zał. nr 3 Oferta PITO M.B. wygenerowana automatycznie z ww. platformy zakupowej, w której również widnieje ten sam adres co adres Odwołującego. Wynika z tego to, że Wykonawca PITO M.B. złożył ofertę z konta posiadającego adres ul. Guznera 55, 47-175 Spórok - adres Odwołującego.

c) Z zał. nr 4 Formularz ofertowy wypełniony przez Wykonawcę, w którym adres przedsiębiorstwa jest już inny.

Świadczy to o tym, że Wykonawca PITO M.B. działał w zмовie z Odwołującym i umyślnie złożył ofertę, która znacznie przewyższa ceny rynkowe oraz wartość szacunkową zamówienia w celu sztucznego zawyżenia średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Przy udowodnieniu zмовy przetargowej – istnieje dopuszczalność dowodów pośrednich można przytoczyć Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2014 r. KIO 560/14

„Z uwagi na trudności w udowodnieniu zмовy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zмовy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna takiego domniemania musi uprawniać

do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmywy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. „

Wykonawca przyłapany na oczywistej zmywie cenowej w celu sztucznego zawyżenia średniej arytmetycznej złożonych ofert nie ma prawa stawiać zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny.

Ad. Naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej. Szczegółowa analiza oraz wyjaśnienia jakie udzielił Wykonawca w pełni pozwalają przyjąć, że Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty.

W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska i przedstawiły dodatkową argumentację.

Odwołujący: Stwierdził, że złożone zamawiającemu wyjaśnienia są ogólne i brak jest dowodów na realność cen. Faktury nie stanowią i nie zawierają potwierdzenia prawidłowej realizacji dostawy. Wskazane dla porównania świadczenia miały inną niższą funkcjonalność lub odnosiły się do innych produktów niż wymagane w tym postępowaniu. Złożył szereg dokumentów, w tym własne opracowanie stanowiące porównanie wymagań w bieżącym postępowaniu z postępowaniami, których faktury zostały przedstawione jako dowody (PWSZ w Nowym Sączu powiat lubliniecki, Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Raciborzu). Zwrócił uwagę na fakturę o treści odmiennej w pozycji pierwszej oraz czternastej od tej pozyskanej od zamawiającego powiatu raciborskiego. Wykonawca dokonał zmiany treści na cele składanych wyjaśnień. Podał w wątpliwość wiarygodność faktur, w tym także na rzecz ABPLANALP z 2019 r. gdzie podano adres wystawcy niezgodny z CEIDG w tamtym czasie. Złożył informacje z powiatu chojnickiego o odstąpieniu zamawiającego od umowy, wykonawca nie wykonał dostawy na tożsamy element tj. panel oświetlenia pojazdu. Złożył pisemną opinie producenta z Poznania nt. realnej ceny na przedmiot zamówienia. Dokumenty podmiotowe wykonawcy M.B. wskazując na rzeczywisty adres. Porównał informacje z tabel zamieszczonych przez Zamawiającego w wniosku dowodowym z 23.08.2022r. składając wydruk ze strony internetowej eS.. Przypomina ciężar dowodu co do ceny rażąco niskiej.

Zamawiający: Podtrzymał argumentacje w pisemnej odpowiedzi oraz pisemnym wniosku dowodowym - tabela. Wskazał, że w poprzednim postępowaniu KIO 1779/22 uwzględnił zarzuty co do ceny, a w pozostałym zakresie odwołanie wycofano. Wykonawca złożył faktury o zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Z wiedzy zamawiającego wynika, że odwołujący poprzednio korzystał z produktów eS. a obecnie z Mechatroniki. Ocenia, że Odwołujący nie ma interesu wniesienia odwołania jako zajmujący trzecie miejsce w rankingu ofert przy nie podnoszeniu zarzutów oferty zajmujące drugie miejsce. Różnice w treści faktur

co do adresu podmiotu upatruje w programie komputerowym wprowadzającym adres aktywny. Różnica w opisie szczegółowym produktu może być związana z wymogami opisu na cele pozyskania dofinansowania zewnętrznego. Uznaje, że faktura dostawy jest dowodem co do przedmiotu i ceny. Stwierdza, że dla porównania produktu sama nazwa nie musi być tożsama z opisem przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji.

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

Wskazuje się na interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia z wykorzystaniem środków ochrony prawnej, w szczególności wobec ustawowego przyznania takiego interesu podmiotowego w stosunku do wykonawcy który miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Rozpatrując zarzuty podtrzymane przez odwołującego należy stwierdzić, co następuje. W prowadzonym postępowaniu przez zamawiającego zaistniały przesłanki przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego wobec wykonawcy który zaoferował cenę w relacji do przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza do arytmetycznej średniej ceny ofert złożonych. Ewentualne uwagi zamawiającego o świadomym zawyżeniu cen przez wykonawców, w tym z udziałem i zamiarem odwołującego stanowią jedynie domniemanie i nie podlegają kognicji Krajowej Izby Odwoławczej związanej zakresem postawionych zarzutów. Podejrzanie zмовы cenowej może być jednak przedmiotem rozpatrzenia przez stosowny organ chroniący uczciwą konkurencję, w wyniku przedstawienia mu właściwych informacji.

W tym stanie rzeczy Izba rozpatruje zarzuty dotycząc zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazane przez odwołującego dowody zasługują na szczegółową uwagę, wszelako w ocenie składu orzekającego nie potwierdzają twierdzenia o cenie rażąco niskiej. W rzeczywistości wskazują na nazewnictwo oferowanego produktu, które nie jest tożsame i w istocie nie musi być tożsame z wymaganiem przedmiotowego postępowania. Fakt, że producent – dostawca, w innym postępowaniu sprzedał określony model urządzenia może potwierdzać wprost takie oczekiwanie zamawiającego. Co się tyczy różnic w dwóch miejscach faktury przedstawionej w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu i tej samej/takiej samej pozyskanej przez odwołującego w trybie dostępu do informacji publicznej, wiarygodne jest przypuszczenie podniesione przez zamawiającego o potrzebie użycia ściśle określonego nazewnictwa na potrzeby zadośćuczynienia warunkom stawianym beneficjentom dofinansowania zadań samorządowych ze źródeł zewnętrznych. Nie jest również dowodem nieprawdziwości dokumentu, który na potrzeby dowodowe został

sporządzony po upływie np. 3 lat, w którym jest wskazana aktualna siedziba podmiotu, a nie z daty sporządzania dokumentu pierwotnego, znana powszechnie jest okoliczność stosowania przez program komputerowy danych zaktualizowanych, w tym adresowych, jakkolwiek osoba sporządzająca powinna dopilnować poprawności dokumentu.

Właściwie zinterpretował i poprawił odwołujący treść dokumentu złożonego w formie tabeli wraz z pismem – wnioskiem dowodowym zamawiającego, zauważając niedoszacowanie elementu w pozycji 2. i 4., gdzie stosownie do oferty producenta publikowanej w Internecie w miejsce kwoty 30 000 winno być 35 000, a w miejsce kwoty 14 000, oferta handlowa wskazuje na 14 lub 22 tysiące złotych. W ocenie składu orzekającego uwzględnienie wskazanej tu okoliczności nie wpływa na całościową ocenę ceny ofertowej wybranego wykonawcy, co do której pomimo wątpliwości co do kilku elementów cen i kosztotwórczych, cena oferty została oceniona prawidłowo jako nie będąca rażąco niską.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył w prowadzonym postępowaniu i ustaleniu jego wyniku, przepisów ustawy pzp powołanych w odwołaniu.

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 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz 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) Wynagrodzenia z tytułu zastępstwa prawnego nie zasądzone wobec braku rachunków wymaganych zgodnie z rozporządzeniem wyżej powołanym.

Przewodniczący: