

Sygn. akt: KIO 802/22

**WYROK
z dnia 7 kwietnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez Odwołującego –**P. J.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PJS COMFORT P. J., ul. Podgórna 16, 62-002 Suchy Las w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna**, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K., K. K., I. S.** prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Clima Technology s.c. **A. K., K. K., I. S.**, ul. Dąbrowa 5b, 80-297 Banino zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;
- 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie Oddział we Wrocławiu na usługi konserwacji i napraw urządzeń klimatyzacyjnych i wentylacyjnych w obiektach Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (nr postępowania: ZP/2021/11/0115/PW), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 3 stycznia 2022 r., 2022/S 001-001924-2021-PL, wobec czynności podjętych w postępowaniu na część 1, 2 i 4 polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej (Clima Technology s.c.) i zaniechania odrzucenia oferty wybranej z uwagi na rażąco niską cenę, wniesione zostało 21 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy PJS COMFORT P. J. (sygn. akt KIO 802/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę w częściach 1, 2, 4;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty w częściach 1, 2 i 4, która zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1, 2, 4, nakazanie odrzucenia oferty Clima Technology s.c. A. K., K. K., I. S. w części 1, 2, 4, jako zawierającej rażąco niską cenę, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tych częściach i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w dniu 11.03.2022 r. otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu oferty.

Uzasadnienie.

Odwołujący wskazał na wystąpienie okoliczności uzasadniającej podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofercie Clima Technology s.c., tj. różnicy ceny do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (niższa o 31% w cz. 1, a w cz. 4 32,47%). W części 2 zamówienia oferta jest na skraju progu 30% wprowadzonego w art. 90 ust. 1a (obecnie art. 224 ust. 1 pzp).

Odwołujący przedstawił wyliczenia uwzględniające warunki zamówienia, przepisy powszechnie obowiązujące, które odpowiadają stawkom rynkowym, co ma uzasadniać wniosek, iż wybrany wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia w częściach 1, 2, 4

zgodnie z warunkami zamówienia i w sposób oczekiwany przez Zamawiającego bez ponoszenia w tym zakresie strat.

Obliczenia dotyczą:

- kalkulacji jednorazowego wyjazdu serwisowego dwóch pracowników do danej lokalizacji (zgodnie z ofertą 90 PLN netto/ilość godzin) – kwota 24.279,54 zł (siedziba OGP w Poznaniu), 5.962,66 zł (TJE Kotowo), 5.902,90 zł. (TJE Lwówek), 5.733,58 zł (TJE Piła), 5.751,84 (TJE Ujście);

- koszty przeglądów serwisowych bez wezwań serwisowych dla każdej z lokalizacji przy danej wyjściowej dotyczącej kosztu jednorazowego wyjazdu i 5 przeglądów serwisowych w danej lokalizacji – łącznie 238.152,60 zł;

- koszt wykonania badań efektywności energetycznej urządzeń klimatyzacyjnych powyżej 12kW mocy chłodniczej dla OGP Poznań (5szt.x kosztu jednorazowego wyjazdu – 1500) – 7.500,00 zł netto (cena rynkowa).

Suma wartości netto wykonywanych czynności to 238.152,60 + 7.500,00 wyniesie 245.652,60 zł netto (wartość rynkowa).

Do tej kwoty należy dodać 35.423,50 zł netto – kwota przeznaczona przez Zamawiającego na usuwanie usterek urządzeń na wezwanie Zamawiającego oraz wykonywanie dodatkowych czynności związanych z montażem, demontażem oraz ewentualnym przeniesieniem istniejących urządzeń wraz z infrastrukturą przynależną oraz zagospodarowaniem odpadów powstałych w wyniku świadczonej usługi. Po zsumowaniu wartość netto oferty powinna wynosić 281.076,10 zł, a po zwiększeniu o wartość podatku VAT 23% - 345.723,60 zł brutto.

W analogiczny sposób Odwołujący przedstawił wyliczenia dla części 2 zamówienia wskazując na kwotę brutto 172.234,32 zł oraz części 4 zamówienia kwotą netto 106.397,00 zł.

Z uwagi na rozkład ciężaru dowodu przy zarzucie rażąco niskiej ceny (art. 537 Pzp) Odwołujący uznał, iż co do zasady ciężar ten nie obciąża odwołującego, ale wykonawcę, którego oferty dotyczy odwołanie. W sytuacji natomiast, gdy wykonawca ten nie przystąpi do postępowania odwoławczego, ciężar ten przechodzi na zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z 6.04.2022 r.) wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców w piśmie z 21.01.2022 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący stawiając zarzut oparty na twierdzeniu, iż Przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi warunkami i w sposób oczekiwany przez Zamawiającego bez ponoszenia strat, opiera się wyłącznie na orzecznictwie KIO oraz wyliczeniach własnych poczynionych dla części 1, 2, 4., co nie może być dowodem.

Odwołujący nie zakwestionował złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, nie postawił w tym zakresie żadnych zarzutów. Nie kwestionuje również prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca – Clima Technology s.c. A. K., K. K., I. S..

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła aby zachodziły przesłanki do odrzucenia odwołania, jak również, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego jego rozpoznania.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w podziale na części.

W formularzu oferty wykonawcy zobowiązani byli wskazać cenę netto za wykonanie jednej czynności, netto za wykonanie czynności w trakcie trwania umowy oraz ceny brutto oddzielnie dla każdej z lokalizacji w danej części zamówienia. Do wypełnienia w formularzu były trzy pozycje, a czwarta została uzupełniona przez Zamawiającego i podlegała zsumowaniu z pozycjami wypełnianymi przez wykonawców.

Zamawiający wzywał wykonawców na podstawie art. 224 Ustawy, w tym Przystępującego do postępowania odwoławczego oraz Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty. W wezwaniu z 21.01.2022 r. Zamawiający wskazał w odniesieniu do oferty na cz. 2, 3, 4 Przystępującego na różnice ceny do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i wezwał do wyjaśnienia kalkulacji ceny.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w piśmie z 24.01.2022 r.

Izba zważyła.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie mając na uwadze zakres zarzutów, który wyznaczony zostaje nie tylko wskazaniem na naruszenie przepisu prawa, ale przede wszystkim okolicznościami faktycznymi, które miałyby wypełniać normę prawa, z której naruszeniem wiąże się złożony środek ochrony prawnej.

W niniejszej sprawie Odwołujący w uzasadnieniu odwołania odnosił się jedynie do różnicy ceny oferty wybranej do średniej arytmetycznej złożonych ofert na część 1, 2 i 4 w celu wykazania zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. Ustawy. Następnie prezentował własne wyliczenia ceny przyjmując w części dane z oferty wybranej (ceny jednostkowe), jak również własne założenia dotyczące, np. ilości godzin do wyliczenia kosztów pracowniczych. Na rozprawie w ramach repliki ze stanowiskiem Przystępującego Odwołujący kwestionował poprawność założeń wskazanych w piśmie procesowym uczestnika postępowania odwoławczego.

Powyższe okoliczności nie mogły jednak doprowadzić do uznania zasadności zarzutów związanych z błędną oceną oferty wybranej, jak również jej wyborem.

Zasadniczo, konstrukcja zarzutów opiera się na założeniu przez Odwołującego, iż to po stronie wykonawcy wobec, którego oferty podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, ewentualnie Zamawiającego, spoczywał ciężar wykazania, iż cena nie jest rażąco niska. Powołanie się na skutki, jakie Ustawa w art. 537 wiąże z wniesieniem odwołania i zarzutem zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie oznacza, iż wykonawca składając odwołanie zwolniony jest z obowiązku wskazania okoliczności, które miałyby uzasadniać tak twierdzenia co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jak również zaniżenie kalkulacji w stopniu uzasadniającym uznanie ceny za rażąco niską. Odwołujący dopiero na rozprawie odnotował fakt, iż Zamawiający wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny (co również dotyczyło jego oferty na inną część zamówienia). Co istotne wyjaśnienia Przystępującego nie były utajnione, a zatem Odwołujący mógł zapoznać się z ich treścią przed złożeniem odwołania.

W sytuacji, gdy zamawiający wzywa do wyjaśnienia ceny, czynności w postępowaniu należy oceniać z uwzględnieniem informacji, jakie miał wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Ma to w niniejszej sprawie zasadnicze znaczenie, gdyż z odwołania można wnioskować, że Zamawiający takiej procedury nie przeprowadził, a to pozostawało w opozycji do stanu faktycznego. Zamawiający składając odwołanie odnosił się do podstawy zarzutów, w której nie było żadnych okoliczności uzasadniających odmienną ocenę oferty wybranej. Odwołujący w sposób nieprawidłowy skonstruował zarzut próbując następnie

przerzucić na wykonawcę obowiązek odparcia zarzutów wskazując przy tym na błędne wnioski prezentowane w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Takie działania nie mogło prowadzić do uznania zasadności odwołania, które Izba ocenia będąc związana podstawą faktyczną i prawną zarzutów i żądań. Odwołujący błędnie przyjął, iż sam jako inicjujący postępowanie odwoławcze zwolniony jest z ciężaru wykazania zasadności zarzutów. Nie jest wystarczającym samo wskazanie na mechanizm art. 537 Ustawy, aby uznać zasadność żądań wykonawcy. Punktem wyjścia do rozpoznania zawsze jest zarzut i jego podstawa faktyczna pozwalająca ocenić jego zasadność. W niniejszym odwołaniu takiej podstawy faktycznej Odwołujący nie wskazał.

Bez zapoznania się z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny, jakie złożył Przystępujący w postępowaniu przetargowym, nie było możliwe na etapie rozprawy kwestionowanie założeń przyjętych do kalkulacji ceny oferty wybranej, co prowadziłoby do wykroczenia poza zakres zarzutu. Odwołujący na rozprawie wyjaśnił również, iż faktycznie nie kwestionuje założeń wykonawcy (dotyczących godzin), jako zaniżonych, a jego argumenty miały na celu jedynie podważenie spójności stanowiska Przystępującego, na którym spoczywać ma ciężar wykazania, iż cena nie jest rażąco niska. Taki obowiązek stanowi konsekwencję mechanizmu badania ceny opartego na domniemaniu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Pierwszym, a tym samym kluczowym dla dalszego działania Zamawiającego jest zatem wezwanie do złożenia wyjaśnień, a następnie ocena tych wyjaśnień. Do czasu gdy odwołujący w drodze środka ochrony prawnej nie podważy poprawności oceny wyjaśnień, jakie wykonawca składał w postępowaniu, Izba nie ma podstawy do stwierdzenia, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Ustawy uznając, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W sprawie rozpoznawanej Odwołujący nawet nie zapoznał się z wyjaśnieniami, które były jawne i dopiero na rozprawie podważał prawidłowość wyliczeń, jakie Przystępujący prezentował w przystąpieniu, co stanowiło odpowiedź na własne wyliczenia Odwołującego. Przede wszystkim należy podkreślić, iż to ocena wyjaśnień złożonych w trybie art. Ustawy dokonana przez Zamawiającego prowadziła do uznania, iż cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Konstrukcja odwołania, w którym jedynie przedstawione zostały kalkulacje własne Odwołującego bez nawiązania do założeń, o których mowa jest w wyjaśnieniach, powodowała, iż odwołanie nie mogło odnieść skutku oczekiwanego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 3 i 4 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31

grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: