

WYROK
z dnia 10 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2022 r. przez wykonawcę GmSynergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Rzgowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Agencja Rozwoju Małopolski Zachodniej Spółka Akcyjna z siedzibą w Chrzanowie

przy udziale wykonawcy Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem

- opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 293 zł 00 gr (cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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

Zamawiający Agencja Rozwoju Małopolski Zachodniej Spółka Akcyjna z siedzibą w Chrzanowie prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Organizacja wyjazdu studyjnego dla przedstawicieli małopolskich Jednostek Samorządu Terytorialnego do Francji na Targi MIPIIM w Cannes w terminie 15-18 marca 2022 r.” (ARMZ.271.1.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00038677/01.

I. W dniu 23 lutego 2022 r. wykonawca GmSynergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Rzgowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego: 1) odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego; 2) wyboru oferty złożonej przez Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego i uznanie, że odwołujący przedstawił zbyt ogólne wyjaśnienia ceny oferty i nie udokumentował z należytą starannością przyjętego poziomu cen, w sytuacji, w której odwołujący odniósł się do wszystkich kwestii podniesionych przez zamawiającego w wezwaniach do wyjaśnień ceny oferty.
- 2) art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp – poprzez błędne wskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego i brak szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 marca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku. Stanowisko w sprawie ww. wykonawca przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 3 marca 2022 r. Ww. wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca wnoszący odwołanie obowiązany jest wykazać posiadanie ww. uprawnienia, tzw. interesu do wniesienia odwołania, już na dzień jego wniesienia. Odwołujący obowiązany jest zatem wykazać występowanie po jego stronie przesłanek składających się na uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Niewykazanie przez odwołującego posiadania tego interesu pociąga za sobą skutki w postaci oddalenia odwołania przez Izbę. W przypadku istotnej zmiany okoliczności w stosunku do stanu występującego na dzień wniesienia odwołania odwołujący winien wykazać posiadanie tego interesu w odniesieniu do zmienionych okoliczności. W treści odwołania odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się w tym, że złożył ofertę w tym postępowaniu i gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta odwołującego nie została odrzucona i została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia. Należy jednak zauważyć, że na dzień orzekania odwołujący nie miał możliwości uzyskania zamówienia. Zakładając, że odwołanie podlegałoby uwzględnieniu, ponowna czynność wyboru oferty najkorzystniejszej mogłaby zostać dokonana najwcześniej w dniu 11 marca 2022 r. Uwzględniając zatem konieczność oczekiwania przez zamawiającego do upływu terminu na wniesienie odwołania (do końca dnia 16 marca 2022 r.), umowa w sprawie zamówienia publicznego z odwołującym mogłaby zostać zawarta dopiero w dniu 17 marca 2022 r., a zatem już po rozpoczęciu targów, które zostały zaplanowane w okresie 15 – 18 marca 2022 r. Zawarcie umowy w przedostatni dzień trwania targów byłoby oczywiście bezcelowe. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Izba umożliwiła odwołującemu przedstawienie stanowiska w sprawie posiadanego interesu we wniesieniu odwołania. Odwołujący oświadczył, że upatruje go w realizacji tego zamówienia. Cały czas jest gotowy do realizacji zamówienia. Ponadto zauważył, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia zamawiający przewidział możliwość

zmiany terminu realizacji zamówienia. Jak natomiast wynika z pkt III.2 SWZ zmiana terminu realizacji zamówienia dotyczy sytuacji zmiany terminu targów lub ich odwołania w formule tradycyjnej. Bezsporne było to, że na dzień orzekania nie miała miejsca zmiana terminu lub formuły targów. Wymaga przy tym wyjaśnienia, że Izba nie wyklucza posiadania przez wykonawcę interesu w okolicznościach podobnych do tych, jakie zaistniały w niniejszym postępowaniu. Niemniej jednak, interes ten winien być wykazany przez odwołującego. Izba nie może wyręczać w tym zakresie odwołującego. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji złożone przez odwołującego odwołanie winno podlegać oddaleniu.

Niemniej jednak, również w przypadku przyjęcia poglądu odmiennego od ww. wyrażonego, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z ww. przepisów ustawy Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne. W ocenie składu orzekającego Izby taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień ceny udzielonych przez odwołującego. Jak wynika z pisma odwołującego z dnia 16 lutego 2022 r. udzielając wyjaśnień odwołujący oparł się na błędnym założeniu co do celu i wymaganej treści wyjaśnień ceny. W pkt 3 odwołujący przedstawił pogląd, że „wyjaśnienie ceny ma polegać na wskazaniu przybliżonej wartości dla danego świadczenia”. Z poglądem odwołującego nie można się zgodzić. Wyjaśnienia ceny oferty służą bowiem ustaleniu, czy wykonawca prawidłowo skalkulował cenę i czy cena ta umożliwia realizację zamówienia w sposób należy, a nie jakikolwiek. W związku z tym, jak już była o tym mowa powyżej, wyjaśnienia ceny powinny być kompletne, rzetelne i wystarczająco konkretne oraz poparte odpowiednimi

dowodami. Wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dopuszczalne jest wyłącznie w sytuacji, w której pierwotne wyjaśnienia spełniają ww. wymagania, jednakże zamawiający widzi potrzebę ich uzupełnienia o pewne dodatkowe, bardziej szczegółowe kwestie.

Należy wskazać, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie (pismo zamawiającego z dnia 7 lutego 2022 r., pismo odwołującego z dnia 10 lutego 2022 r.) odwołujący nie przedstawił w zasadzie żadnych wyjaśnień. Poza kilkoma ogólnymi stwierdzeniami odwołujący ograniczył się do przedstawienia wyliczeń dla poszczególnych punktów opisu przedmiotu zamówienia. Wyliczenia te nie stanowią szczegółowych kalkulacji i nie przedstawiono do nich wyjaśnień umożliwiających weryfikację dokonanej przez odwołującego wyceny. Niektóre dowody załączone do wyjaśnień nie mogły zostać uznane za dowody potwierdzające prawidłowość dokonanej przez odwołującego wyceny, gdyż miały zbyt ogólny charakter, nieuwzględniający wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia (ogólne informacje ze stron internetowych – np. w zakresie wynagrodzenia koordynatora) lub zostały złożone bez tłumaczenia na język polski (np. w zakresie wyżywienia). Szczególną uwagę zwraca poz. 10: "Inne wyżej nie wymienione, w tym marża organizatora i VAT". Nie wiadomo, jakie inne koszty, oprócz marży i podatku VAT, zostały ujęte w tej pozycji, a także jakie zostały przyjęte wartości w odniesieniu do wszystkich kategorii kosztów objętych tą pozycją, w tym w zakresie marży jak i podatku VAT.

Jak natomiast wynika z odpowiedzi odwołującego udzielonej na drugie wezwanie zamawiającego (pismo zamawiającego z dnia 14 lutego 2022 r., pismo odwołującego z dnia 16 lutego 2022 r.) pierwsze wyjaśnienia odwołującego nie było kompletne ani rzetelne. Nie został przedstawiony koszt transportu koordynatora i dwóch tłumaczy. Przy czym zadziwiające jest to, że odwołujący wskazuje zamawiającemu, że sam mógł on obliczyć ten koszt na podstawie kosztu jednostkowego. Trzeba zatem podkreślić, że przedstawienie wyliczeń ceny to obowiązek odwołującego, a nie zamawiającego. Nie uwzględniono kosztów zakwaterowania i wyżywienia koordynatora oraz dwóch tłumaczy. Nie uwzględniono składek ZUS od wynagrodzenia koordynatora finansowanych przez pracodawcę. W przypadku ceny obiadów nie uwzględniono wzrostu cen wyżywienia na terenie obiektów targowych. Koszty wynajmu samochodu osobowego nie zostały przedstawione. W treści drugich wyjaśnień odwołujący wskazuje, że kwota ta została ujęta w ostatniej pozycji (10), jednakże z pierwszych wyjaśnień w żaden sposób to nie wynika. Tak samo w przypadku kosztów biletu wstępu dla trzech osób z obsługi (koordynator i dwóch tłumaczy). Z pierwszych wyjaśnień nie wynika, że zostały one ujęte w ostatniej pozycji (10). W odpowiedzi na pytania zamawiającego dotyczące wynajęcia pozycji powierzchni targowej (pozycja wskazana w ramach pierwszych wyjaśnień) odwołujący nie udziela wyczerpującej odpowiedzi i między innymi stwierdza, że nie powinno zamawiającego interesować to, kto będzie widniał w bazie wystawców oraz

zauważa, że podejście zamawiającego z racjonalizmem nie ma nic wspólnego. Takie stanowisko odwołującego jest całkowicie nie do zaakceptowania. Skoro z treści wyjaśnień wynika sposób realizacji przedmiotu zamówienia niewskazany wprost przez zamawiającego, który może generować dodatkowe koszty po stronie wykonawcy, to zamawiający zdecydowanie ma prawo wymagać od wykonawcy przedstawienia wyjaśnień wyliczenia ceny w tym zakresie, a wykonawca obowiązany jest takich wyjaśnień udzielić. Nie przedstawiono kosztów wynagrodzenia drugiego tłumacza. W treści drugich wyjaśnień odwołujący wskazuje, że kwota ta została ujęta w ostatniej pozycji (10), jednakże z pierwszych wyjaśnień w żaden sposób to nie wynika. Nie uwzględniono kosztów ubezpieczenia OC (dodane dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie). Dopiero w drugich wyjaśnieniach przedstawiono sposób ustalenia wartości podatku VAT.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa. Wyjaśnienia ceny udzielone przez odwołującego na pierwsze wezwanie były niekompletne i nierzetelne, co między innymi potwierdza treść odpowiedzi na drugie wezwanie. Wyjaśnienia odwołującego nie doprowadziły zatem do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie sprostował ciężarowi dowodu spoczywającemu na nim w tym zakresie. Treść wyjaśnień ceny przedstawionych przez odwołującego nie pozwalała zamawiającemu przyjąć, że zamówienie zostanie zrealizowane z należytą starannością.

Natomiast należy zgodzić się z odwołującym, że w ramach uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego oferty (pismo zamawiającego z dnia 17 lutego 2022 r.) zamawiający winien był odnieść się do wszystkich pozycji kosztowych, w zakresie których wyjaśnienia ceny zostały przez niego zakwestionowane. Uzasadnienie to powinno mieć podobną treść jak uzasadnienie faktyczne przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Niemniej jednak Izba uznała, że powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania. Czynność odrzucenia oferty odwołującego była prawidłowa. Ponadto, odwołujący nie miał problemów ze sformułowaniem i uzasadnieniem zarzutów odwołania, na rozprawie miał możliwość odniesienia się do szczegółowej argumentacji przedstawionej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, która została mu doręczona kilka dni przed rozprawą, a w ramach żądań zawartych w odwołaniu nie wnosił o nakazanie zamawiającemu przedstawienia pełnego uzasadnienia odrzucenia jego oferty. W zakresie podanej przez zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego doszło do oczywistej omyłki pisarskiej (art. 226 ust. 8 zamiast art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), co wynikało z całościowej treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty i nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: