Sygn. akt: KIO 1276/22

Postanowienie
z dnia 27 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Rafał Komoń

Protokolant:

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w Warszawie, w dniu 27 maja 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2022 roku przez wykonawcę Softax R. S. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego

przy udziale wykonawcy CA Consulting spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1276/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Softax R. S. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

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 2021 poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1276/22

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Ośrodek Szkoleń Specjalistycznych Straży Granicznej w Lubaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą . „Wdrożenie Platformy Kanałów Elektronicznych (PKE)".

Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 kwietnia 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ogłoszenia 2022/S 065-170601.

W dniu 11 maja 2022 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „PZP" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z

art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego, i jej części składowe, nie wydają się i nie powinny się wydawać rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także nie budzą i nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

2) naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy przez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień pomimo tego, że zaistniała przesłanka negatywna braku obowiązku wezwania do wyjaśnień, to jest rozbieżność pomiędzy ceną oferty Odwołującego a średnią arytmetyczną złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co stanowi naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców;

Odwołujący również podniósł zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutów powyższych zarzucając Zmawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 1 w zw. art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wskazania w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w jakim zakresie cena oferty i jakie konkretnie elementy oferty Odwołującego budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji co najmniej utrudnia Odwołującemu złożenie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, przygotowanie dowodów i szczegółowej kalkulacji, a tym samym także późniejszą weryfikację przez Odwołującego prawidłowości oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł w związku z podniesionymi zarzutami o:

- unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty z dnia 6 maja 2022 r.,

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1 i 2 odwołania wniósł :

- unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty z dnia 6 maja 2022 r.,

- oraz dokonanie ponownego wezwania ze wskazaniem w treści wezwania do wyjaśnień ceny oferty w jakim zakresie cena oferty i jakie konkretnie elementy oferty Odwołującego budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ,

oraz

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zgodną z warunkami Zamówienia i zawierającą cenę realną, rynkową. Zamawiający bez uzasadnienia i w sposób bardzo ogólnikowy wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie ceny oferty, nie wskazując w jakim zakresie cena oferty Odwołującego budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. W związku z powyższym wadliwa czynność Zamawiającego powoduje, że Odwołujący jest zobowiązany do złożenia szczegółowych wyjaśnień, pomimo braku istnienia podstawy prawnej oraz braku informacji w jakim właściwie zakresie wyjaśnienia mają zostać złożone i jakie konkretnie elementy ceny oferty budzą wątpliwości

Zamawiającego, co do możliwości należytego wykonania Zamówienia, mając przy tym na uwadze, że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia wskazaną przez Zamawiającego. Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu Zamówienia, bowiem Zamawiający do momentu złożenia niniejszego odwołania nie złożył oświadczenia o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do wysokości ceny oferty Odwołującego. Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało unieważnieniem czynności wezwania do wyjaśnień ceny oferty Odwołującego, w wyniku czego Odwołujący nie będzie musiał składać wyjaśnień ceny oferty oraz będzie mógł w dalszym ciągu ubiegać się o udzielenie Zamówienia, co w dalszej kolejności umożliwi Odwołującemu uzyskanie Zamówienia, gdyż cena jego oferty jest ofertą rynkową.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Przedmiotem Postępowania jest dostawa, wdrożenie, integracja, rozwój i utrzymanie systemu Platforma Kanałów Elektronicznych dla klientów Banku Gospodarstwa Krajowego. W przedmiotowym Postępowaniu, zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 4 maja 2022 r., oferty złożyło wyłącznie dwóch wykonawców:

- łączna cena brutto oferty Odwołującego wynosi: 23 834 769,79 zł (w tym za zamówienie podstawowe: 15 825 009,79 zł brutto, a za zamówienie opcjonalne 8 009 760,00 zł brutto),

- łączna cena brutto oferty CA Consulting Spółka Akcyjna wynosi: 74 849 521,60 zł (w tym za zamówienie podstawowe: 61 396 396,60 zł brutto, a za zamówienie opcjonalne 13 453 125,00zł brutto).

Zgodnie z informacją z dnia 4 maja 2022 r., kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi:

Kwota całkowita: 17 502 407,80 zł (w tym za zamówienie podstawowe:12 492 667,00 zł, a za zamówienie opcjonalne: 5 009 740,80 zł).

Odwołujący podał, że cena oferty Odwołującego jest wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Również analizując kwoty w rozbiciu na zamówienie podstawowe i opcjonalne, cena zaoferowana przez Odwołującego jest wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie odpowiednio zamówienia podstawowego jak i zamówienia opcjonalnego.

W treści wezwania do wyjaśnień z dnia 6 maja 2022 r. Zamawiający ograniczył się jedynie do przywołania treści przepisów PZP i orzecznictwa KIO związanego z obowiązkiem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywającym po stronie Odwołującego. Taka treść wezwania mogłaby zatem zostać zastosowana w praktycznie każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez dowolnego zamawiającego.

Zamawiający w treści wezwania zaznaczył fragment treści art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, w zakresie podstawy wezwania opierającej się wyłącznie o średnią arytmetyczną złożonych ofert. Nadto, przywołał treść art. 224 ust. 1 PZP, wskazując na „obowiązek Zamawiającego zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części 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 w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) lub wynikającymi z odrębnych przepisów”.

Brak wskazania w jakim zakresie cena oferty budzi wątpliwości Zamawiającego

Zamawiający w treści wezwania całkowicie pominął fakt, że cena oferty Odwołującego jest wyższa (o ponad 6 milionów złotych) od kwoty, jaką sam oszacował i ustalił Zamawiający przed wszczęciem Postępowania (kwota przeznaczona na realizację zamówienia), a co więcej nie wskazał w jakim zakresie cena oferty i jakie konkretnie elementy oferty Odwołującego budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że możliwa jest realizacja Zamówienia zgodnie z SWZ za cenę 17 502 407,80 zł.

Zamawiający w dniu 4 maja 2022 r. dokonał czynności otwarcia ofert, a już dnia 6 maja 2022 r. wystosował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień, zatem Odwołujący domniemywa, że nie dokonał weryfikacji elementów ceny oferty znajdującej się w formularzu ofertowym

Odwołującego i ustalenia w jakim zakresie budzą one uzasadnione wątpliwości przed wezwaniem, a w konsekwencji na wszelki wypadek wystosował bardzo ogólną treść wezwania odzwierciedlającą w istocie jedynie treść przepisów PZP, z której nie wynikają okoliczności uzasadniające wezwanie Odwołujący podał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt KIO 2202/21.

Zamawiający nie może stosować automatyzmu przy stosowaniu art 224 ust. 1 i ust. 2 PZP. Przepisy te oczywiście zawierają generalną regułę badania rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, ale nie nakładają na Zamawiającego bezwzględnego i automatycznego obowiązku wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy. W każdym przypadku Zamawiający musi ocenić, czy okoliczności stanu faktycznego w danym Postępowaniu uzasadniają wezwanie do wyjaśnień. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2020 roku sygn. KIO 2202/21 podając, że nadal zachowuje on aktualność; wyrok z dnia 16 czerwca 2020r. sygn. akt KIO 709/20 i KIO 715/20; wyrok z dnia 22 maja 2020r. sygn. akt 410/20.

Odwołujący podniósł, że skoro w wyniku złożonych wyjaśnień Odwołujący ma rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, to musi w pierwszej kolejności poznać zakres tych wątpliwości. Odwołujący aktualnie nie posiada informacji czy cena, koszt lub którakolwiek ich istotnych części składowych wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu Zamówienia (z jakiego powodu i w jakim zakresie). Zamawiający w treści wezwania w ogóle nie powiązał go z ceną lub cenami wskazanymi w formularzu ofertowym złożonym przez Odwołującego. Odwołujący może zatem jedynie domniemywać, że wątpliwości dotyczą całej ceny zamówienia, ale taki zakres informacji przekazanych przez Zamawiającego, jak wynika z powyżej wskazanego orzecznictwa KIO, jest niewystarczający. Odwołujący podał, że nie wie, jakie właściwie wątpliwości powziął Zamawiający, bowiem nie zostały one wyartykułowane w treści wezwania oraz w jaki sposób przekładają się na niemożność wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, tzn. jakimi wymaganiami i z jakich przepisów. Treść wezwania do wyjaśnień ceny z dnia 6 maja 2022 r. oraz brak uzasadnienia tego wezwania uniemożliwia odniesienie się Odwołującemu w argumentacji co do samej zasadności wezwania. Jak wynika z orzecznictwa KIO, Zamawiający jest zobowiązany określić w treści wezwania w jakim zakresie i w stosunku do jakich części zamówienia lub elementów ceny takie wątpliwości w ogóle występują. Takie działanie Zamawiającego co najmniej utrudnia Odwołującemu złożenie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, przygotowanie dowodów i szczegółowej kalkulacji, a tym samym także późniejszą weryfikację przez Odwołującego prawidłowości oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Rozbieżność wynikająca z okoliczności oczywistych

Odwołujący podał, że w sytuacji, w której rozbieżność pomiędzy ceną złożonej oferty a średnią arytmetyczną ofert wynika z okoliczności oczywistej, Zamawiający nie ma bezwzględnego obowiązku do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, gdyż istnienie okoliczności oczywistej uzasadniającej rozbieżność, o której mowa powyżej, stanowi przesłankę negatywną określoną w art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP.

Wezwanie Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP nie ma zatem charakteru bezwzględnego obowiązku (wyrok z dnia 8 września 2021 r. sygn. akt KIO 2031/21) zgodnie z którym Zamawiający musiał wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Ustawodawca wskazał, że zamawiający nie wzywa do wyjaśnień jeżeli „rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia" (ze strony Odwołującego). Wystosowanie wezwania nie było więc bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego, gdy tylko ziściła się tzw. przesłanka procentowa. Skorzystanie przez Zamawiającego automatycznie z art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP w niniejszym stanie faktycznym nie było uzasadnione, właśnie z uwagi na wyżej wskazane ustawowe zastrzeżenie.

W ocenie Odwołującego za taką „okoliczność oczywistą" Zamawiający powinien uznać sytuację, w której inny wykonawca (CA Consulting S.A.), który złożył ofertę w Postępowaniu zaoferował cenę nadmiernie wysoką, wręcz rażąco wygórowaną (ponad 74 miliony złotych), której uwzględnienie przy ustalaniu średniej arytmetycznej cen automatycznie spowodowało, że realna, rynkowa (rzetelnie skalkulowana) cena zaoferowana przez Odwołującego (w wysokości nawet o kilka milionów powyżej kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia) stała się niższa od średniej arytmetycznej obu złożonych w Postępowaniu ofert o 30%. Cena oferty Odwołującego nie powinna zatem automatycznie być traktowania jako potencjalnie rażąco niska, a tym samym Odwołujący zobowiązany do jej wyjaśnienia, gdy wykonawca konkurencyjny kalkuluje cenę oferty w sposób zupełnie oderwany od uwarunkowań rynkowych. Te okoliczności są znane Zamawiającemu, który przed

wszczęciem poprzedniego postępowania, które zostało unieważnione, prowadził konsultacje rynkowe. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tak np.: wyrok z dnia 17 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1612/21. Tym samym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień pomimo braku takiego ustawowego obowiązku Zamawiającego stanowi także naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. Zamawiający w sposób nieuzasadniony nakłada na Odwołującego dodatkowe, niewynikające z PZP obowiązki, nie badając przy tym z jakich właściwie okoliczności wynika rozbieżność w cenach złożonych ofert.

Odwołujący podał, że uprawdopodobnił naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego, a zarzuty postawione przez Odwołującego są w pełni uzasadnione i zasługują na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 maja 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 6 maja 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 16 maja 2022 roku przesadnego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (w aktach sprawy), informację o wniesionym odwołaniu, wraz z kopią odwołania, przekazał Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 13 maja 2022 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego.

Zgłoszenie przystąpienia, od wykonawcy CA Consulting spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 roku. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana stroną postępowania odwoławczego. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z dnia 25 maja 2022 roku do wykonawcy CA Consulting spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie „Pismo procesowe Przystępującego".

Zamawiający w dniu 26 maja 2022 roku złożył pismo, „Odpowiedź na odwołanie" oświadczając w treści pisma: W odpowiedzi na odwołanie, działając na podstawie art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) Zamawiający składa odpowiedź na odwołanie i uwzględnia odwołanie w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron nie stawił się uczestnik postępowania odwoławczego, który w dniu 18 maja 2022 roku został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia z udziałem stron w przedmiotowej sprawie odwoławczej, co również w dniu 18 maja 2022 roku potwierdził uczestnik postępowania odwoławczego w wiadomości zwrotnej do Krajowej Izby Odwoławczej (w aktach sprawy). Wezwanie na termin skierowane zostało na podany w zgłoszeniu przystąpienia adres email (email pełnomocnika). Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła brak przeszkody w rozpoznaniu sprawy, bowiem uczestnik postepowania był prawidłowo zawiadomiony o terminie. Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na posiedzeniu przez Strony postępowania odwoławczego, jak również stanowiska zawarte w pismach procesowych.

Wobec ustalenia przez Izbę, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku wniesienia do protokołu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości, do czego uprawniony był uczestnik postępowania odwoławczego zgodnie z art. 523 ust. 1 i 2 ustawy, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy w zw. z art. 522 ust. 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Uz. Z 2021 poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....