

WYROK

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2024 r. przez wykonawcę ETA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Bisztynek z siedzibą w Bisztynku (dalej: „Zamawiający”)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2250/24

Uzasadnienie

Gmina Bisztynek z siedzibą w Bisztynku (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji pod nazwą: „Modernizacja kotłowni miejskiej w Bisztynku” (Nr referencyjny: GMP.271.5.2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 maja 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00338578/01.

26 czerwca 2024 r. wykonawca ETA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach (dalej: „Odwołujący” lub „ETA”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 287 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 266 w zw. z art. 260 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty ETA, co utrudnia Odwołującemu przeprowadzenie weryfikacji poprawności czynności Gminy, podczas gdy Zamawiający, odrzucając ofertę złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zobowiązany do wyczerpującego wyjaśnienia podstaw faktycznych i prawnych swojej decyzji;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty ETA z uwagi na niewykazanie, że oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej, w sytuacji w której Zamawiający zamierzał wszcząć nowe postępowanie o szerszym przedmiocie zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia złożone przez ETA w toku Postępowania były wyczerpujące, rzetelne i uzasadniały poziom cenowy przyjęty przez Odwołującego, co nie pozwalało na odrzucenie oferty ETA i nie dawało podstawy do unieważnienia Postępowania;
- 3) art. 255 pkt 3 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego – niepodlegająca odrzuceniu i będąca najkorzystniejszą ofertą – zawiera cenę mieszczącą się w budżecie Gminy, przy jednoczesnym braku innych okoliczności pozwalających na unieważnienie Postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty ETA;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 petitum odwołania ETA podniósł, że jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający zdecydował się odrzucić jego ofertę, ponieważ – jak stwierdził – „na skutek przeprowadzenia postępowania dowodowego Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej”. Odwołujący zaznaczył, że poza powyższym lakonicznym stwierdzeniem w uzasadnieniu trudno jest się doszukać merytorycznej treści, która wyjaśniałaby podstawy decyzji podjętej przez Gminę. Zdaniem ETA w szczególności w uzasadnieniu brakuje wskazania, jakie elementy (albo brak tych elementów) poskutkował najdalej idącą konsekwencją w postaci odrzucenia oferty. Odwołujący wskazał, że nie wie, czy – w ocenie Zamawiającego – ETA np. nie odniósł się do jakichś grup kosztów występujących w Postępowaniu, lub w jakimś zakresie tych kosztów nie poparł stosownymi dowodami, czy też zaistniało jakiekolwiek inne uchybienie. Odwołujący podkreślił, że oprócz przytoczonego powyżej stwierdzenia, Gmina w uzasadnieniu nie podaje żadnych innych okoliczności, które można uznać za podstawę faktyczną odrzucenia oferty ETA. Zamawiający w zasadzie ograniczył się do przedstawienia stanu faktycznego (tzn. że powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia, że wezwał Odwołującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny oraz że Odwołujący odpowiedział na wezwanie). Następnie przywołał treść art. 224 ust. 5 ustawy Pzp i stwierdził, że wyjaśnienia ETA go nie przekonały. Odwołujący nadmienił, że jest przekonany, iż rzetelnie przygotował ofertę i dokonał poprawnej kalkulacji cenowej pozwalającej na realizację zamówienia, a u podstaw odrzucenia jego oferty i unieważnienia Postępowania spoczywa aktualnie zupełnie inna motywacja niż wynikająca z informacji o unieważnieniu Postępowania. Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że uzasadnienie odrzucenia jego oferty nie spełnia wymogów określonych w art. 287 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. ETA podkreślił, że zgodnie z przywołanym powyżej przepisem, w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2 (czyli w trybie podstawowym z możliwością negocjacji), zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący wskazał, że w piśmiennictwie podnosi się, że „w świetle art. 287 ust. 3 PZP, obowiązkiem zamawiającego jest podanie w informacji uzasadnienia faktycznego i prawnego, co ma na celu realizację zasady przejrzystości postępowania. Zapoznanie się z treścią informacji pozwala wykonawcom poznać argumentację i motywy zamawiającego, a także umożliwia dokonanie weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz: wydanie II, H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych). ETA zaznaczył, że powyższe poglądy znalazły potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1848/21).

Odnosząc się do zarzutu nr 2 petitum odwołania ETA wyjaśnił, że niniejszy zarzut jest formułowany „w ciemno”, ponieważ – zgodnie z okolicznościami przedstawionymi przy okazji omawiania zarzutu nr 1 petitum odwołania – Odwołujący w istocie nie wie, co dokładnie zadecydowało o odrzuceniu jego oferty. ETA wskazał, że stoi na stanowisku, iż wyjaśnił zaoferowaną cenę dokładnie, rzetelnie, rzeczowo, ale także adekwatnie do sposobu sformułowania przez Zamawiającego wezwania z dnia 13 czerwca 2024 r. Tymczasem w informacji o odrzuceniu oferty Gmina rozszerzyła zakres rozpoznawania wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do zakresu informacji wymaganych przez Zamawiającego w wezwaniu. Odwołujący podkreślił, że w wezwaniu nie było bowiem kwestii: konieczności odniesienia się do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, konieczności przedstawienia jakiejkolwiek kalkulacji czy wyliczeń oraz wagi dowodów dołączonych do wyjaśnień (Zamawiający nie wyjaśnił, czym są „stosowne” dowody). Gmina nie powołała wyżej wymienionych kwestii w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a właśnie te kwestie, jak można się domyślać z uzasadnienia odrzucenia oferty, brał pod uwagę Zamawiający przy badaniu oferty. ETA podniósł, że niezależnie od powyższego, całokształt okoliczności związanych z rodzajem zamówienia, zawartością oferty, a w końcu samymi wyjaśnieniami pozwalają przyjąć, że Odwołujący należycie wyjaśnił składniki oferty. Po pierwsze, Odwołujący zwrócił uwagę, że zamówienie jest realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj. Obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie niezbędnych prac projektowych, robot rozbiórkowych, budowlanych i instalacyjnych, wykonania instalacji technologicznej, elektrycznej i AKPiA, dostawy materiałów i urządzeń, montaż, rozruchy, przeszkolenie personelu, uzyskanie pozwoleń niezbędnych do przekazania kotłowni biomasowej wraz z urządzeniami towarzyszącymi do eksploatacji i użytkowania. Odwołujący nadmienił, że to zaś oznacza, iż oferta jest sporządzana nie na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego, lecz na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. W dalszej kolejności oznacza to, że kalkulacja cenowa – jako oparta na planowanych kosztach prac projektowych oraz planowanych kosztach robót – obarczona jest dużo wyższym stopniem ogólności, niż ma to miejsce w zamówieniach z dokumentacją projektową przygotowaną przez Zamawiającego. Po drugie, Gmina wymagała od wykonawców złożenia wraz z ofertą załącznika nr 1a, który zawierał szacunkowe zestawienie kosztów. Odwołujący wskazał, że złożył takie zestawienie i zgodnie z systematyką przyjętą przez Zamawiającego, przedstawił koszty przygotowania dokumentacji projektowej, rozbiórki, prac ogólnobudowlanych oraz dostaw i prac montażowych. ETA podkreślił, że ten dokument – w warunkach zamówienia w formule zaprojektuj i wybuduj – stanowi wyliczenie, którego brak Gmina niezasadnie zarzuca Odwołującemu w informacji o unieważnieniu Postępowania. Ponadto ETA

podniósł, że podstawą wezwania wystosowanego przez Zamawiającego nie były wątpliwości dotyczące którejkolwiek pozycji przedstawionej w szacunkowym zestawieniu kosztów, lecz rozbieżność pomiędzy ceną oferty Odwołującego a średnią arytmetyczną ofert oraz wartością zamówienia. Zdaniem ETA to znaczy, że koszty przedstawione w załączniku nr 1a nie były przez Zamawiającego podważane. Po trzecie, Odwołujący nadmienił, że przedłożył wyjaśnienia dowodzące możliwości realizacji zamówienia po zaoferowanej cenie. ETA podniósł, iż wyszczególnił w nich, że: a) kalkulacja została przeprowadzona na podstawie podobnych zamówień realizowanych w bieżącym roku; b) kalkulacja oparta jest o ceny materiałów zmagazynowanych (posiadanych przez ETA) oraz ceny dostawców współpracujących; c) kalkulacja zawiera koszty bezpośrednie (m. in. wynagrodzenia, materiały, paliwo, sprzęt itd.) oraz pośrednie; d) cena kotłowni (stanowiących największy koszt inwestycji) jest ustalana na podstawie umowy partnerskiej z jej producentem i z tego powodu jest z góry doskonale znana Odwołującemu; e) cena wykonania kotłowni i demontażu komina została ukształtowana na podstawie podobnych zamówień realizowanych przez ETA; f) cena wykonania płyt betonowych z podbudową została oszacowana na podstawie ofert podwykonawczych, oraz że został do niej dodana marża Odwołującego; g) do pracy zostanie skierowana 4-osobowa ekipa, a koszt pracy pracownika wynosi 35 zł netto (tym samym ETA nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę). Do wyjaśnień Odwołujący dołączył fakturę proforma oraz dwie oferty handlowe przygotowane dla ETA, które dotyczą materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, m. in. kontenerów, rur, zaworów itd. W ocenie Odwołującego całokształt powyższych okoliczności przesądza o tym, że ETA rzetelnie i przede wszystkim adekwatnie – w stosunku do treści wezwania oraz rodzaju zamówienia – wyjaśnił wszelkie okoliczności związane z ceną oferty. Ponadto Odwołujący podkreślił, że po powzięciu informacji o odrzuceniu jego oferty, skontaktował się telefonicznie z Gminą celem pozyskania informacji o powodach odrzucenia jego oferty. Jak przekazał (ponownie – telefonicznie) pracownik Zamawiającego, powodem odrzucenia oferty i unieważnienia Postępowania było powzięcie przez Gminę wiedzy, że w ramach posiadanych środków finansowych Zamawiający może rozszerzyć zakres przedmiotu zamówienia w kolejnym postępowaniu. Zamówienie jest bowiem dofinansowane z programu Polski Ład i niewykorzystanie pełnej puli środków finansowych oznaczać będzie utratę przyznanych środków. Cena oferty Odwołującego (1,67 mln zł) uświadomiła Zamawiającemu, że w ramach posiadanego budżetu (2 mln zł) ma on przestrzeń na rozszerzenie przedmiotu zamówienia w kolejnym postępowaniu. W przeciwnym wypadku straci on możliwość wykorzystania wolnych środków pochodzących z dofinansowania. Odwołujący nadmienił, że powyższe twierdzenia znajdują potwierdzenie w działaniach podjętych przez Gminę. ETA wskazał, że w dniu 21 czerwca 2024 r. (czyli w tym samym dniu, w którym doszło do unieważnienia Postępowania, w którym ofertę złożył Odwołujący), Zamawiający, nie czekając na „uprawomocnienie” decyzji o unieważnieniu Postępowania, wszczął kolejne postępowanie na modernizację kotłowni miejskiej w Bisztyńku. W drugim postępowaniu doszło jednak do zmiany w zakresie parametrów dostarczanego kotła oraz rozszerzenia przedmiotu zamówienia o pompę ciepła i panele fotowoltaiczne. Zdaniem ETA powyższe dowodzi również realności ceny jego oferty, ponieważ jeżeli Zamawiający, dysponując budżetem 2 mln zł brutto, wszczyna nowe postępowanie i jednocześnie znacznie rozszerza jego zakres, to musi mieć świadomość, że wykonanie zamówienia o węższym zakresie (w unieważnionym Postępowaniu) za cenę 1,67 mln zł brutto jest możliwe. Odwołujący podniósł, że Gmina nie może odrzucić oferty wykonawcy, jeżeli wykonawca odpowiada na wezwanie do wyjaśnienia ceny, a wyliczenie ceny jest uzasadnione w świetle okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach i gdy złożone dowody urealniają przyjęty poziom cen. Z taką sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu. W ocenie ETA tym samym Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty. Gmina tym bardziej nie mogła tego uczynić chcąc wszcząć nowe postępowanie o szerszym przedmiocie zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podniósł, że wobec tego, iż jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jej cena nie przekracza budżetu Zamawiającego, Gmina nie miała podstaw do unieważnienia Postępowania. Dodatkowo – zdaniem ETA – ponieważ przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej i zawężającej, skorzystanie z przesłanki opisanej w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp jako pretekstu do unieważnienia dotychczasowego Postępowania i wszczęcia nowego postępowania o szerszym zakresie, stanowi obrazę przywołanego przepisu.

12 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością

poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IV ust. 1-4 SWZ:

„1. Przedmiotem zamówienia jest modernizacja kotłowni miejskiej w Bisztynku w formule zaprojektuj i wybuduj.

2. Przedmiot umowy obejmuje sporządzenie dokumentacji projektowej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 2454) w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz wykonanie robót budowlanych i montażowych na podstawie projektu.

3. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie niezbędnych prac projektowych, robót rozbiórkowych, budowlanych i instalacyjnych, wykonania instalacji technologicznej, elektrycznej i AKPiA, dostawy materiałów i urządzeń montaż, rozruchy, przeszkolenie personelu, uzyskanie pozwoleń niezbędnych do przekazania kotłowni biomasowej wraz z urządzeniami towarzyszącymi do eksploatacji i użytkowania.

4. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) wraz z załącznikiem stanowiącym załącznik nr 11 do SWZ”.

W myśl postanowień Rozdziału XII pkt 2 lit. a) SWZ „Ofertę składa się na formularzu cenowym – zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć: a) szacunkowe zestawienie kosztów – załącznik nr 1a do SWZ”.

Zamawiający w Rozdziale XV pkt 1-2 SWZ wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami ofert: Cena ofertowa brutto (60 %) oraz Okres gwarancji jakości i rękojmi (40 %).

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 2 290 000,00 zł netto.

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2 000 000,00 zł brutto.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 10 czerwca 2024 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

- 1) oferta wykonawcy Costa Eco Energy sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie – cena oferty brutto: 3 198 000,00 zł, okres gwarancji jakości i rękojmi: 84 m-ce;
- 2) oferta wykonawcy P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Sanitarne W.P. z siedzibą w Ciechanowie – cena oferty brutto: 3 129 856,00 zł, okres gwarancji jakości i rękojmi: 84 m-ce;
- 3) oferta wykonawcy ETA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach – cena oferty brutto: 1 672 838,00 zł, okres gwarancji jakości i rękojmi: 84 m-ce.

Pismem z dnia 13 czerwca 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny o następującej treści:

„(...) związku z tym, że cena Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający żąda złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający w szczególności żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 2, 4 i 6 powołanej na wstępie ustawy. W toku badania ofert zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (SWZ) i w związku z tym złożona oferta może zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający opiera swą wątpliwość na tym, że oferowana cena za realizację zamówienia jest niższa o 41 % od wartości powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 37 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 (...).”

W odpowiedzi na rzecone wezwanie Odwołujący przedłożył Zamawiającemu pismo zatytułowane „Wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny” wraz z załącznikami w postaci faktury proforma oraz ofert handlowych.

Pismem z dnia 21 czerwca 2024 r., Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu Postępowania, podając następujące uzasadnienie:

„Uzasadnienie prawne:

na podstawie art. 254 pkt 2 w związku z art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub cena z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

w związku z prowadzonym postępowaniem w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na zadanie pn. „Modernizacja kotłowni miejskiej w Bisztynku”, w terminie składania ofert tj. do dnia 10.06.2024 r. do godz. 10:00 wpłynęły 3 oferty:

Nr oferty	Wykonawca	Cena brutto	Okres gwarancji jakości i rękojmi
1.	Costa Eco Energy sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie	3 198 000,00 zł	84 m-ce
2.	Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Sanitarne W.P. z siedzibą w Ciechanowie	3 129 856,00 zł	84 m-ce
3.	ETA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach	1 672 838,00 zł	84 m-ce

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 2.000.000,00 zł brutto.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty nr 3:

Oferta nr 3 złożona przez ETA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach, została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że 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. W toku badania ofert zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (SWZ). Zamawiający oparł swoją wątpliwość na tym, że oferowana cena na realizację zamówienia jest niższa o 41 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 37 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający w szczególności żądał wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp. W wyznaczonym terminie wpłynęły złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami. Na skutek przeprowadzenia postępowania dowodowego Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien przekonać Zamawiającego, że podana cena jest rynkowa i pozwala na profesjonalną realizację zamówienia opisanego szczegółowo w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU). Ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy więc to on powinien zadbać o jakość swoich argumentów, poprzeć je stosownymi dowodami i kalkulacjami. Składane wyjaśnienia powinny być konkretne, szczegółowe i rzeczowe, a także powinny opierać się na wyliczeniach, które wykażą zaproponowaną cenę w ofercie Wykonawcy. (...) Wykonawca nie rozwiął wątpliwości Zamawiającego co do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem oferty (...).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 255 pkt 3 ustawy Pzp „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:(...); 3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty; (...)”.

Stosownie do brzmienia art. 260 ustawy Pzp:

„1. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania”.

Art. 266 ustawy Pzp stanowi: „Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej”.

Zgodnie z art. 287 ust. 3 ustawy Pzp:

„(...)

3. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach:

1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,

2) których oferty zostały odrzucone,

3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

(...)”.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (...)”.

Stosownie do brzmienia 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”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności zasadnym jest wskazanie, że „(...) Przedmiotem rozważań KIO, a w konsekwencji także sądu mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi przez sąd. Słuszne jest więc dokonanie rozstrzygnięcia w oparciu o to co (i jak) zamawiający zakomunikował wykonawcom w trakcie postępowania przetargowego. Ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego musi być dokonana wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (...); (...) Prawidłowe działania zamawiającego powinny zawsze polegać na powoływaniu w decyzjach o odrzuceniu danej oferty konkretnych przyczyn, z powodu których zamawiający się na to decyduje. Jeśli zamawiający uważa, iż wykonawca popełnił konkretne błędy, to te konkretne uchybienia powinny być zostać wyraźnie wskazane w treści decyzji o odrzuceniu oferty. Nie jest natomiast prawidłowe zachowanie zamawiającego, który najpierw odrzuca ofertę, a dopiero później (na etapie postępowania przed KIO, albo sądem) wskazuje nowe podstawy faktyczne i prawne tej decyzji (...)” (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 108/21; por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 9 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21; z dnia 16 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 593/23; z dnia 27 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1672/21; z dnia 17 października 2014 r. o sygn. akt KIO 2028/14; z dnia 13 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1848/21; z dnia 2 sierpnia 2016 r. o sygn. akt KIO 1346/16; z dnia 11 lipca 2017 r. o sygn. akt KIO 1290/17; z dnia 15 kwietnia 2024 r. o sygn. akt KIO 1073/24 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 15 lipca 2011 r. o sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11). Zasadnym wydaje się w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „(...) W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po

poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Universale-Bau i in.*, pkt 78) (...)."

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że skoro Gmina podjęła decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w piśmie z dnia 21 czerwca 2024 r., to również tam powinna była przedstawić pełne oraz precyzyjne uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Należy zauważyć, że przepis art. 287 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, który ma zastosowanie w przypadku trybu podstawowego z możliwością prowadzenia negocjacji, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania, równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji czy przejrzystość postępowania, podobnie jak przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znajdujący się w Dziale II ustawy Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno zatem wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Gminy. Ponadto należy podkreślić, że ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w zawiadomieniu z dnia 21 czerwca 2024 r. Wobec powyższego Izba oceniała zasadność zarzutów odwołania jedynie w kontekście stanowiska Zamawiającego, które przekazał ETA przy odrzuceniu jego oferty i w konsekwencji unieważnieniu Postępowania. Nie może być bowiem akceptowane dążenie przez Gminę do uzupełniania uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego na etapie postępowania odwoławczego, na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie. Wszelkie nowe kwestie, które nie znalazły odzwierciedlenia w treści przekazanego przez Zamawiającego pisemnego zawiadomienia z dnia 21 czerwca 2024 r. (vide: pkt 4b-4f odpowiedzi na odwołanie) należało zatem uznać za spóźnione i jako takie pozostawały bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Zdaniem składu orzekającego takie działanie Zamawiającego jednocześnie potwierdza, że argumentacja przedstawiona przez Gminę w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie jest wystarczająca do uznania, że Zamawiający przedstawił pełne i jasne uzasadnienie rzeczowej czynności.

W rozpoznawanej sprawie Gmina nie podała precyzyjnego uzasadnienia faktycznego w zakresie podjętej czynności odrzucenia oferty ETA. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, iż na skutek przeprowadzenia postępowania dowodowego „uznał, że wykonawca nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”. Gmina nie przedstawiła jednak żadnej merytorycznej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Gmina stwierdziła, że „Wykonawca nie rozwiał wątpliwości Zamawiającego co do podejrzenia rażąco niskiej ceny”. Zamawiający nie wskazał, dlaczego złożone wyjaśnienia uznał za niekompletne lub niewiarygodne. Słusznie podniósł ETA w treści odwołania, że w uzasadnieniu brakuje wskazania, jakie elementy (albo brak tych elementów) skutkowały najdalej idącą konsekwencją w postaci odrzucenia oferty. Gmina stwierdziła, że jej zdaniem „złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (...)”. Nie wiadomo jednak, jakie dowody Zamawiający uznał za niewystarczające i z jakiego powodu. Gmina nie wskazała również czy ETA nie odniósł się w wyjaśnieniach do jakichś grup kosztów występujących w Postępowaniu lub w jakimś zakresie tych kosztów nie poparł stosownymi dowodami, czy też zaistniało jakiekolwiek inne uchybienie. Argumentacja w tym zakresie została przedstawiona dopiero w odpowiedzi na odwołanie, a zatem – jak już wskazano powyżej – nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Innymi słowy uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego ma charakter ogólnikowej analizy, nieodnoszącej się do argumentacji zawartej w przedłożonych przez ETA wyjaśnieniach.

Reasumując, stwierdzić należy, że – biorąc pod uwagę dokonaną ocenę treści zawiadomienia z dnia 21 czerwca 2024 r. – brak było podstaw do uznania podjętych przez Gminę czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i w konsekwencji unieważnienia Postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp za prawidłowe i odpowiadające przepisom ustawy Pzp.

W świetle powyższego – w ocenie Izby – rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik niniejszego Postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....