Sygn. akt: KIO 3300/23

WYROK
z dnia 20 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Maria Kacprzyk
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez **wykonawcę ALTERECO sp. z o.o. z siedzibą w Iwierzycach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Lubenia**
przy udziale **wykonawcy AKAR sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3300/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień z dnia 30 października 2023 r. oraz dalsze badanie i ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;
   2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 918,23 zł (trzynaście tysięcy dziewięćset osiemnaście złotych dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

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 2023 r. poz. 1605 z późn. 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.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt: KIO 3300/23

U z a s a d n i e n i e

W dniu 6 listopada 2023 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej zwanej „ustawą Pzp") wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego – Gminy Lubenia, podjętą w postępowaniu pod nazwą: *„Rozwój Infrastruktury Gmina Lubenia. Zadanie 1 Budowa wraz z wyposażeniem miejsca opieki nad dziećmi do lat trzech w miejscowości Siedliska",* numer referencyjny 271/20/2023, polegającą na bezpodstawnym wezwaniu Odwołującego do doprecyzowania wyjaśnień złożonych uprzednio w dniu 11 września 2023 r. i w dniu 20 października 2023 r. oraz żądaniu wskazania cen jednostkowych dostaw według zestawienia przedłożonego przez Zamawiającego oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów: art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne ich zastosowanie skutkujące bezpodstawnym wezwaniem Odwołującego do doprecyzowania wyjaśnień złożonych uprzednio w dniu 11 września 2023 r. i w dniu 20 października 2023 r.
i żądaniem wskazania cen jednostkowych dostaw według zestawienia przedłożonego przez Zamawiającego oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, pomimo iż ani oferowana cena, ani istotne części składowe nie są rażąco niskie i obiektywnie rzecz ujmując nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego z dnia 30 października 2023 r. (omyłkowo datowanej na dzień 31 października 2023 r.) oraz nakazanie przeprowadzenia badania i oceny oferty na podstawie złożonych uprzednio wyjaśnień z dnia 11 września 2023 r. i dnia 20 października 2023 r., jako wykazujących realność ceny ofertowej i poszczególnych części składowych.

Odwołujący skonstruował także zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów przedstawionych powyżej, wnosząc o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, z rzeczowym uzasadnieniem podstawy tego żądania w celu wykazania, iż istotna część składowa (pomimo iż w formularzu oferty Zamawiający nie zobowiązał Wykonawców do wskazania cen

składowych) faktycznie budzi jego wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, a jednocześnie całkowita cena oferty nie jest przez Zamawiającego kwestionowana.
Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia wniosków odwołania, jego oferta zostanie poddana dalszej ocenie, w wyniku której może - a w jego ocenie zostanie na pewno - uznana za najkorzystniejszą. Z kolei w przypadku oddalenia odwołania, sformalizowane podejście Zamawiającego do badania wyjaśnień i oceny dowodów może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego, co stanowi o możliwości poniesienia przez niego szkody.
W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący przytoczył przepisy stanowiące o procesie badania rażąco niskiej ceny, jak również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał, że wartość zakresu, który jest obecnie przedmiotem zainteresowania Zamawiającego
(i na który żąda złożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego) została według kosztorysu inwestorskiego wyceniona na zaledwie 298 711,00 zł netto (367 414,53 zł brutto), natomiast Odwołujący wycenił ten zakres na 882 710,45 zł netto (1 085 733,85 zł brutto). Podkreślił, że cena ofertowa Odwołującego za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jest jedynie o 13,2% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, co jego zdaniem potwierdza, że została poprawnie skalkulowana. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał żadnych uzasadnionych podstaw do żądania doprecyzowania złożonych uprzednio wyjaśnień z dnia 11 września 2023 r. i dnia 20 października 2023 r., a czynność ta narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny, tj. poprzez podejmowanie czynności, które są nadmierne i wykraczają poza to, co jest konieczne podczas czynności badania i oceny oferty. Jego zdaniem, Zamawiający nie może jedynie w celu zaspokojenia swoich obaw, nadużywać instrumentów przewidzianych w ustawie Pzp.
W dniu 15 listopada 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu wskazał, że w każdym przypadku, kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia) lub poweźmie wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego – lub wynikające z odrębnych przepisów – wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przytoczył także brzmienie przepisów oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.
Zamawiający wskazał, że cena oferty Odwołującego jest o 36,84% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Zamawiający miał zatem obowiązek, aby w realiach niniejszej sprawy wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co uczynił po raz pierwszy pismem z dnia 4 września 2023 roku.
Zamawiający, nawiązując do postępowania odwoławczego toczącego się pod sygnaturą akt KIO 2873/23, w którym uwzględnił zarzuty w całości, podkreślił, że unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 26 września 2023 r. i przystąpił do ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Po złożonych przez Odwołującego w dniu 20 października 2023 r. drugich wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający powziął dalsze wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w związku z czym skierował do Odwołującego w dniu 30 października 2023 roku trzecie wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wskazania cen jednostkowych dostaw według zestawienia przedłożonego przez Zamawiającego. Sprzeciwił się także naruszeniu zasady proporcjonalności, podkreślając, że cel, jaki zamierzał osiągnąć, stanowiło rozwianie wątpliwości
co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia.
Na posiedzeniu Strony podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.
Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wyartykułował w wezwaniu wątpliwości, jakie powziął. Zwrócił także uwagę, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a tym samym rozliczenie będzie następowało niezależnie od wyceny zawartej w kosztorysach.
Zamawiający wskazał, że wezwanie skierowane do Odwołującego było wystosowane ze względu na wyjaśnianie tej kwestii przez innego wykonawcę (Przystępującego) i konieczność równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że jednym z podwykonawców wskazanych w pierwszych wyjaśnieniach była spółka niewypłacalna, czemu Odwołujący zaprzeczył, argumentując, że spółka ta nie jest podwykonawcą, a jego oferta miała jedynie potwierdzać rynkowość zaoferowanej ceny.
Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:
Zamawiający – Gmina Lubenia, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „*Rozwój Infrastruktury Gmina Lubenia. Zadanie 1 Budowa wraz z wyposażeniem miejsca opieki*

nad dziećmi do lat trzech w miejscowości Siedliska", numer referencyjny 271/20/2023.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00343314 w dniu 7 sierpnia 2023 roku. W odpowiedzi na ogłoszenie, do Zamawiającego wpłynęły w zakresie Zadania 1 cztery oferty:

Wykonawca	Cena oferty brutto
AKAR sp. z o.o. (Przystępujący)	4 239 423,64 zł
Przedsiębiorstwo Budowano – Instalacyjne BUDOMAX Biały, Kuźniar Sp.j	5 486 009, 36 zł
Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POLBUD Szczepański Tadeusz	11 498 020,00 zł
ALTERECO sp. z o.o. (Odwołujący)	3 979 500,00 zł

Zamawiający w dniu 4 września 2023 r. wystosował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z uwagi na fakt, że cena jego oferty była o 36,48% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych oferty niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny ryczałtowej wraz z dowodami (m. in. wykaz pracowników, sprzętu i oferty podwykonawców) wraz kosztorysem ofertowym, w którym przedstawił kalkulację dotyczącą poszczególnego asortymentu robót.
Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 8 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz na podstawie art. 226 ust. 5 ustawy Pzp uznając, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. W dniu 27 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty dla zadania 1 i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, z uwagi na wniesione odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2873/23 i uwzględnienie jego zarzutów w całości.
W dniu 17 października 2023 r. Zamawiający wystosował drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji wyspecyfikowanych w wezwaniu pominiętych pozycji, uwzględnienia materiałów opisanych w przedmiarze robót oraz do oświadczenia, czy wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie wymaganiami wynikającymi z przedmiaru robót. Odwołujący w terminie wyznaczonym udzielił wyjaśnień wyjaśniając sposób kalkulacji oraz potwierdzając zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego. W dniu 30 października 2023 r. (pismo omyłkowo datowane na dzień 31 października 2023 r.) Zamawiający wystosował do Wykonawcy kolejne (trzecie) wezwanie, w którym zażądał wskazania cen jednostkowych dostaw według zestawienia dołączonego do wezwania, załączając dokumentację z Postępowania w zakresie wyposażenia żłobka. Przedmiotowa czynność została przez Odwołującego zaskarżona.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.
Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.
Izba ustaliła, że w ustawowym terminie do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca AKAR sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (Przystępującym). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.
Odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości, zaś podniesiony zarzut potwierdził się.
Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przywołany przepis może stanowić podstawę czynności zamawiającego podejmowanej wobec przedłożonych już przez wykonawcę wyjaśnień. Każdorazowo jednakże materialną przesłanką wezwania jest podejrzenie rażąco niskiego charaktery ceny lub wątpliwości, czy gwarantuje ona wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone pierwotne wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne, lecz budzą wątpliwości zamawiającego i zachodzi konieczność dopytania (nie wezwania o ponowne złożenie wyjaśnień) wykonawcę w tym zakresie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 28 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 288/17).
W przedmiotowej sprawie powyższa przesłanka nie wystąpiła. Zamawiający przyznał, że wezwanie zostało skierowane do Odwołującego w związku z przyjęciem tego samego zakresu wobec innego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zasada równego traktowania nie może być jednak ujmowana w tak prosty sposób, nakazujący podejmowanie dokładnie tych samych czynności wobec wszystkich wykonawców. Odwołujący udzielając w dniu 20

października 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie oświadczył, że ceny jednostkowe wyposażenia żłobka zostały częściowo zagregowane w jedną pozycję kosztorysu i konkretna wątpliwość Zamawiającego co do wysokości tej ceny powinna stanowić podstawę do wezwania. Argumentacja Zamawiającego dotycząca niewypłacalności jednego z podwykonawców zgłoszonych przez Odwołującego, która miałaby uzasadniać wątpliwości co do zaoferowanej ceny, jest chybiona. Odwołujący zadeklarował, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie, zaś oferty innych firm (nazywanych podwykonawcami) na wykonanie zadania dołączone do wyjaśnień z dnia 11 września 2023 r. miały obrazować realność zaoferowanej ceny. W tym zakresie Izba odmówiła mocy dowodowej przedłożonemu przez Zamawiającego dowodowi.
Co istotne, Zamawiający do wezwania z dnia 30 października 2023 r., dołączył szereg dokumentacji, dotyczącej całego wyposażenia żłobka, w tym mebli, okładzin ściennych, posadzki i sufitu. Odwołujący prawidłowo – bazując na przyznaniu w toku rozprawy Zamawiającego - przyjął, że wobec zawarcia tych elementów w odrębnych pozycjach kosztorysu, wezwanie dotyczy jedynie dostaw drobnego wyposażenia ruchomego, takich jak pomoce dydaktyczne i zabawki. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Izby, każde wezwanie,
a w szczególności wezwanie do wyjaśnień winno być precyzyjne i określać treść pytania, jego cel, zakres, tj. jakiego dokumentu dotyczy oraz jakich zagadnień. Nadto, celem wykluczenia ewentualnych różnić nomenklaturowych zawierać wniosek o wskazanie, w którym fragmencie złożonego dokumentu znajduje się informacja budząca wątpliwości zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2098/16).
W przedmiotowej sprawie wezwanie trudno uznać za precyzyjne i obrazujące wątpliwości Zamawiającego. Oprócz przytoczenia treści przepisu stanowiącego jego podstawę, Zamawiający nie wskazał, jaki element wyjaśnień Odwołującego z dnia 11 września 2023 r. oraz 20 października 2023 r. wzbudził jego wątpliwości. Jednocześnie, za nieuzasadnione należy uznać wzywanie do przedstawienia ceny jednostkowej wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny dla każdej pozycji drobnego wyposażenia żłobka. Na przedmiotowe wyposażenie składają się zabawki takie jak piłki, lalki, klocki, puzzle czy gry, ale też przybory piśmiennicze, jak flamastry czy pędzle do malowania. Odwołujący w treści wyjaśnień z dnia 20 października 2023 r. potwierdził, że nie pominął cen spornych pomocy dydaktycznych i zabawek, lecz zsumował je w jednej pozycji, oświadczając dodatkowo, że wykona całość zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Nie należy bowiem tracić z pola widzenia, że kosztorys przedłożony wraz z wyjaśnieniami był dokumentem służącym kalkulacji ceny i ze swojej istoty poziom jego szczegółowości nie musiał odpowiadać każdej pozycji przedmiaru robót – miał on bowiem wykazać, że całość prac została wyceniona, zaś zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej. W tak ujętym oświadczeniu Odwołującego, bez konkretnych wątpliwości po stronie Zamawiającego, wezwanie z dnia 30 października 2023 r. należało uznać za naruszające przepisy ustawy Pzp. Naruszenie to w myśl art. 554 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania w zakresie badania oferty Odwołującego pod względem zaoferowanej ceny, stąd też odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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. 2020 r. poz. 2437). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia zgodnie z wnioskiem i przedłożonymi rachunkami, tj. koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł oraz koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę w wysokości połowy kwoty wynikającej z przedłożonych faktur na paliwo. Biorąc pod uwagę odległość siedziby Odwołującego do siedziby Izby oraz koszty paliwa, Izba uznała za wygórowany przedstawiony rachunek. W tym przypadku Izba miała również na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale (z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn.. akt III CZP 26/16) w zakresie kosztów przejazdu do sądu, uznając, że uzasadnione będą koszty rzeczywiście poniesione. W konsekwencji Izba uznała za zasadne zasądzenie połowy wnioskowanej kwoty w wysokości 318,23 zł.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……