Sygn. akt: KIO 83/20

WYROK

z dnia 24 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 24 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 stycznia 2020 r. przez Odwołujących: S. K., M. B. i B. M. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą KBM Sieci s. c. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Kije z siedzibą w Kijach

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

   1.1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części oznaczonych jako Zadanie nr 1 i Zadanie nr 3,

   1.2 unieważnienie czynności sprostowania kwot przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia,

   1.3 dokonanie czynności oceny oferty złożonej w postępowaniu w zakresie części postępowania oznaczonych jako Zadanie nr 1 i Zadanie nr 3.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Gmina Kije z siedzibą w Kijach (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa wodomierzy statycznych dla Gminy Kije, Morawica oraz Sobków", numer: GIROŚ.27.6.2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 października 2019 r. pod numerem 2019/S 194-471005. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 15 stycznia 2020 r. wykonawcy: S. K., M. B. i B. M. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą KBM Sieci s. c. z siedzibą w Kielcach (Dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy nie ziściła się przesłanka do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny oferty Odwołującego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający w Informacji z otwarcia ofert opublikowanej w Biuletynie Informacji Publicznej 14 listopada 2019 r. podał, że przeznaczył na sfinansowanie zamówienia:

1. dla zadania nr 1: 1 081 111,01 zł brutto,
2. dla zadania nr 2: 2 631 124,00 zł brutto,
3. dla zadania nr 3: 1 468 613,00 zł brutto.

Jedyną ofertę w postępowaniu złożył Odwołujący z ceną:

1. dla zadania nr 1: 830 000,00 zł brutto,
2. dla zadania nr 2: 2 830 000,00 zł brutto,
3. dla zadania nr 3: 1 350 000,00 zł brutto.

Cena oferty Odwołującego dla zadania 1 i 3 nie przekraczała podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. 13 grudnia 2019 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Informacji Publicznej dokument pn. „Zbiorcze Zestawienie ofert SPROSTOWANIE", w którym wskazał, że w zbiorczym zestawieniu z 13 listopada 2019 r. omyłkowo wskazał nieprawidłowe kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia bez wyjaśnienia na czym pomyłka polegała. W związku z powyższym Zamawiający dokonał następującego sprostowania zestawienia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia:

1. dla zadania 1: 700 239,00 zł brutto,
2. dla zadania 2: 2 260 740,00 zł brutto,
3. dla zadania 3: 1 109 829,00 zł brutto,

w związku z czym kwoty podane przez Zamawiającego w dokumencie pn. „Zbiorcze Zestawienie ofert SPROSTOWANIE" stały się niższe, niż cena oferty Odwołującego dla każdego zadania w postępowaniu. Zamawiający następnie przekazał Odwołującemu 7 stycznia 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej informację o unieważnieniu postępowania w części 1, 2, i 3. Informacja o unieważnieniu Postępowania opublikowana została również dnia 7 stycznia 2020 r. w Biuletynie Informacji Publicznej. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego cena najkorzystniejszej oferty na zadanie od 1 do 3 przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, dlatego też stosownie do postanowień art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp postępowanie unieważniono.

Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający unieważnił Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp porównując cenę oferty Odwołującego dla zadania 1, 2 i 3 z kwotami wskazanymi przez Zamawiającego w dokumencie pn. „Zbiorcze zestawienie ofert. SPROSTOWANIE" zamiast z kwotami podanymi bezpośrednio przed otwarciem ofert, stosownie do art. 86 ust. 3 Pzp oraz podanymi w Informacji z otwarcia ofert, opublikowanej w Biuletynie Informacji Publicznej na podstawie art. 86 ust. 5 pkt 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego rażąco naruszyło art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Rozwiązanie wyrażone w art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Pzp jest odzwierciedleniem naczelnych zasad Prawa zamówień publicznych, a mianowicie zasady jawności i zasady przejrzystości postępowania, co jednocześnie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego działanie Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania w części 1 i 3 było rażąco bezprawne. Żadne obniżenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, a następnie w informacji z otwarcia ofert opublikowanej na stronie internetowej, nie było możliwe, nawet w sytuacji zaistnienia omyłki. Instytucja unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem charakter wyjątkowy zatem katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 Pzp jest katalogiem zamkniętym i nie może być wykładany rozszerzająco. Nie bez powodu ustawodawca w art. 86 ust. 3 Pzp zdecydował, iż przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia należy podać przed otwarciem ofert, a zatem przed momentem, kiedy Zamawiający może zapoznać się z ich treścią. Pomiędzy publikacją w Biuletynie Informacji Publicznej Informacji z Otwarcia ofert (14 listopada 2019 r.), a publikacją dokumentu pn. „Zbiorcze Zestawienie ofert SPROSTOWANIE" upłynął niemal miesiąc. Wymienione wcześniej dokumenty nie były opatrzone datami, a zatem weryfikacja momentu ich publikacji w Biuletynie Informacji Publicznej możliwa była za pomocą funkcjonalności „rejestr zmian". Zamawiający miał niemal miesiąc na możliwość weryfikacji oferty złożonej w postępowaniu, zarówno w zakresie przesłanek wykluczenia i odrzucenia, jak i w zakresie ceny, a następnie dokonania zmiany kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w ten sposób, aby postępowanie mogło zostać unieważnione, co było w sprzeczności z funkcją gwarancyjną rozwiązania przewidzianego w art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Pzp. Znamienny w tych okolicznościach był również fakt, że pomiędzy publikacją Informacji o unieważnieniu postępowania, a publikacją Informacji z otwarcia ofert i dokumentu pn. „Zbiorcze Zestawienie ofert SPROSTOWANIE" minęło odpowiednio prawie dwa miesiące i prawie jeden miesiąc. W dodatku unieważnienie postępowania nastąpiło na kilka dni przed upływem terminu związania ofertą Odwołującego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W toku rozprawy Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o przeprowadzenie dowodu z:

1. Wniosku RPSW.07.01.00-IZ.00-26-138/17 o dofinansowanie projektu „Rozwój elektronicznych usług publicznych na terenie Gminy Kije, Miasta i Gminy Morawica i Gminy Sobków (dowód nr 1).

2. Załącznik nr 2 do Wniosku RPSW.07.01.00-IZ.00-26-138/17 wraz z ofertami (dowód nr 2).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy", przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

W oparciu o przeprowadzony dowód z dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że:

1. zgodnie z Protokołem z komisyjnego otwarcia ofert złożonych na przetarg w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawa wodomierzy statycznych dla Gminy Kije, Morawica oraz Sobków", 13 listopada 2019 r., bezpośrednio przed otwarciem ofert „Przewodniczący Komisji przedstawił ogólną kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia przez zamawiającego Zadanie nr 1: 700 239 zł brutto, Zadanie 2: 2 260 740,00 zł brutto, Zadanie 3: 1 109 829,00 zł brutto",

2. w Zbiorczym zestawieniu ofert opublikowanym według zgodnych oświadczeń Stron 13 listopada 2019 r. (w formie skanu papierowego dokumentu podpisanego przez Wójta Gminy Kije, bez daty sporządzenia) na stronie internetowej Zamawiającego podane zostały następujące kwoty przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia: dla Zadania nr 1: 1 081 111,01 zł brutto, dla Zadania nr 2: 2 631 124,00 zł brutto, dla Zadania nr 3: 1 468 613,00 zł brutto,

3. Zamawiający, według zgodnych oświadczeń Stron, 13 grudnia 2019 r. opublikował na swojej stronie internetowej sprostowanie (w formie skanu papierowego dokumentu podpisanego przez Wójta Gminy Kije, bez daty sporządzenia) ww. Zbiorczego zestawienia ofert wskazując m. in.: „Zamawiający w zbiorczym zestawieniu ofert zamieszczonym na stronie dnia 13.11.2019 omyłkowo wskazał nieprawidłowe kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający dokonuje sprostowania zestawienia, które otrzymuje brzmienie: Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia: Zadanie nr 1: 700 239 zł, brutto Zadanie 2: 2 260 740,00 zł brutto, Zadanie 3: 1 109 829,00 zł brutto";

4. 7 stycznia 2020 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego Informację o unieważnieniu postępowania oraz opublikował tą informację na swojej stronie internetowej (wg zgodnych oświadczeń Stron również 7 stycznia 2020 r.); w treści informacji Zamawiający wskazał m .in.: „Wypełniając zobowiązania wynikające z postanowień art. 93 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) Zamawiający informuje, że w przedmiotowym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cena najkorzystniejszej oferty

na zadanie od 1 do 3 przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, dlatego też stosownie do zapisów art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy postępowanie unieważniono".

Odwołujący w toku rozprawy kwestionował twierdzenie Zamawiającego, iż kwoty przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia podane bezpośrednio przed otwarciem ofert były prawidłowe. Zamawiający z kolei wskazał, że Odwołujący nie mógł mieć wiedzy w tym zakresie, ponieważ w czynności otwarcia ofert nie uczestniczył żaden przedstawiciel Odwołującego.

Zarzut odwołania potwierdził się. Czynność upublicznienia kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia służy wykluczeniu możliwości zaistnienia sytuacji, w której Zamawiający wykorzystałby przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jako swego rodzaju furtkę do unieważnienia postępowania o udzielenia zamówienia na etapie po otwarciu ofert z przyczyn innych niż enumeratywnie wymienione w art. 93 Pzp. Katalog podstaw do unieważnienia postępowania wskazanych w art. 93 Pzp ma charakter zamknięty. Obniżanie po czynności otwarcia ofert kwot przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia, prowadziłoby do dowolnego rozszerzania faktycznych podstaw unieważniania postępowań - zamawiający, niezależnie od rzeczywistego przebiegu postępowania, w każdym przypadku mogliby je unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp odpowiednio obniżyć przedmiotową kwotę.

W myśl wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady przejrzystości, na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia. Celem tej czynności jest umożliwienie weryfikacji przez wszystkich zainteresowanych, czy zaistniały przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W ten sposób każda z osób biorących udział w czynności otwarcia ofert może samodzielnie ocenić, już w momencie otwarcia tych ofert, czy ceny złożonych w postępowaniu ofert nie przekraczają kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Oczywiście możliwa jest sytuacja, że z postępowania odrzucone zostaną oferty, które mieściły się w założonym budżecie na realizację zadania, co nie prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości postępowania, ponieważ każdy z uczestników

postępowania jest w stanie samodzielnie ocenić, czy zamawiający po odrzuceniu części ofert ma podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zmiana podanej do publicznej wiadomości kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia:

1. niweczyłaby możliwość samodzielnej kontroli przez wykonawców zaistnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp,

2. dawałoby zamawiającemu faktyczną możliwość do unieważnienia postępowania na każdym jego etapie po otwarciu ofert, z każdego powodu - również nie ujętego w katalogu określonym w art. 93 Pzp.

Z uwagi na gwarancyjny charakter rozwiązania wyrażonego w art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Pzp zamawiający jest związany wysokością kwoty jaką przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem zachowanie szczególnej staranności podczas podawania tej kwoty do publicznej wiadomości - zarówno bezpośrednio przed otwarciem ofert jak i przy jej publikacji na stronie internetowej. Skutkami braku zachowania takiej staranności nie mogą być obarczani wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

Izba uznała za nieistotną dla rozstrzygnięcia sprawy kwestię, czy Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał prawidłowe kwoty przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia, a na stronie internetowej opublikował błędne, czy też kwoty podane bezpośrednio przed otwarciem ofert były tożsame z opublikowanymi na stronie internetowej. Zamawiający bez wątpienia dokonał czynności sprostowania tych kwot, a czynność ta - nie zależnie od jej przyczyn - była niedopuszczalna. Za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała również przyczyny, dla których Zamawiający zdecydował się dokonać sprostowania ww. kwot. Z tego względu dowody nr 1 i 2 zostały uznane za nieprzydatne.

Zarzut odwołania potwierdził się w zakresie wszystkich trzech części przedmiotu zamówienia. Na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp Izba oddaliła zarzut w zakresie dotyczącym części nr 2 przedmiotu zamówienia uznając, że stwierdzone naruszenie przepisu nie miało wpływu na wynik postępowania. Nie ma wątpliwości, że w zakresie części nr 2 przedmiotu zamówienia kwota przeznaczona na realizację przedmiotu zamówienia była niższa niż cena oferty Odwołującego dla tej części postępowania. Tym samym w zakresie części nr 2 postępowania zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).