Sygn. akt: KIO 291/21

WYROK

z dnia 23 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Malczyce

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w stosunku do wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunalnego Hemiz - Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Prochowicach oraz wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Malczyce i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy tytułem wpisu od odwołania,

2.2zasądza od Gminy Malczyce na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz 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.

Przewodniczący……

Sygn. akt: KIO 291/21

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

Zamawiający:Gmina Malczyce wszczął **postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.** „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami do budynków mieszkalnych dla całej miejscowości Rusko - gm. Malczyce wraz z odprowadzaniem ścieków do istniejącej sieci kanalizacji sanitarnej zlokalizowanej w m. Malczyce przy ulicy Różanej - ETAP I oraz budowa sieci wodociągowej w m. Rusko- gm. Malczyce na działkach nr: 105/2 i 105/11”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 grudnia 2020 r. pod nr 765699-N-2020.

W dniu 22 stycznia 2021r. Odwołujący: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych EKO-WOD Sp. z o.o. z siedzibą Świdnicy powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Komunalnego Hemiz - Bis Sp. z o.o.

W dniu 27 stycznia 2021 r. Odwołujący działając na podstawie i w trybie art. 513 pkt 1) i 2) w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r.) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający swoim działaniem i zaniechaniem naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

1)art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień oferty Przedsiębiorstwa Komunalnego Hemiz - Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Prochowicach, jak również Przedsiębiorstwa Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy pomimo, że wykonawcy ci winni być wezwani do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,

2)art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Przedsiębiorstwa Komunalnego Hemiz - Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Prochowicach, pomimo tego, że wykonawca ten

powinien być wezwany do wyjaśnień przed dokonaniem wyboru jego oferty.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Komunalnego Hemiz - Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Prochowicach, zwanego dalej Hemiz,

2)wezwanie Hemiz jak również Przedsiębiorstwa Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 29 grudnia 2020 r. dokonał otwarcia ofert i wskazał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to jest 3 800 000 PLN brutto. Kwota ta jest zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej 3.861.397,60 zł brutto.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert do terminu składania ofert złożono następujące oferty:

1)Przedsiębiorstwo Komunalne „Hemiz — Bis" Sp. z o.o. z zaoferowaną ceną 2.515.626,03 zł

2)K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod- Kan i Gaz z zaoferowaną ceną 2.756.300, 00 zł

3)ELEKTROTIM S.A.. z zaoferowaną ceną 3.563.255. 34 zł

4)PRWiE EKO-WOD Sp. z o.o. z zaoferowaną ceną 2.702.310 zł

5)WODROL T. Ś. z zaoferowaną ceną 2.939.700, 00 zł

6)Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji z zaoferowaną ceną 2.638.017, 38 zł

7)AD- BUD P. A. z zaoferowaną ceną 4.243.264.60 zł.

Według Odwołującego - cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi więc 65,14% a drugiej w kolejności odpowiednio 68,31 % wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Podkreślił przy tym, że zestawienie wartości szacunkowej zamówienia wraz z ceną ofertową wykonawcy Hemiz — Bis Sp z o.o. jak również Przedsiębiorstwa Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o. z siedzibą w Lennicy wskazuje, iż są one niższe o ponad 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Powołał się na przepis art. 90 ust. 1 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W świetle powyższego przepisu, a także przedstawionych okoliczności faktycznych podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższego przepisu i zaniechania wezwania wykonawcy „Hemiz – Bis" Sp z o.o. (a także kolejnego wykonawcy) do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a następnie oceny tych wyjaśnień i podjęcia decyzji czy oferta jest ofertą z ceną rażąco niską czy też nie.

Zdaniem Odwołującego - zaniechanie wezwania do wyjaśnień powoduje, iż Zamawiający nie ma pewności, czy wybiera wykonawcę, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i który za oferowaną cenę jest w stanie wykonać zamówienie. Właśnie z tego powodu ustawodawca wprowadził przepis dający Zamawiającemu możliwość badania cen ofertowych pod kątem rażąco niskiej ceny i w tym zakresie nałożył na Zamawiającego bezwzględny obowiązek działania.

Stwierdził, że przepis art. 90 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku nakłada na Zamawiających bezwzględny obowiązek i nakaz określonego działania.

Według Odwołującego - jedyną okolicznością zwalniającą Zamawiającego od nałożonego ustawą obowiązku byłoby zaistnienie „okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia".

Biorąc pod uwagę rozpiętość cenową ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, okoliczność taka nie ma miejsca.

W opinii Odwołującego - znaczące różnice cenowe pomiędzy poszczególnymi ofertami powodują, iż nie mamy do czynienia z okolicznościami oczywistymi, które nie wymagają wyjaśnienia. Skoro zatem w przedmiotowym stanie faktycznym bezspornym jest istnienie znacznych dysproporcji pomiędzy cenami poszczególnych ofert brak jest okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia tym bardziej Zamawiający jest zobligowany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 23 lutego 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, ofert Przedsiębiorstwa Komunalnego Hemiz - Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Prochowicach oraz Przedsiębiorstwa Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, kosztorysu inwestorskiego, ustalenia wartości szacunkowej z dnia 8 grudnia 2020 r., informacji z sesji otwarcia ofert z dnia 29 grudnia 2020 r., protokołu postępowania, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 stycznia 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 lutego 2021 r., jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.90 ust.1 i 1a pkt 1 oraz art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej starą ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niskie ceny w ofertach dwóch wykonawców.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia została określona na kwotę brutto 3.861.397,60 zł.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

1)Przedsiębiorstwo Komunalne „Hemiz — Bis" Sp. z o.o. z zaoferowaną ceną 2.515.626,03 zł,

2)K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod- Kan i Gaz z zaoferowaną ceną 2.756.300, 00 zł,

3)ELEKTROTIM S.A.. z zaoferowaną ceną 3.563.255. 34 zł,

4)PRWiE EKO-WOD Sp. z o.o. z zaoferowaną ceną 2.702.310 zł,

5)WODROL T. Ś. z zaoferowaną ceną 2.939.700, 00 zł,

6)Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji z zaoferowaną ceną 2.638.017, 38 zł,

7)AD- BUD P. A. z zaoferowaną ceną 4.243.264.60 zł.

Powyższe zestawienie cenowe wskazuje, że cena oferty wygrywającej wyniosła około 65,14%, a oferty następnej pod względem cenowym około 68, 31% powyższej wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego. Przy czym wymaga zauważenia, że w aktach sprawy odwoławczej brak jest dokumentu potwierdzającego aktualizację wartości zamówienia przez Zamawiającego, czemu nie zaprzeczył na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego.

Natomiast ceny całkowite oferty pierwszej i drugiej w kolejności pod względem wartościowym nie były niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej podanych wyżej wszystkich cen złożonych ofert.

Opierając się o powyższy materiał dowodowy zebrany w sprawie Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania w zakresie wyjaśnienia istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunalnego Hemiz - Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Prochowicach oraz wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej starej ustawy Pzp 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 lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu,

w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Z powołanych na wstępie przepisów prawa wynika zasada nakładająca na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2.

Zgodnie z ustaleniami Izby powyższy 30% próg wartościowy został przekroczony w tym przypadku, bowiem pierwsze pod względem wartościowym ceny dwóch ofert były niższe od oszacowanej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby – Zamawiający nie przedstawił dostatecznej argumentacji, że powyższe rozbieżności cenowe wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający nie udowodnił, że w sprawie tej wystąpiła okoliczność oczywista w postaci przeszacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, że zarówno przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w jego w trakcie dokonywał jakiejkolwiek aktualizacji wartości przedmiotu zamówienia. Gdyby Zamawiający takimi wiarygodnymi danymi dotyczącymi zmiany cen przedmiotowych robót budowlanych dysponował powinien włączyć je do swojej dokumentacji.

Na tle rozpoznawanej sprawy wątpliwości może budzić przede wszystkim istotny składnik (czynnik) cenotwórczy, w oparciu o który ustalono wynagrodzenie kosztorysowe, wskazany w ofercie Przedsiębiorstwa Komunalne „Hemiz — Bis" Sp. z o.o. z siedzibą w Prochowicach dotyczący kosztów zakupu materiałów, gdzie wykonawca ten w ogóle nie określił tej pozycji procentowo.

Biorąc pod uwagę, że koszty zakupu materiałów stanowią istotny element kosztowy tego zamówienia, co nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane, koniecznym staje się przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w aspekcie tego składnika cenotwórczego wobec powyższych wykonawców.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589
ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……