Sygn. akt: KIO 1027/15

POSTANOWIENIE
z dnia 3 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w dniu 1 czerwca 2015 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez wykonawcę Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie

przy udziale wykonawcy ZISCO Sp. z .o.o. Sp. k. z siedzibą w Pawłowicach zgłaszającego przystąpienie do postępoania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od wykonawcy Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu na rzecz Zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1027/15

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie [zwane dalej: „Zamawiającym”], prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Kontrakt W5/2 obejmujący rejony B - dokończenie budowy sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 kwietnia 2015 roku pod numerem 75558 – 2015.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Odwołanie wykonawcy Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu – [zwanego dalej „Odwołującym"], wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 roku. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na: bezpodstawnym uznaniu, iż cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego w powołaniu na rażąco niską cenę tej oferty, niedokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: ZISCO Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pawłowicach [zwanego dalej „ZISCO"].

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, a to w związku z uznaniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz niepełne, niekompletne i niewystarczające uzasadnienie decyzji odrzucenia oferty Odwołującego, tj. bez uwzględnienia całokształtu odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego, bezpodstawne wezwanie Odwołującego do złożenia kosztorysu szczegółowego, −
- art. 7 ust. 3 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZISCO, gdyż oferta ta została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy, −
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez: dokonanie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na skutek stwierdzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a to pomimo skutecznie i prawidłowo udzielonej

pełnej odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, obalającej domniemanie rażąco niskiej ceny, udzielenie przez Zamawiającego niepełnego, niekompletnego i niewystarczającego uzasadnienie decyzji odrzucenia oferty Odwołującego,

- art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, −
- z ostrożności ponownie art. 7 ust. 1 ustawy, a to z uwagi na fakt, iż Odwołujący posiada uzasadnione podejrzenia, że niniejsze postępowanie mogło zostać przeprowadzone w sposób naruszający uczciwą konkurencję, co wynika z faktu, iż dominującą większość wcześniejszych zamówień udzielanych przez Zamawiającego pozyskał jeden wykonawca tj. ZISCO, którego oferty w toku poszczególnych postępowań, pomimo rażąco niskich cen, wybierane były jako najkorzystniejsze, zaś oferty tańsze zostawały odrzucane z powodu rażąco niskiej ceny, tudzież wykonawcy składający oferty korzystniejsze byli wykluczani z postępowania. −

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, −
- unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty ZISCO, −
- dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert, −
- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. −

W dniu 29 maja 2015 roku (prezentata na piśmie) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego *Odpowiedź na odwołanie.* Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy.

W dniu 1 czerwca 2015 roku (prezentata na piśmie) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo wykonawcy ZISCO Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pawłowicach *Pismo Przystępującego po stronie Zamawiającego.* Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2015 roku w toku posiedzenia oświadczył, że przedmiotem zamówienia jest zamówienie sektorowe, jednocześnie oświadczył, że jest to część zamówienia realizowana w oparciu o art. 6 a ustawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W zakresie przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy stanowiących jednocześnie negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do meritum, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, których wartość oszacowano na kwotę 4 219 496,74 zł netto, co stanowi równowartość 998 721,09 euro. Zamawiający podał tę informację w piśmie z dnia 20 maja 2015 roku skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz wskazał ja również w protokole postępowania.

Zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy przepisy rozdziału 5 ustawy stosuje się do zamówień udzielanych przez Zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez Zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, (zamówienia *sektorowe),* z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania działalności w postaci tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami. Zgodnie z art. 132 ust. 2 ustawy Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy stosują przepisy rozdziału 5 ustawy również do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków.

Izba ustaliła, że Zamawiający jest zamawiającym sektorowym, do zamówień którego stosuje się przepisy rozdziału 5 ustawy dotyczących zamówień sektorowych (art. 132 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 ustawy).

W toku posiedzenia z udziałem Stron Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe zamówienie pod nazwą „Kontrakt W5/2 obejmujący rejony B - dokończenie budowy sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej" stanowi część zamówienia w ramach realizacji Projektu pn.: Porządkowanie gospodarki ściekowej Gminy Knurów – budowa i przebudowa systemów kanalizacyjnych. W ramach ww. Projektu, dofinansowanego ze środków unijnych – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko Priorytet I Działanie 1.1 przewidziano do relacji między innymi przedmiotowe zamówienie, które Zamawiający realizuje jako część zamówienia zgodnie z art. 6a ustawy. Zamawiający wskazał również, że zamówienia, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy udzielane są na zasadach określonych w Regulaminie zamówień.

Zgodnie z art. 6a ustawy w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część Zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartość zamówienia

Zamawiający w załączonym do pisma *Odpowiedź na odwołanie* wykazie realizowanych zadań wskazał na części zamówienia realizowane na podstawie art. 6a ustawy, w tym przedmiotowe zamówienie. Podał również, że łączna wartość wszystkich części zamówienia udzielanych na podstawie art. 6a wynosi 7 353 736,44 zł netto, jednocześnie wskazując, że 20% wartości projektu wynosi 12 916 082,37 zł netto.
Wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana na kwotę 998 721,09 euro, czyli poniżej 1 miliona euro, a wartość wszystkich części zamówienia udzielanych w oparciu o art. 6 a ustawy nie przekracza 20 % wartości zamówienia, tym samym w ocenie Izby, Zamawiający wykazał, że był uprawniony do zastosowania tej regulacji ustawowej (art. 6a ustawy).
Uwzględniając powyższe należy wskazać, że w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy to wówczas do zamówień sektorowych nie mają zastosowania przepisy ustawy, co wynika bezpośrednio z treści art. 133 ust. 1 ustawy, stanowiącego, że do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Stosownie do § 1 pkt

3 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 roku *w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej* [Dz. U. z 2013 r., poz. 1735], ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5.186.000 euro - dla robót budowlanych. W przedmiotowej sprawie wartość zamówienia nie przekroczyła progu kwotowego, od którego uzależnione jest stosowanie ustawy.

Izba wskazuje, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający dobrowolnie do prowadzonego postępowania stosuje określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ponadto, błędne pouczenie wykonawców w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do środków ochrony prawnej nie rodzi po stronie wykonawców uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których

stosowanie przepisów ustawy jest obligatoryjne. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, które realizowane było w oparciu o regulację art. 6 a ustawy, jako część zamówienia, nie mógł skorzystać skutecznie ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy, tym samym odwołanie podlega odrzuceniu na postawie art. 189 ust. 2 pkt 1) ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: