Sygn. akt KIO 513/16

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę
Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Sulańska 11, 62-510 Konin
w postępowaniu prowadzonym przez
Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o.
ul. Sulańska 13, 62-510 Konin
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze, Eko Radomsko Sp. z o.o. ul. Narutowicza 5b, 97-500 Radomsko, EKRO Sp. z o.o. ul. Chrobrego 32/23, 62-200 Gniezno**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Eko Radomsko Sp. z o.o. i EKRO Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,

---

2. kosztami postępowania obciąża Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. na rzecz Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koninie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 513/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie usługi polegającej na odbiorze, transporcie i przetworzeniu odpadów niebezpiecznych wytworzonych w procesie termicznego przekształcania odpadów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 lutego 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 024-038484. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Koninie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu niewłaściwą ocenę wybranej oferty na skutek zaniechania Zamawiającego w ww. postępowaniu, polegającego na niezwróceniu się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.S.A Eko Polska Sp. z o.o., Eko-Radomsko Sp. z o.o., EKRO Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum) wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty, mających istotny wpływ na wysokość ceny i w konsekwencji podjęcie czynności sprzecznej z ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie przyjęcie oferty Konsorcjum mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i technologii jego wykonania oferowanej przez Konsorcjum, a tym samym dokonanie niewłaściwego wyboru oferty Konsorcjum jako najbardziej korzystnej przy zaniechaniu odrzucenia tej oferty i zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:
1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty i tym samym naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie oferty, w której wykonawca nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo iż Zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy mógł ocenić przedstawione przez Konsorcjum rozwiązania, a tym samym ocenić oszczędność metody wykonania zamówienia, w szczególności, że cena wskazana przez Konsorcjum była o 30%

niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w ww. postępowaniu i tym samym winien powziąć uzasadnione wątpliwości, co do wysokości ceny wskazanej przez Konsorcjum,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, poprzez błąd w ustaleniach, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska w odniesieniu do oferowanej przez Konsorcjum technologii,
3. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru na podstawie kryteriów oceny wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności kryterium ceny, przez niewłaściwą ocenę tego kryterium z uwagi na zaniechanie obowiązku żądania wyjaśnień co do podstaw ustalenia ceny w ofercie Konsorcjum,
4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia oceny oferty złożonej przez Konsorcjum oraz unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum,
2. powtórzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum i w jej wyniku: odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
3. w razie kwestionowania wyliczeń Odwołującego – o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu gospodarki odpadami na okoliczność wykazania, iż zarzuty dotyczące zaniżenia kosztów przez Konsorcjum, podniesione w odwołaniu są zasadne, a także dla weryfikacji prawidłowości przedstawionych w odwołaniu wyliczeń, gdyż prawidłowe rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie wymaga wiadomości specjalnych, ż zastrzeżeniem, że ocena celowości przeprowadzenia tego dowodu będzie dokonana po zajęciu stanowiska przez Zamawiającego w zakresie stawianych w tym zakresie zarzutów,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości, zgodnie z normami przepisanymi w tym kosztami poniesionymi przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

6

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Izba ustaliła, że przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest możliwość zaistnienia w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.S.A Eko Polska Sp. z o.o., Eko-Radomsko Sp. z o.o., EKRO Sp. z o.o. (Konsorcjum) ceny rażąco niskiej, co do której to okoliczności Zamawiający nie przeprowadził procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący podniósł co prawda jednocześnie zarzuty dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiące o odrzuceniu oferty ocenionej jako zawierającej rażąco niska cenę, jednak mogą być one zastosowane dopiero po przeprowadzeniu obowiązkowej procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem bez jej przeprowadzenia rozważanie konieczności odrzucenia oferty jest przedwczesne. Z kolei zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych są jedynie wynikiem braku odrzucenia oferty w przypadku, w którym byłoby to wymagane przepisami, zatem mogłyby być rozważane dopiero w trzeciej kolejności.
Tym samym, jak Izba wskazała na wstępie, kwestią do rozważenia w niniejszej sprawie jest jedynie ewentualne zaniechanie przez Zamawiającego dokonania obowiązkowej procedury wyjaśnienia ceny oferty, o której mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r.

7

---

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.), 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Z przepisu tego wynika więc przede wszystkim, jak już wskazano powyżej, że przeprowadzenie procedury wyjaśniającej jest obowiązkiem zamawiającego („zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”), który aktualizuje się, gdy zajdą okoliczności określone w tym przepisie. Okoliczności te zachodzą zaś, gdy:
1. cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i
2. budzi ona wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.
Jednak wprowadzona nowelizacja przepisu – uwzględniając opinie, zgodnie z którymi na podstawie tak ogólnie określonych przesłanek o charakterze ściśle ocennym nie ma możliwości wyegzekwowania od zamawiających działań w tym zakresie nawet przy ewidentnych sytuacjach zaoferowania zbyt niskiej ceny – wprowadziła dodatkową przesłankę

kwotową, którą należy interpretować w ten sposób, że jeśli cena danej oferty „jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert", to zamawiający ma obowiązek uznać, że takie wątpliwości po jego stronie istnieją „ex lege", niezależnie od jego własnej opinii.
Zatem zaistnienie w postępowaniu sytuacji, w której dana oferta (lub oferty) jest:
1. niższa o 30% od wartości zamówienia albo
2. niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, albo (tym bardziej)
3. niższa o 30% zarówno od wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,
jest formalnym wymogiem zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia. Jest to więc w tym wypadku kwestia arytmetyczna, a nie ocenna. Od tej zasady mogą co prawda występować odstępstwa, ale jedynie w sytuacjach wyjątkowych, które w tym postępowaniu nie mają miejsca, pomimo tego, że rzeczywiście cena najdroższej oferty jest znacznie wyższa niż pozostałych ofert, a każdy z wykonawców mógł przewidzieć inną technologię wykonania zamówienia. Należy jednak uznać, że sytuacja taka nie jest niczym wyjątkowym w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – wręcz przeciwnie, dzieje się tak często – zatem została objęta przez ustawodawcę hipotezą przepisu.

W niniejszym postępowaniu złożono 4 oferty z cenami: 2.575.800 zł, 2.629.800 zł, 3.369.600 zł i 6.156.000 zł. Po dokonaniu stosownych obliczeń okazuje się, iż najniższa cena (2.575.800 zł), czyli cena oferty Konsorcjum jest niższa o ponad 30 % od średniej

arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Tym samym zmaterializowała się ww. przesłanka skutkująca obowiązkiem wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, których to wyjaśnień zamawiający zaniechał.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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: ……………………..…