

WYROK
z dnia 26 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Dobczyce, ul. Rynek 26, 32-410 Dobczyce,**

przy udziale wykonawcy **Sanitex Sp. z o.o., Tryńcza 120, 37-204 Tryńcza,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sanitex sp. z o.o. z Tryńczy oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o. z Tarnowa i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem wnoszącego odwołanie wykonawcy;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dobczyce, ul. Rynek 26, 32-410 Dobczyce** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Dobczyce, ul. Rynek 26, 32-410 Dobczyce** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z e zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Dobczyce na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Dobczyce, Kornatka, Brzezowa.”

Wnoszący odwołanie wykonawca Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” sp. z o.o. [Odwołujący] stwierdził, że zgodnie z informacją Zamawiającego w SIWZ wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp oraz podał, że o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania wykonawcy dowiedział się z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymanej 3 lutego 2014 r.

W odwołaniu wykonawca podniósł zarzut naruszenia art. 89 pkt 1 podpunkt 4 ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie jego oferty w sytuacji, gdy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 pkt. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 tej ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie oferty wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę w sytuacji, gdy wykonawca wyjaśnił powody, dla których cena ofertowa jest niska. Zdaniem wykonawcy naruszony został także art. 90 pkt. 2 ustawy Pzp z uwagi na brak oceny wyjaśnień wykonawcy, co do zaoferowanej ceny i nieuwzględnienie wskazanych przez niego czynników mających wpływ na wysokość ceny tj. fakt posiadania własnej bazy sprzętów oraz pracowników, brak uzasadnienia, dlaczego wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę przy okolicznościach znanych Zamawiającemu w toku postępowania i wyjaśnień, co powodowało, że Odwołujący nie załączył do wyjaśnień i dowodów na poparcie swoich twierdzeń, mimo, że takie dowody były załączone do oferty: np. dokumenty dotyczące dysonowania sprzętem, czy dokument dotyczący średniorocznego zatrudnienia u wykonawcy.

Podał także, że interes Odwołującego został naruszony w niniejszym postępowaniu, z uwagi na fakt, iż w przypadku, gdyby zarzuty wykonawcy potwierdziły się, jego oferta powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, albowiem oferta firmy z najniższą ceną- DROGOP-2 sp. z o.o. została odrzucona.

Wykonawca podał, że o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania dowiedział się z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymanej 3 lutego 2014 roku. W związku z

powyższym wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy SANITEX sp. z o.o., unieważnienia czynności odrzucenia oferty PIS „INSBUD” sp. z o.o. i dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie wyboru oferty PIS, INSBUD jako najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołania w szczególności podał, że (...) Spółka PIS INSBUD sp. z o.o. od kilkunastu lat świadczy usługi w branży sanitarnej, w 90 % pozyskując zamówienia w przetargach publicznych. Na przestrzeni ostatnich 20 lat Spółka zrealizowała kilkadziesiąt zadań obejmujących wykonanie kanalizacji sanitarnych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wszystkie zrealizowała należycie, zgodnie z umową i sztuką budowlaną oraz terminowo. Nie było przypadku, aby Spółka nie wykonała kontraktu z powodu niedoszacowania zadania, a ni też z żadnego innego powodu.” Powołał się także na złożone wyjaśnienia w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2014 r. oraz złożone dowody - wybrane referencje za ostatnie 5 lat, rachunki zysków i strat wykonawcy za 2010, 2011 i 2012 r., aktualne zatrudnienie u wykonawcy z uwzględnieniem miejsca zamieszkania pracowników, wykaz posiadanego sprzętu i wykaz zatrudnionych pracowników oraz oferty na materiały wycenione w kosztorysie [zastrzegając te oferty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa]. Wykonawca podkreślił, że Zamawiający zaniechał wszechstronnej oceny czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny i wyjaśnień wykonawcy, zarzut błędnego założenia przez Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niską ceną. Wskazał także na brak uzasadnienia przez Zamawiającego, dlaczego zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niską ceną, oraz zwrócił uwagę na naruszenie uczciwej konkurencji przez Zamawiającego z uwagi na zrównanie niskiej ceny stanowiącej przejaw dozwolonej i pożądanej konkurencji rynkowej z rażąco niską ceną, a także zakwestionował stanowisko Zamawiającego, co do braku dowodów załączonych do wyjaśnień, co miało te wyjaśnienia czynić bezprzedmiotowymi.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Sanitex sp. z o.o. z Tryńczy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wnosząc o oddalenie odwołania. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby jak i sądowe, w szczególności podał, że wyjaśnienia powinny być szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia oraz, że lista czynników podana w art. 90 ust.2 ustawy Pzp jest listą przykładową – nie stanowi zbioru zamkniętego tych czynników. Zwracając także uwagę, że Odwołujący jest profesjonalistą uczestniczącym od wielu lat w postępowaniach o zamówienie publiczne złożył niedostateczne wyjaśnienia, które w okolicznościach faktycznych sprawy nie miały przede wszystkim merytorycznego charakteru.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie stwierdził w szczególności, że ustalona przez niego wartość szacunkowa została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego na łączną kwotę po uwzględnieniu podatku VAT na 12.118.713,49 zł. Kosztorys inwestorski sporządzony został zgodnie ze wskaźnikami cenotwórczymi wymaganymi przepisami rozporządzenia ministra infrastruktury z dnia 18.05.2004 r., podkreślając, że przyjęte wskaźniki były niższe od publikowanych przez SEKOCENBUD za II kwartał 2013 r. dla Regionu Małopolskiego. Jego zdaniem tak ustalona realna wartość mogła stać się punktem odniesienia dla oceny i ustalenia czy podane w ofertach ceny nie są rażąco niskie. Dalej podał, że zapytanie w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp skierował do wszystkich wykonawców, których oferty stanowiły poniżej 30 % wartości szacunkowej i które odbiegały cenowo od pozostałych ofert i stwierdził, że z tą chwilą to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia okoliczności barku rażąco niskiej ceny. Powołując się na orzecznictwo, stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie miał obowiązku weryfikować dokumentów załączonych do oferty w celu uwiarygodnienia wyjaśnień wykonawcy w zakresie sprzętu i pracowników. W konkluzji wskazał na brak wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywujących, że cena nie jest rażąco niska. Stwierdził także, że (...) pominięcie w wyjaśnieniach elementów oczekiwanych przez zamawiającego, przy jednoczesnym złożeniu wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty.”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art.192 ust.2 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, których wartość została określona na kwotę netto 9 852 612 zł, jednakże Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE [oraz na stronie internetowej zamawiającego i w jego siedzibie]. Na posiedzeniu Zamawiający wyjaśnił, że przedmiot zamówienia, który dotyczy to postępowanie pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Dobczyce, Kornatka, Brzezowa” - jest tylko częścią dużej inwestycji, której realizacja została rozpoczęta w roku 2010. Podał także, że wartość całego zadania inwestycyjnego oszacowana została na kwotę 33 841 875, 10 zł i Zamawiający przewiduje realizację dalszego etapu, stąd dla tej inwestycji zastosował procedurę ustaloną dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, albowiem przede wszystkim zostało wniesione w terminie i ponadto do tego odwołania nie ma zastosowania przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp, albowiem zawarta w nim regulacja dotyczy zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba – po dokonaniu niezbędnych korekt, stosując - zgodnie z rozporządzeniem w sprawie "Zasad techniki prawodawczej" - jednostki redakcyjne przewidziane dla ustawy, ustaliła, że w odwołaniu podniesiony został zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 tej ustawy Pzp, a także art. 90 ust.2 tej ustawy z uwagi na odrzucenie oferty wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę.

Rozpoznając następnie zarzuty podniesione w odwołaniu Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że w zawiadomieniu z dnia 6.02.2014 r. w pkt 2 [str 2] Zamawiający powołał art. 90 ust.1 ustawy Pzp, wskazując na jego pismo z dnia 22.01.14 r. w którym wystąpił do wykonawcy o szczegółowe „wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny”. Dalej podał, że wykonawca w odpowiedzi [pismo z dnia 24.01.14] poinformował „o posiadaniu bardzo dużej bazy sprzętowej oraz zatrudnieniu dużej ilości pracowników nie przedstawiając żadnych dokumentów, umów, dowodów”. W związku z powyższym Zamawiający powołał się na art. 90 ust.2 ustawy Pzp i jego treść stwierdzając ponownie, że „Wykonawca poza krótkimi stwierdzeniami o posiadaniu sprzętu i ludzi, nie poparł swojego twierdzenia żadnymi umowami z kontrahentami, korespondencją, zaproponowanymi przez podwykonawców atrakcyjnymi warunkami, wyliczeniami czy kalkulacjami.” Zamawiający informując o decyzji jaką musi podjąć dokonując wyjaśnień, w konkluzji stwierdził, że (...) odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Dalej powtórzył argumentację, co do braku dowodów oraz stwierdził, że „Zamawiający nie może uznać oświadczenia Wykonawcy za wystarczające i gwarantujące wykonanie zamówienia w wymaganym czasie i za zaproponowaną cenę”.

Izba mając na uwadze art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp podnosi, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty należy wskazać nie tylko uzasadnienie faktyczne ale i prawne, polegające na określeniu przepisu ustawy Pzp na podstawie którego dana czynność została oparta. W tym przypadku taki przepis [możliwy art. 90 ust.3 lub/i 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp], jako podstawa prawna odrzucenia oferty wykonawcy nie został w zawiadomieniu z dnia 6.02.2014 r. podany.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że treść wezwania [z dnia 22.01.2014 r.] skierowana do Odwołującego nie precyzuje, które elementy jego oferty uzasadniały wątpliwości Zamawiającego, co do ceny przedstawionej w ofercie. W tym przypadku Zamawiający przytoczył wyłącznie ustawowe regulacje nie wypełniając przepisów treścią własnych żądań poprzez, co w tym przypadku mogło skutkować brakiem możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, co do zaoferowanej ceny, w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego.

W tym miejscu Izba stwierdza, że wykonawca, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, udzielając wyjaśnień [z dnia 24.01.14] nie posłużył się ogólnym oświadczeniem, lecz wskazał na posiadaną bardzo dużą bazę sprzętową oraz na zatrudnienie dużej ilości pracowników i które to dane wynikały z treści oferty wykonawcy.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty [z dnia 3.02.2014 r.] Zamawiający wskazał m.in. na brak wyjaśnień wystarczająco szczegółowych oraz brak dowodów takich jak umowy z kontrahentami, informacji o atrakcyjnych warunkach zaproponowanych przez podwykonawców, wyliczeń czy kalkulacji.

Izba zauważa, że zgodnie z oświadczeniem wykonawcy [pkt 6 Formularza oferty] roboty objęte zamówieniem mają być zrealizowane bez udziału podwykonawców, a uwzględniając powyższe wyjaśnienia Izba stwierdza, że odrzucenie oferty Odwołującego na tym etapie postępowania w związku z treścią zapytania z dnia 22.01. 2014 r. oraz udzielonymi wyjaśnieniami z dnia 24.01.2014 r. nie było zasadne.

Izba stwierdza także, że Zamawiający przyznał, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie był brak wyjaśnień, ale brak wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących wyjaśnień, oraz brak dowodów, że cena nie jest rażąco niska, co w sytuacji braku przejrzystości wezwania nie pozwala uznać, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego oparta na takich okolicznościach była uzasadniona.

Izba zauważa również, że ustawodawca nie zobowiązał wykonawców w sposób bezwzględny do przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń składanych w wyjaśnieniach i tym samym brak dowodów, wobec treści wezwania z dnia 22.01.2014 r. w tym postępowaniu, nie może też stanowić, w tym stanie faktycznym, uzasadnionej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w związku z art. 90 ust.2 ustawy Pzp.

Ponadto w wezwaniu z dnia 22.01.2014 r. Zamawiający nie postawił ofercie Odwołującego wprost zarzutu rażąco niskiej ceny, albowiem w wezwaniu skierowanym do wykonawcy z powołaniem na art. 90 ustawy, żądał jedynie szczegółowych wyjaśnień, co do „powodów zaproponowania tak niskiej ceny”. Mając zatem na uwadze przepis art. 90 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że przy wykładni i stosowaniu tego przepisu należy brać pod uwagę, że jego celem jest obiektywne wyjaśnienie, czy cena oferty nie jest rażąco niska, a nie ustalenie podstaw oferowanej ceny, która wzbudza wątpliwość Zamawiającego, z uwagi na jej niską wysokość.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia w wymaganym zakresie zostały złożone przez wykonawcę, a ich treść nie potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę i zgodnie z treścią wezwania wykonawca poinformował o okolicznościach wpływających na wysokość zaproponowanej ceny.

W konkluzji Izba stwierdza, że w przedmiotowej sprawie, wobec treści wezwania, jak i udzielonego dotychczas wyjaśnienia oraz dokumentów załączonych do oferty, Zamawiający nie mógł zaniechać kontynuowania procedury z art. 90 ust.1 ustawy Pzp, zwracając się o złożenie wyjaśnień, dotyczących wskazanych przez niego elementów oferty, w szczególności, gdy dotychczas uzyskane wyjaśnienia uznał za niedostateczne z uwagi na ich – jak podał w zawiadomieniu - niewystarczającą szczegółowość oraz na brak dowodów, w sytuacji, gdy wymagania podane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie wynikały z treści wezwania.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....