

Sygn. akt: KIO 367/17

WYROK

z dnia 20 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 lutego 2017 r. przez **wykonawcę M. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. H. MG – M. G. z siedzibą (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: M. K. z siedzibą w (...)**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w części IV zamówienia (rejon numer IV) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcę A. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: M. K. z siedzibą w (...) i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez M. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: F. H. MG – M. G. z siedzibą w (...) tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego: M. K. z siedzibą w (...) na rzecz wykonawcy M. G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: F. H. MG – M. G. z siedzibą w (...) kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset**

złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 367/17

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

Zamawiający – M. K. z siedzibą w (...) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta (...)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S 219-399199.

Wykonawca Małgorzata Gulczyńska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą F. H. MG – M. G. z siedzibą w (...) (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 27 lutego 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył (dla części IV zamówienia) odwołanie na zaniechanie wezwania wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1 a pkt 1 ustawy Pzp, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę i w konsekwencji przedwczesne wybranie tej oferty, podczas gdy jej cena – w ocenie Odwołującego – jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, zarzucając Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, 90 ust. 1 i 1a pkt 1, 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) i unieważnienie wyniku oceny firmy G. F. na obsługę Rejonu IV, dokonanie wyboru oferty Odwołującego, wykluczenie wykonawców A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) oraz G. F. z postępowania, ponowienie czynności badania i oceny ofert na rejon IV.

Zaniechanie wezwania wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp stało się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę M. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. H. MG – M. G. z siedzibą w (...).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, m. in. ofertę wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 27 lutego 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta (...)”*. Zamawiający podzielił zamówienie na pięć części. Część IV obejmowała *„Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta (...) w Rejonie IV.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu dla Rejonu IV m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe G. F. z siedzibą w (...) – 151.404,43 zł;
2. E. Przedsiębiorstwo Usługowe W. B. z siedzibą w (...) – 549.905,27 zł;
3. F. H. MG M. G. z siedzibą w (...) – 183.163,85 zł;
4. A. A. B. z siedzibą w (...) – 146.136,74 zł.

/dokumentacja postępowania: Protokół z otwarcia ofert z dnia 21 grudnia 2016 r., str. 1-2/.

Zamawiający w dniu 15 lutego 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...).

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 lutego 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: M. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą F. H. MG – M. G. z siedzibą w (...) wniósł odwołanie w dniu 27 lutego 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy M. G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą F. H. MG – M. G. z siedzibą w (...) z dnia 27 lutego 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania wezwania wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) - jest zasadny.

Na wstępie należy nie zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wartość szacunkowa została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 88.993,83 zł. Zatem nie można zgodzić się z Zamawiającym, że ubruttowiony szacunek wynosił 96.113,34 zł. Niezależnie od powyższego nawet gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego za zasadne oraz uwzględnić jego wyliczenia to i tak według przedstawionych przez Zamawiającego wyliczeń oferta wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) była niższa o co najmniej 30%. Zatem – jak przyznał Zamawiający - owszem próg został przekroczony, ale Zamawiający brał pod uwagę również czytając treść przepisów czy te rozbieżności nie wynikają z przyczyn oczywistych. I tak po dokonaniu badania według Zamawiającego te rozbieżności wynikały z przyczyn oczywistych. Według Zamawiającego owe oczywiste przyczyny powodowały że Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wskazując jednocześnie na niniejsze rozbieżności (ich charakter). Według Zamawiającego w przypadku oferty E. ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę w ponad 75 % były najwyższe. Drugą okolicznością którą Zamawiający brał pod uwagę było to że Odwołujący nie wykazał tych wątpliwości nie przedstawił dowodów i kalkulacji wskazujących za tym, że oferowana cena jest rażąco niska. Ponadto co do dwóch pozycji Odwołujący świadczy usługę po zbliżonej cenie jak w przypadku oferty wybranej. W ocenie Izby żadne ze wskazanych przez Zamawiającego okoliczności nie można zakwalifikować jako „rozbieżności wynikające z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia” (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Wręcz przeciwnie rozbieżności, które powstały – poprzez wskazane okoliczności - powinny być wyjaśnione celem rozwiania czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Z przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie wynika, że Zamawiający zwolniony jest z wezwania gdy te okoliczności w żaden sposób nie budzą wątpliwości – co w ocenie Izby nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający zwolniony jest z tego obowiązku tylko w wyjątkowej sytuacji, która

nie może być interpretowana rozszerzająco. W takim wypadku, jak chce tego Zamawiający – nigdy nie doszłoby do wezwania w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, gdyż każda wskazana przez niego okoliczność kwalifikowana byłaby jako oczywista, niewymagająca wyjaśnienia, z czym Izba nie może się zgodzić.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany jest w części IV zamówienia (rejon numer IV) do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcę A. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w takim wypadku postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp należy uznać za przedwczesny, skoro nie jest wiadome w jaki sposób wykonawca kalkulował swoją ofertę i co uwzględnił przy przyjętej przez siebie kalkulacji.

Ponadto Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, że wykonawca nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta w rankingu ofert uplasowała się na trzecim miejscu, a wykonawca ten nie kwestionował oferty wykonawcy znajdującego się na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Zauważenia wymaga, że Zamawiający prowadził niniejsze postępowanie w procedurze wynikającej z art. 24aa ustawy Pzp, co wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia. Według wskazanego wyżej przepisu Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wobec powyższego trudno w takiej sytuacji stawiać wykonawcy zarzut niepodważania oferty wykonawcy plasującego się na drugiej pozycji skoro sam Zamawiający skorzystał z procedury odwróconej i dokonał wyłącznie badania wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Izba nie zgodziła się również z Zamawiającym, że Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania, gdyż nie przedłużył terminu związania ofertą w niniejszym postępowaniu. Zauważyć należy, że możliwym jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po upływie terminu związania ofertą, a w tym przypadku Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na żadnej z podstaw wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem nie można było odmówić wykonawcy legitymacji do wniesienia niniejszego odwołania i oddalić odwołanie ze wskazanej przez Zamawiającego przyczyny.

Wobec powyższego Zamawiający powinien wezwać wykonawcę A. B. prowadzącą

działalność gospodarczą pod nazwą A. A. B. z siedzibą w (...) do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2, 3 pkt 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 18.600 zł.

Przewodniczący:

.....