

Sygn. akt: KIO 2678/17

WYROK

z dnia 28 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2017 r. przez Wykonawcę **Sungrant sp. z o.o. (ul. Ciesielska 2/23, 15-524 Białystok)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Juchnowiec Kościelny (ul. Lipowa 10, 16-061 Juchnowiec Kościelny)**

przy udziale Wykonawcy **Polska Ekologia sp. z o.o., (ul. Piaskowa 7, 47-400 Racibórz)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności „korekty informacji z otwarcia ofert” z dnia 8 grudnia 2017 roku
2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy Polska Ekologia Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gmina Juchnowiec Kościelny (ul. Lipowa 10, 16-061 Juchnowiec Kościelny)** i
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Sungrant sp. z o.o. (ul. Ciesielska 2/23, 15-524 Białystok)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego - **Gmina Juchnowiec Kościelny (ul. Lipowa 10, 16-061 Juchnowiec Kościelny)** na rzecz Odwołującego **Sungrant sp. z o.o. (ul. Ciesielska 2/23, 15-524 Białystok)** kwotę **18075 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Juchnowiec Kościelny prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Modernizacja indywidualnych źródeł energii cieplnej lub elektrycznej w gminie Juchnowiec Kościelny”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej w dniu 11 października 2017 r. pod numerem 2017/S 195-400020.

Odwołujący SUNGRANT sp. z o.o. wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP poprzez zaniechanie czynności zwrócenia się do Wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 PZP, mimo zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP; art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Polska Ekologia sp. z o.o., mimo zaistnienia ku temu przesłanki w postaci rażąco niskiej ceny; art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 86 ust. 3 i ust. 5 pkt 1 PZP poprzez zmianę (zmniejszenie) kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - wskazanie innej (niższej) kwoty w informacji zamieszczonej na stronie internetowej po otwarciu ofert, niż kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 PZP, w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP, w celu ustalenia, że jedna z ofert zawiera rażąco niską cenę, odrzucenie oferty firmy Polska Ekologia sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny oraz wskazanie, że Zamawiający bezprawnie obniżył kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia po otwarciu ofert, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę.

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę 2 500 000 zł jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Informacja z otwarcia ofert z dn. 7 grudnia 2017 r. zamieszczona na stronie internetowej zawiera jednak inną (niższą) kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 1 652 435 zł. Na podanej wyżej stronie internetowej znalazła się „Korekta informacji z otwarcia ofert” z dn. 8 grudnia 2017 r., w której Zamawiający stwierdził, że podczas otwarcia ofert podano kwotę wynikającą z uchwały Nr XXXII/297/2017 Rady Gminy Juchnowiec Kościelny z dn. 30 października 2017 r. w sprawie zmian w

budżecie w 2017 r. Z kolei kwota podana w informacji z otwarcia ofert zamieszczonej na stronie internetowej wynika z Zarządzenia Nr ORG0050.294.2017 Wójta Gminy Juchnowiec Kościelny z dn. 14 listopada 2017 r. w sprawie projektu budżetu gminy na 2018 r. i tą niższą kwotę należy przyjąć zdaniem Zamawiającego jako właściwą.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał prawa obniżyć kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Obowiązujące przepisy nie przewidują takiej możliwości. Nie występuje też w przepisach pojęcie „korekty informacji z otwarcia ofert”. Celem przepisu art. 86 ust. 3 PZP jest poinformowanie wykonawców o zarezerwowanych środkach na realizację zamówienia i stanowi swoistą gwarancję wyboru oferty wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, pod warunkiem, że zaproponowana przez niego cena nie przekroczy kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z Planem postępowań o udzielenie zamówień publicznych w 2017 r. aktualnym na dzień 3 listopada 2017 r., a więc już po przesłaniu ogłoszenia do publikacji, jako wartość przedmiotowego zamówienia wskazano kwotę 2 500 000 zł. Podczas otwarcia ofert w dn. 7 grudnia 2017 r. podano wykonawcom taką samą kwotę. Jednakże już po kilku godzinach, tego samego dnia, wysokość kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została zmniejszona. Zamawiający podaje wprawdzie, że nowa niższa kwota wynika z projektu budżetu na 2018 rok, jednak wiedzę o tejże kwocie posiadał już podczas otwarcia ofert. Zarządzenie Wójta pochodzi bowiem z dn. 14 listopada 2017 r. to jest ponad 3 tygodnie przed terminem otwarcia ofert. Pomimo przygotowania projektu budżetu na 2018 r. (na co powołuje się Zamawiający) w dn. 14 listopada br., nie został zaktualizowany do dnia dzisiejszego Plan postępowań o udzielenie zamówień publicznych w 2017 r. Podczas otwarcia ofert także podano inną kwotę niż wynika to z podawanego Zarządzenia Wójta, choć powstało ono o wiele wcześniej. Nie wystąpiły zatem żadne nieprzewidywalne okoliczności zmieniające możliwości finansowe Zamawiającego ani przed, ani po otwarciu ofert. Zmiana kwoty przewidywanej na realizację przedmiotowego zamówienia z 2 500 000 zł w roku 2017 na 1 652 435 zł w roku 2018 została bowiem dokonana przez organ Zamawiającego na długo przed terminem otwarcia ofert. Ponadto w SIWZ przewidziano termin zakończenia realizacji zamówienia na 31.05.2018 r. jednakże nie wykluczono rozpoczęcia w roku 2017 r., co wskazuje raczej na uzupełnianie się powyższych aktów prawnych Zamawiającego i kwot w nich zawartych, a nie wykluczanie. Zamawiający mając wiedzę o wskazanych wyżej własnych aktach prawnych i zawartych w nich kwotach (z co najmniej 3-tygodniowym wyprzedzeniem), podczas otwarcia ofert podał kwotę 2 500 000 zł jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i dopiero po zapoznaniu się z cenami zawartymi w złożonych ofertach zmienił ją na 1 652 435 zł.

W przedmiotowym zamówieniu zostały złożone dwie oferty - nr 1 (złożona przez Odwołującego) na kwotę 2 285 960,02 zł i nr 2 na kwotę 1 302 051,00 zł. Szacunkowa wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) wynosi 2 500 000 zł. Odwołujący wskazał, że cena oferty nr 2 (1 302 051 zł) jest niższa o ok. 48% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania (ujętej we wskazanych wyżej dokumentach Zamawiającego) tj. kwoty 2 500 000 zł. Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1a PZP w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Przytoczony przepis PZP nakazuje Zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy, którego oferta jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wykonał czynności przewidzianych w art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP pomimo tego, że cena oferty nr 2 jest niższa o ok. 48% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający ma obowiązek jednolitej oceny ofert, a co za tym idzie badania, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego cena oferty nr 2 jest rażąco niska, ponieważ z analizy SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż 132 zestawów instalacji kolektorów słonecznych do przygotowania c.w.u., w tym: 41 zestawów składających się z 2 płyt kolektorowych i zasobnika c.w.u. 200 litrów; 74 zestawów składających się z 3 płyt kolektorowych i zasobnika c.w.u. 300 litrów; 17 zestawów składających się z 4 płyt kolektorowych i zasobnika c.w.u. 400 litrów; oraz prace montażowo-instalacyjne. Łącznie w zamówieniu występują 372 płyty kolektorowe i 132 zbiorniki c.w.u. oraz 132 komplety osprzętu towarzyszącego i prace montażowo-instalacyjne 132 zestawów. Ceny zestawów spełniających wymogi SIWZ (w szczególności powierzchnia i moc oraz waga kolektorów) kształtują się na poziomie ok. 9 500 zł brutto (za zestaw z 2 płytami i zbiornikiem 200 l), ok. 11 000 zł brutto (za zestaw z 3 płytami i zbiornikiem 300l) oraz ok. 13 500 zł brutto (za zestaw z 4 płytami i zbiornikiem 400l). Przy takim poziomie cen sama wartość zestawów „solarnych” wynosi ok. 1,4 mln zł, nie licząc kosztów dostawy, czy kosztów montażowo-instalacyjnych, które przy rozproszonej zabudowie wiejskiej i różnych układach konstrukcjach dachów (oraz montażu na gruncie) na poszczególnych nieruchomościach mogą być znaczne (na etapie przygotowania oferty nie sposób przewidzieć dokładnych kosztów montażu ze względu na ilość i odmienność każdej lokalizacji, tym samym trudno założyć, że będą one zerowe). W związku z rozstrzygnięciem konkursu przez UMWP przewidywany jest wzrost cen tego typu instalacji, podobnie jak ma to miejsce na rynku robót drogowych, gdzie w

związku z dofinansowaniem ze środków unijnych uzyskanym przez wiele jednostek samorządowych województwa podlaskiego znacząco wzrosły ceny ofert składanych w przetargach - niejednokrotnie znacznie powyżej cen kosztorysowych.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W zakresie zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podana przez zamawiającego kwota jest informacją dla wykonawców i jako taka nie podlega zmianie. Kwota ta ma stanowić zabezpieczenie wykonawców przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania przez zamawiającego z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami, dopuszczalne jest jedynie zwiększenie tej kwoty do kwoty oferty najkorzystniejszej (o czym stanowi art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający w niniejszym postępowaniu przed otwarciem ofert wskazał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 500 000 zł. Obowiązujące przepisy prawa nie wskazują na możliwość dokonywania korekty (innej niż wskazana powyżej) tej kwoty, w szczególności, gdy Zamawiający zapoznał się z wysokością cen w złożonych ofertach. Tym samym kwota w wysokości 2 500 000 zł jest kwotą wiążącą. Zamawiający jest bowiem związany kwotą, którą podał przed otwarciem ofert i nie może (w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba przyjęła argumentację Odwołującego, że kwota 2 500 000zł brutto wynika z obowiązującego aktu, jakim jest Uchwała Rady Gminy. Uchwała Rady Gminy wskazuje na posiadane przez Gminę możliwości finansowe. Izba zauważa także, że nie jest tak, jak twierdzi Przystępujący, że Zamawiający uprawniony był do dokonania korekty kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co wynikać ma z faktu, że inną kwotę przewidziano na rok 2017, a inną na rok 2018. Należy podkreślić, że Zamawiający dokonując szacunków kwoty zamówienia, powinien zabezpieczyć środki na realizację tego zamówienia. Co więcej, kwota taka nie zależy od tego, czy zamówienie realizowane jest w ciągu jednego roku, czy też realizacja zamówienia obejmuje więcej niż jeden rok. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna dotyczyć całości zamówienia. Nadto należy zauważyć, że Zarządzenie Wójta Gminy jest nie tylko aktem wewnętrznym, który w tym zakresie nie zmienił uchwały Rady Gminy, ale przede wszystkim jest to jedynie projekt budżetu.

Co więcej, Zamawiającemu znana była treść obu dokumentów – uchwały Rady Gminy oraz Zarządzenia Wójta Gminy jeszcze przed otwarciem ofert, jednak Zamawiający zdecydował się na ogłoszenie przed otwarciem ofert, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota 2 500 000 złotych, wynikająca z uchwały Rady Gminy, a nie kwota 1 652 435 zł, wynikająca z projektu budżetu, zawartego w Zarządzeniu Wójta Gminy.

Zamawiający nie wskazał, aby zaistniały jakiegokolwiek szczególne i nadzwyczajne okoliczności, które nakazywałyby dokonanie takiej zmiany.

Nie jest zasadne stwierdzenie Przystępującego, że podnoszony zarzut w tym zakresie jest przedwczesny, bowiem brak jest jeszcze informacji o tym, która oferta została wybrana przez Zamawiającego. Należy wskazać, że każda czynność lub zaniechanie zamawiającego może stanowić podstawę do wniesienia odwołania. Prawdą jest, że na tę chwilę Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie jest wiadomo, czy za taką ofertę zostanie uznana oferta Odwołującego. Nie jest zatem wiadomo w konsekwencji, czy konieczna będzie czynność Zamawiającego dotycząca oceny, czy kwota oferty Odwołującego mieści się w kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia. Niemniej odwołanie może zostać wniesione w określonym w ustawie terminie, którego bieg rozpoczyna się od dokonania tej czynności. Wniesienie odwołania, w którym wykonawca podniesie zarzut dotyczący art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej będzie odwołaniem spóźnionym (termin na wniesienie odwołania upłynął z dniem 18 grudnia br.).

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechania przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o. do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny.

Izba ustaliła, że Wykonawca ten został już wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny i takie wyjaśnienia złożył. Tym samym odwołanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe i jako takie podlegało oddaleniu.

Ponadto należy wskazać, że Zamawiający nie dokonał na chwilę wniesienia odwołania oraz na moment zamknięcia rozprawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjmuje się, że do czasu przekazania wykonawcom (przez Zamawiającego) informacji o wyniku postępowania, Zamawiający dokonuje czynności badania i oceny ofert, w tym czynności wyjaśniania treści oferty i wysokości zaoferowanej ceny. Dopiero z chwilą przekazania wykonawcom takiej informacji, możliwe będzie jednoznaczne stwierdzenie, że Zamawiający dokonał prawidłowych czynności (lub zaniechał ich dokonania) względem oferty Wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o. Przede wszystkim Odwołujący podniósł zarzut dotyczący obowiązku Zamawiającego dokonania wyjaśnienia wysokości ceny wskazanej w ofercie wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o. Tym samym odwołanie najpierw zmierzało do konieczności dokonania takich wyjaśnień, a dopiero potem oceny zaoferowanej ceny, także w oparciu o złożone wyjaśnienia. Treść wyjaśnień wpłynęła do Zamawiającego po złożeniu przez Odwołującego odwołania.

Zamawiający nie dokonał dotychczas czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem należy uznać, że Zamawiający jest na etapie badania i oceny ofert. Izba nie może dokonać za Zamawiającego czynności oceny ofert wykonawców. Dopiero z chwilą przesłania wykonawcom informacji Zamawiającego o wyniku postępowania, o wyborze oferty najkorzystniejszej, ewentualnie o wykonawcach wykluczonych i tym, które oferty zostały odrzucone, będzie znana ocena Zamawiającego oferty Wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o., w tym także w oparciu o ocenę złożonych wyjaśnień. Ocenie Izby mogą podlegać jedynie zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego. Taka czynność – ocena wyjaśnień i ocena oferty Wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o., jeszcze nie nastąpiła. Stąd odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień oraz wobec zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Polska Ekologia sp. z o.o. jest przedwczesne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....