

Kraków, dnia 20 marca 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący: Light On sp. z o.o.

ul. Zygmunta Krasińskiego 18/97, 01-581
Warszawa

KRS: 0001049913

reprezentowany przez:

r.pr. Dawid Pantak

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Filarecka 3/4, 30-110 Kraków

telefon: 668 501 984

e-mail: dawid.pantak@legalkp.pl

Zamawiający: Gmina Nowosolna

Rynek Nowosolna 1, 92-703 Łódź

tel.: (42) 616 45 00

e-mail: urząd@gminanowosolna.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Roboty budowlane polegające na budowie oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Nowosolna” (numer referencyjny: RI.271.1.1.2024)

ODWOŁANIE

1. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa [które wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz wydrukiem komputerowym informacji z Krajowego Rejestru Sądowego stanowią załączniki od 1 do 3 do niniejszego odwołania], na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) [dalej: „ustawa Pzp”] wnoszę

odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

2. Przedmiotem zamówienia są „Roboty budowlane polegające na budowie oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Nowosolna” (numer referencyjny: RI.271.1.1.2024).
3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00047106.
4. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to zaniechanie wezwania wykonawcy MR Instal Makowski spółka jawna z siedzibą w Łodzi [dalej: „MR Instal”] do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.
5. Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawia zarzut naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy MR Instal do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, podczas gdy cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest o co najmniej 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.
6. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:
 - 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy MR Instal do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.
 - 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 10.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

UZASADNIENIE

I.

OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNE

7. Zamawiający prowadzi na podstawie ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Roboty budowlane polegające na budowie oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Nowosolna” (numer referencyjny: RI.271.1.1.2024).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym w wariantcie bez negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp).

8. Zamawiający w punkcie 5 specyfikacji warunków zamówienia przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających (powtarzających się):

„Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień na podstawie 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 7 Ustawy, polegających na powtórzeniu podobnych robót budowlanych, do wysokości nieprzekraczającej 50% wartości zamówienia podstawowego w terminie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych”.

9. W protokole postępowania Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia wynosi 475.542,57 zł, co stanowi równowartość 102.551,72 euro.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, została ustalona na kwotę 156.514,19 zł, co stanowi równowartość 34 183,91 euro.

Tym samym żeby ustalić wartość zamówienia podstawowego należy odjść od całościowej wartości zamówienia [475.542,57 zł] wartość zamówień uzupełniających (powtarzających się) [156.514,19 zł]. W takim przypadku otrzymujemy wartość 319.028,38 zł.

10. [W celu uniknięcia wątpliwości Odwołujący już w tym miejscu wskazuje, że wskazane kwoty są wartościami netto, to znaczy wartościami bez należnego podatku od towarów i usług. Stanowi o tym art. 29 ustawy Pzp:

„Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością”].

11. W kosztorysie inwestorskim wskazane zostało, że wartość robót budowlanych składających się na zamówienie podstawowe wynosi 317.028,38 zł netto, czyli 389.944,91 zł brutto.

12. [W tym miejscu Odwołujący wskazuje na drobną omyłkę, jaka występuje pomiędzy protokołem postępowania a kosztorysem inwestorskim.

Według obliczeń z protokołu postępowania wartość zamówienia podstawowego wynosi 319.028,38 zł. Natomiast według kosztorysu inwestorskiego wartość zamówienia podstawowego wynosi 317.028,38 zł.

Występuje więc różnica w wysokości równo 2.000 zł.

Odwołujący nie wie, skąd wynika ta rozbieżność. Prawdopodobnie jest to omyłka Zamawiającego i jego intencją było wskazanie, że wartość zamówienia podstawowego wynosi 317.028,38 zł.

Omyłka ta nie ma jednak większego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, a Odwołujący przytacza tę okoliczność wyłącznie na marginesie, w celu pełnego wyjaśnienia stanu sprawy

W dalszej części odwołania Odwołujący – z daleko idącej ostrożności – przyjmował będzie niższą wartość, czyli kwotę 317.028,38 zł. Podkreślam jednak, że różnica 2.000 zł nie wpływa w żaden zasadniczy sposób na dalsze obliczenia].

13. W postępowaniu ofertę złożył między innymi wykonawca MR Instal. Za realizację zamówienia zaoferował cenę w wysokości 194.094,00 zł brutto. W ofercie tego wykonawcy nie znajdują się żadne omyłki, które miałyby powodować zmianę ceny wskazanej w formularzu ofertowym.
14. Żeby sprawdzić, jaka jest relacja ceny zaoferowanej przez wykonawcę MR Instal do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, należy dokonać następujących czynności:

- 1) W pierwszej kolejności należy ustalić właściwą stawkę podatku od towarów i usług. W tym przypadku jest to 23%.
- 2) Następnie należy dodać do wartości zamówienia podstawowego [317.028,38 zł] wartość podatku od towarów i usług [23%]. Otrzymujemy wartość zamówienia podstawowego powiększoną o należny podatek od towarów i usług [389.944,91 zł].
- 3) Następnie należy obliczyć proporcje według wzoru:

$100\% - ((\text{cena zaoferowana przez wykonawcę MR Instal} * 100\%) / [\text{wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług}])$

$100\% - (194.094,00 \text{ zł} * 100\%) / 389.944,91 \text{ zł} = 50,23\%$

15. Cena zaoferowana przez wykonawcę MR Instal jest więc o 50,23% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.
16. Wykonawca MR Instal na żadnym etapie nie został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
17. W dniu 15 marca 2024 r. (na dokumencie omyłkowo znajduje się data 15 marca 2023 r., ale pismo zostało wysłane 15 marca 2024 r.) Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy MR Instal jako najkorzystniejszej.

W tym samym dniu (i przy analogicznej omyłce w dacie) Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na wcześniejsze błędne odrzucenie oferty Odwołującego.

Jeszcze tego samego dnia Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty wykonawcy ME Instal jako najkorzystniejszej (nie podejmując już czynności odrzucenia oferty Odwołującego).

18. W celu wyjaśnienia, dlaczego wykonawca MR Instal nie został wezwany do wyjaśnień zaoferowanej ceny Odwołujący wystosował do Zamawiającego wiadomość za pośrednictwem platformy przeznaczonej do komunikacji.

W odpowiedzi Odwołujący otrzymał następującą wiadomość:

„Dzień dobry,

Szanowny Panie, zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp – Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7, art. 388 pkt 2 lit. c lub art. 415 ust. 2 pkt 6, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się także wartość tych zamówień. Zgodnie z pkt 5 SWZ 5. Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień na podstawie 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 7 Ustawy, polegających na powtórzeniu podobnych robót budowlanych, do wysokości nieprzekraczającej 50% wartości zamówienia podstawowego w terminie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych.

Taki zapis powoduje, że wartość szacunkowa wskazana w treści protokołu jest wartością zawyżoną, ale określoną zgodnie z przepisami PZP. Natomiast wartością zamówienia przyjętą do określenia czy występuje rażąco niska cena jest wartość nie obejmująca zamówień uzupełniających i dodatkowych, która wynosi 317 028,38 zł. brutto i 257 746,65 zł. netto.

Porównując zatem te dane z uwzględnieniem przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, dojdzie Pan do wniosku, że tylko dwie oferty ZRE Dyonizy Okrasa i Energojon zawierają rażąco niską cenę. Powyższych wykonawców Zamawiający wezwał do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W pozostałe oferty w tym zakresie nie podlegają badaniu rażąco niskiej ceny, gdyż ich ceny nie są niższe o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Mam nadzieję, że wyjaśnienie jest dla Pana czytelne i zrozumiałe.

Z poważaniem”.

19. Z powyższej wiadomości wynika więc, że:

- 1) Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że podstawą do weryfikacji, czy wykonawcy powinno być zostać wezwani do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wartość zamówienia podstawowego (bez uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających (powtarzających się)).
- 2) Jako wartość zamówienia podstawowego Zamawiający przyjmuje kwotę 317.028,38 zł (czyli wynikającą z kosztorysu inwestorskiego), a nie kwotę 319.028,38 zł (wynikającą z obliczeń z protokołu postępowania).
- 3) W stanowisku Zamawiającego znajdują się jednak następujące nieścisłości, które prowadzą go do błędnych wniosków:
 - a) Zamawiający przyjmuje, że wartość zamówienia podstawowego wynosi 317.028,38 zł brutto, czyli 257.746,65 zł netto.

Tymczasem kwota 317.028,38 zł to wartość zamówienia netto. Wynika to wyraźnie chociażby z kosztorysu inwestorskiego, w którym wskazano, że wartość robót budowlanych składających się na zamówienie podstawowe wynosi 317.028,38 zł netto, czyli 389.944,91 zł brutto.

Tym samym od kwoty 317.028,38 zł nie należy (jak to zrobił Zamawiający) odejmować wartości podatku od towarów i usług. Przeciwnie – należy do niej dodać wartość tego podatku.

- b) Niezależnie od powyższego Zamawiający popełnia drugi błąd, czyli dokonuje weryfikacji na podstawie błędnie przyjętej przez siebie kwoty netto (257.746,65 zł).

Tymczasem nawet gdyby Zamawiający popełnił błąd wskazany w literze a, to przynajmniej powinien dokonać obliczeń bazując na wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku od towarów i usług.

20. Przyjmując oba powyższe błędy Zamawiającego faktycznie wyłącznie ceny zaoferowana przez wykonawców Zakład Robót Elektrycznych Dyonizy Okrasa oraz Energjon Jarosław Jończyk są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia.

Przyjmując jednak prawidłową wartość zamówienia [317.028,38 zł] oraz powiększając ją o należny podatek od towarów i usług [389.944,91 brutto] okazuje się, że również cena wykonawcy MR Instal jest o 50,23% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

21. Co więcej, obowiązek wezwania wykonawcy MR Instal powstałby również gdyby Zamawiający popełnił wyłącznie błąd określony w literze a, a nie popełnił błędu określonego w literze b.

Nawet gdyby Zamawiający błędnie przyjął, że wartość zamówienia netto wynosi 257.746,65 zł, ale dodał do niej wartość podatku od towarów i usług, czyli otrzymał kwotę brutto 317.028,38 zł (która w istocie jest wartością zamówienia netto), to i tak przy takich obliczeniach cena zaoferowana przez wykonawcę MR Instal jest niższa o 38,72% od wartości zamówienia ustalonej z jednym błędem.

II.

OKOLICZNOŚCI PRAWNE

22. Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp:

„W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

23. W niniejszym stanie faktycznym cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę MR Instal wynosi 194.094,00 zł brutto i jest o 50,23% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

24. Zamawiający powinien więc wezwać wykonawcę MR Instal do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czego jednak zaniechał. Tym samym naruszył art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

III.

KWESTIE FORMALNE

25. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę.

Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, to wykonawca MR Inwest potencjalnie mógłby w ogóle nie złożyć wyjaśnień lub złożyć wyjaśnienia nie wykazujące, że jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę. W konsekwencji oferta wykonawcy MR Inwest podlegałaby odrzuceniu, a to oferta Odwołującego byłaby ofertą najwyższej ocenioną i Odwołujący miałby wysokie szanse na uzyskanie zamówienia.

Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

26. Zamawiający przekazał Odwołującemu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 15 marca 2024 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp:

„Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

Termin 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania przypadał w dniu 20 marca 2024 r. i został zachowany.

27. Wpis od odwołania wynosi 10.000 zł zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Dowód uiszczenia wpisu od odwołania stanowi załącznik numer 4.
28. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej przed upływem terminu do wniesienia odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej. Dowód przesłania odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik numer 5 do niniejszego odwołania.

29. Wykaz załączników:

- 1) Pełnomocnictwo dla r.pr. Dawida Pantaka;
- 2) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) Wydruk komputerowy informacji z Krajowego Rejestru Sądowego;
- 4) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Dawid Pantak

/ dokument podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym /