

Uchwała nr XLIV/286/2018
Rady Gminy Godziesze Wielkie
z dnia 07 marca 2018 roku

w sprawie uznania skargi za bezzasadną

Na podstawie art. 18 ust. 2 pkt. 15 w związku z art. 18a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1875, ze zm.) i art. 229 pkt. 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257, ze zm.) uchwała się, co następuje:

- § 1. Po zapoznaniu się z wynikami postępowania przeprowadzonego przez Komisję Rewizyjną Rady Gminy Godziesze Wielkie uznaje się skargę Pana Artura Różewicza z dnia 02 stycznia 2018 r., dotyczącą nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania: „Rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Godziesze Małe, Kapie, Krzemionka i część Woli Droszewskiej – Etap I”, za bezzasadną z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu do niniejszej uchwały.
- § 2. Zobowiązuje się Przewodniczącą Rady Gminy Godziesze do zawiadomienia składającego skargę o sposobie jej rozpatrzenia poprzez przesłanie niniejszej uchwały wraz z uzasadnieniem.
- § 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

PRZEWODNICZĄCA
Rady Gminy
Mirosława Kobyłka

Uzasadnienie
do uchwały nr XLIV/286/2018
Rady Gminy Godziesze Wielkie
z dnia 07 marca 2018 roku

w sprawie uznania skargi za bezzasadną

W dniu 02 stycznia 2018 roku Pan Artur Różewicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „EKO-NAJ” Artur Różewicz, ul. Sosnowa 5a; 62-800 Kalisz, zwany dalej Wykonawcą, złożył do Zamawiającego – Gminy Godziesze Wielkie zawiadomienie o nieprawidłowościach, do których - zdaniem Pana Różewicza – doszło podczas przetargu nieograniczonego, prowadzonego przez Gminę, na wykonanie zadania pn. „Rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Godziesze Małe, Kąpie, Krzemionka i część Woli Droszewskiej – Etap I”.

Zgodnie z art. 222 Kodeksu Postępowania Administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 z późn. zm.) o tym, czy pismo jest skargą albo wnioskiem, decyduje treść pisma, a nie jego forma zewnętrzna. Z tego względu powołane wyżej zawiadomienie zostało rozpatrzone jako skarga.

Stosownie do art. 229 pkt 3 KPA organem właściwym do rozpatrzenia skargi dotyczącej zadań lub działalności wójta jest rada gminy.

Odrzucenie oferty Wykonawcy przez Zamawiającego zostało poprzedzone wezwaniem Wykonawcy z dnia 26 września 2017 roku w art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.), zwanej dalej PZP do udzielenia Zamawiającemu w terminie do dnia 02 października 2017 r. do godziny 12.00 wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wyjaśnił Wykonawcy, że jego wątpliwości wynikają z tego, że zaoferowana cena była niższa o 33,38% od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia (powiększonej o VAT). Z tego to względu Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, dokumentacją projektową, techniczną oraz odrębnymi przepisami prawa. Zamawiający poinformował też Wykonawcę, że odrzuci jego ofertę jeżeli nie złoży wyjaśnień w terminie lub jeżeli dokonana przez Zamawiającego ponowna ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi pisemnymi dowodami potwierdzi, że oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę.

W dniu 02 października 2017 roku o godz. 08.41 na powyższe wezwanie Wykonawca złożył Zamawiającemu wyjaśnienia - przede wszystkim w zakresie rażąco niskiej ceny, oświadczając równocześnie, że jego cena nie jest rażąco niska, bowiem posiada on nowoczesną bazę sprzętową co umożliwi zwiększenie wydajności procesów produkcyjnych i obniżenie kosztów wykonywania prac, bez udziału podwykonawców. Wykonawca uzasadniając brak podstaw do przyjęcia przez Zamawiającego, że jego cena jest rażąco niska, powołał się na bliżej niedookreślone przychyłności logistyczne, szanse na zmniejszenie kosztów wynajmu placu, uzyskanie rabatów cenowych na materiały, bliskość terenu budowy i związane z tym potencjalne obniżenie kosztów transportu i wynagrodzenia, na swoje wieloletnie doświadczenie oraz możliwości uzyskania korzystnych rabatów, wskazał także, że na potrzeby ustalenia ceny zbierał oferty od potencjalnych dostawców. Dodatkowo oświadczył, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wykonanie całości przedmiotu zamówienia i wszystkich czynności określonych w SIWZ, powołał się także na odbyłą wizję lokalną na terenie przyszłej budowy, co również jego zdaniem pozwoliło mu prawidłowo i realnie wycenić swoje wynagrodzenie. Oświadczył ponadto, że cena roboczegodziny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Na potwierdzenie swoich wyjaśnień Wykonawca złożył Zamawiającemu wykaz sprzętu oraz 2 oferty na dostawy wyposażenia i materiałów kanalizacyjnych pochodzących od dwóch dostawców PW Margo oraz EKO-INSTAL R. Chabowski sp.j. Przedstawione dowody zawierające określenie cen dla Wykonawcy na zakup niezbędnych materiałów (rury kanalizacyjne) i wyposażenia sieci kanalizacyjnej (przepompownie) nie noszą jakichkolwiek cech szczególnego (z racji „długoletniej współpracy z producentami”) traktowania wykonawcy w postaci udzielenia mu rabatu przy zakupach, wprost przeciwnie – w ofercie sprzedaży dostawcy rur kanalizacyjnych (EKO-INSTAL) figuruje wymóg : forma płatności – gotówka, termin płatności - „od ręki” – zero dni. Ponadto, co wymaga podkreślenia, oferta sprzedaży rur kanalizacyjnych (z EKO-INSTAL) utraciła swoją ważność w dniu 29 września 2017 roku, a więc przed datą odpowiedzi Wykonawcy z dnia 2 października 2017 r.

W dniu 12 października 2017 r. Wykonawca, na podstawie art. 181 ust. 1 PZP, skierował do Zamawiającego zawiadomienie o niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego, polegającej na nieuprawnionym, jego zdaniem, odrzuceniu jego oferty. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1 PZP, wnosząc o unieważnienie czynności odrzucenia oferty, o ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i o dokonanie przez Zamawiającego ponownej czynności oceny złożonych ofert. Uzasadniając swoje wystąpienie

Wykonawca powołał się m. in. na nieznaczne dysproporcje między swoją ofertą a ofertą pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i oparcie się przez Zamawiającego wyłącznie na ubruttowionej szacunkowej wartości zamówienia jako punktu odniesienia do oceny oferty Wykonawcy w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny. Ponadto Wykonawca zarzucił Zamawiającemu, że ten zbyt ogólnie sformułował wezwanie do wyjaśnień, stąd też Wykonawca nie wiedział jak szczegółowych wyjaśnień miał udzielić i jakie dokładnie dowody złożyć.

Po złożeniu tego pisma Zamawiający zwrócił się do Wielkopolskiej Grupy Prawniczej o dokonanie oceny prawnej oferty złożonej przez Wykonawcę oraz czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią przedłożonej opinii prawnej z dnia 31 października 2017 roku obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Na czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, zarówno w postępowaniach powyżej progów unijnych, jak i w tzw. postępowaniach podprogowych, Wykonawcom, których oferty zostały odrzucone przysługuje odwołanie. Zgodnie z art. 180 ust. 1 PZP odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast, stosownie do art. 180 ust. 2 PZP, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Terminy na wniesienie odwołania zostały szczegółowo określone w art. 182 PZP. W szczególności w myśl art. 182 ust. 1 pkt. 2 PZP odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 PZP zdanie drugie albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość

zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

Instytucja prawna przewidziana w art. 181 PZP, polegająca na skierowaniu do Zamawiającego informacji o czynnościach niezgodnych z prawem, znajduje zastosowanie do czynności Zamawiającego, na które nie przysługuje Wykonawcy odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 PZP. W myśl art. 180 ust. 1 PZP Wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 PZP.

W związku z tym, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę była niższa o 33,38% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, Zamawiający był obowiązany wezwać tego Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny. Bez znaczenia dla konieczności wezwania pozostawało to, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co potwierdza literalne brzmienie art. 90 ust. 1a pkt. 1 PZP.

W zaistniałym stanie faktycznym w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego oraz ustalenia Komisji Rewizyjnej Rady Gminy Godziesze Wielkie należy uznać, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty zgodnie z PZP, biorąc pod uwagę, że:

- 1) zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP Zamawiający podjął czynności zmierzające do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy EKO-NAJ Artur Różewicz;
- 2) zamawiający był zobowiązany wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny, ponieważ zaoferowana przez niego cena była niższa o 33,38% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonego o podatek VAT. Bez znaczenia dla konieczności wezwania było to, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, co potwierdza brzmienie art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP;
- 3) treść wezwania do złożenia wyjaśnień z 26 września 2017 r. umożliwiła profesjonalnemu Wykonawcy – zainteresowanemu wykazaniem, że jego cena nie jest rażąco niska – udzielenie Zamawiającemu jednoznacznych i precyzyjnych informacji na dowód tego, że jego cena nie jest rażąco niska;
- 4) treść wezwania mogłaby być przedmiotem kontroli Krajowej Izby Odwoławczej – w kontekście odwołania na czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty

Wykonawcy – jednak Wykonawca nie skorzystał z przysługujących mu uprawnień ustawowych i nie wniósł odwołania;

- 5) do odrzucenia oferty Wykonawcy doszło po zwróceniu się do niego o udzielenie wyjaśnień a samo odrzucenie oferty zostało dokonane z uwzględnieniem udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień i po szczegółowej analizie ich charakteru i treści;
- 6) złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z 02 października 2017r., ze względu na ich formę i znaczny stopień ogólności nie dowiodły Zamawiającemu, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie ma charakteru rażąco niskiej ceny. Stąd też dokonana przez Zamawiającego w dniu 09 października 2017 r. czynność odrzucenia oferty Wykonawcy miała postawy prawne określone w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 PZP;
- 7) zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy z dnia 09 października 2017 r. było zgodne z aktualnym brzmieniem art. 92 ust. 1 PZP;
- 8) wystąpienie Wykonawcy z dnia 12 października 2017 r. było nieskuteczne i nie mogło wywołać skutków prawnych, o których mowa w art. 181 ust. 2 PZP. Jedynym skutecznym środkiem ochrony prawnej jaki przysługiwał Wykonawcy na czynność odrzucenia jego oferty w dniu 02 października 2017 r., który mógłby potencjalnie umożliwić wzruszenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty, było odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 4 PZP – jednak Wykonawca, w ustawowym terminie 5 dni od dnia przesłania mu informacji o odrzuceniu, nie skorzystał z tego uprawnienia;
- 9) argumenty Wykonawcy przedstawione w jego piśmie z dnia 12 października 2017 r., nadal mają postać ogólnych tez i w znacznej mierze sprowadzają się do odniesienia zaoferowanej ceny do pozostałych cen zaoferowanych w przetargu. Zdaniem Zamawiającego w piśmie tym Wykonawca podejmuje próbę wymuszenia na Zamawiającym konieczności ponownego wezwania go do złożenia wyjaśnień co w świetle orzecznictwa KIO w przedstawionym stanie faktycznym nie jest możliwe.

Uwzględniając powyższe skargę EKO-NAJ Artur Różewicz z dnia 02 stycznia 2018 roku należy uznać za bezzasadną.

Zgodnie z art. 239 § 1 Kodeksu Postępowania Administracyjnego w przypadku gdy skarga, w wyniku jej rozpatrzenia, została uznana za bezzasadną i jej bezzasadność wykazano w odpowiedzi na skargę, a skarżący ponowił skargę bez wskazania nowych okoliczności -

organ właściwy do jej rozpatrzenia może podtrzymać swoje poprzednie stanowisko z odpowiednią adnotacją w aktach sprawy - bez zawiadamiania skarżącego.

PRZEWODNICZĄCA
Rady Gminy

Mirosława Kobylka