

Sygn. akt: KIO 2431/11

**WYROK**  
**z dnia 23 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2011 r. przez Odwołującego – **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**,

przy udziale Wykonawcy - **Investgas S.A., Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego – **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa**, na rzecz Zamawiającego - **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący: .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A., ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksową usługę budowlaną nadzoru inwestorskiego i przyrodniczego dla inwestycji pn. „Budowa gazociągu DN 700 Szczecin-Gdańsk, Etap II - gazociąg DN 700 Karlino-Koszalin, Etap III - gazociąg DN 700 Koszalin-Słupsk oraz Etap IV - gazociąg DN 700 Słupsk-Wiczlino”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 85-139691.

Dnia 2 listopada 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która złożona została przez INVESTGAS S.A., ul. Jana Pawła II 70; 00-175 Warszawa.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o., ul. Postępu 15 B; 02-676 Warszawa (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 10 listopada 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia - Investgas,
- wyborze oferty Investgas, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Investgas, mimo że treść złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może być uznana za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
2. Przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Investgas w dniu 24 października 2011 roku,
3. Przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Investgas, mimo że twierdzenia podniesione przez Investgas w piśmie z dnia 24 października 2011 roku potwierdziły, że oferta Investgas zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu:
  - a) dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Investgas jako najkorzystniejszej,
  - b) odrzucenia oferty Investgas,
  - c) dokonania ponownej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
3. Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych zaniechanie odrzucenia oferty Investgas naruszyło interes prawny Odwołującego, albowiem uniemożliwiło

wybór oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego, treść pisma Investgas z dnia 24 października 2011 roku nie może być uznana za wyjaśnienia spełniające wymagania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew wyrażonej przez Zamawiającego prośbie o podanie szczegółowej kalkulacji ceny, kalkulacja taka w ogóle nie została przez Investgas przedstawiona - nie została ani zamieszczona w piśmie tego wykonawcy z dnia 24 października 2011 roku, ani do tego pisma załączona. Nieprzedstawienie takiej kalkulacji spowodowało, iż twierdzenia podnoszone przez Investgas mają charakter nazbyt ogólny i nie pozwalają na przesądzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy. Tymczasem, w wypadku wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, iż dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz konieczne jest złożenie wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane i przekonujące, iż zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający natomiast w przypadku powzięcia wątpliwości, co do wysokości ceny oferty Investgas i uznania jej za niewiarygodną, czego konsekwencją było wezwanie do wyjaśnienia, nie może poprzestać na uznaniu faktu samego złożenia wyjaśnień bez ich merytorycznej oceny.

Investgas wymienił wprawdzie kilka elementów (płace, delegacje, koszty transportu, zakwaterowania, biura, wyposażenia, udział specjalistów), jakie miały zostać przez niego uwzględnione przy ustalaniu przedstawionej ceny ofertowej, jednak ani nie wskazał, jaka jest wysokość tych kosztów, ani nie podjął nawet próby wyjaśnienia, w jakim zakresie elementy te ujął w cenie oferty złożonej w tym konkretnym postępowaniu przetargowym. Investgas nie podał żadnych danych ani nie wskazał wysokości kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, które pozwoliłyby na zweryfikowanie, czy cena ofertowa jest rażąco niska.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł, iż oferta Investgas powinna była zostać odrzucona, co najmniej ze względu na to, iż Investgas nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż istotne jest, aby z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności wykonawca nie ponosił strat. Investgas w żaden sposób nie odniósł się do kwestii zysku, jaki w związku z wykonaniem zamówienia miałby osiągnąć. Investgas stwierdził jedynie ogólnikowo, iż za zaproponowaną

cenę rzetelne wykonanie zamówienia jest realne, jednak w żaden sposób nie poruszył kwestii rentowności swojego zaangażowania w wykonanie zamówienia. Investgas nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie podjął próby udowodnienia, iż proponowana przez niego cena jest realna, a przecież za cenę realną uznać można wyłącznie cenę, która zapewnia wykonawcy zysk.

Odwołujący podniósł również, iż takie okoliczności, jak uczestnictwo w projektach dofinansowywanych przez UE czy interdyscyplinarność personelu - wobec ich ogólnikowego jedynie przywołania niepopartego wymaganą przez Zamawiającego szczegółową kalkulacją ceny - również nie stanowią ani uzasadnienia dla twierdzenia, iż cena zaproponowana przez Investgas nie jest rażąco niska, ani tym bardziej tego nie dowodzą. Wskazywanie przez Investgas na możliwość swobodnego przenoszenia osób pomiędzy kilkoma jednocześnie nadzorowanymi kontraktami jest argumentem raczej na niekorzyść tego wykonawcy.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 10 listopada 2011 roku.

Zamawiający, kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 14 listopada 2011 roku.

Dnia 17 listopada 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: INVESTGAS S.A., ul. Jana Pawła II 70; 00-175 Warszawa.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie uwzględniła dowodu zgłoszonego przez Przystępującego jako, że charakter dowodu świadczy o uzupełniającym jego charakterze, składanego do wyjaśnień złożonych pismem z dnia 24 października 2010 roku. Wykonawca ma możliwość jednokrotnego składania wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ustawy Pzp, a uzupełnienie takich wyjaśnień przez złożenie stosownej kalkulacji, w dniu przeprowadzenia rozprawy, traktować należy, jako niedopuszczalne uzupełnienie wyjaśnień, złożone po terminie przewidzianym przez Zamawiającego. Ponadto Przystępujący nie przekazał tegoż dowodu Zamawiającemu. Odwołujący nie otrzymał dowodu zgłoszonego przez Przystępującego z uwagi na fakt, iż dowód został zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że do upływu terminu składania ofert wpłynęło 8 ofert, których ceny kształtowały się następująco (ZP-PO):

- 1) Oferta Nr 1 – 7 318 000,00 zł brutto,
- 2) Oferta Nr 2 – 2 681 400,00 zł brutto,
- 3) Oferta Nr 3 – 2 583 000,00 zł brutto,
- 4) Oferta Nr 4 – 2 459 877,00 zł brutto,
- 5) Oferta Nr 5 – 2 742 900,00 zł brutto,
- 6) Oferta Nr 6 – 1 840 080,00 zł brutto,
- 7) Oferta Nr 7 – 3 674 010,00 zł brutto,
- 8) Oferta Nr 8 – 1 904 655,00 zł brutto.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 19 października 2011 roku wezwał Przystępującego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z prośbą o złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty za wykonanie przedmiotowego zamówienia. W szczególności Zamawiający zwrócił się z prośbą o podanie szczegółowej kalkulacji ceny, tj. sposobu obliczenia łącznej ceny ryczałtowej z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość.

W odpowiedzi Przystępujący stwierdził, że cena jego oferty została skalkulowana właściwie, nie jest niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych i możliwe oraz realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Przystępujący wskazał, iż

skalkulowana łączna cena ofertowa zawiera wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia, w której uwzględniono m.in.:

- dogodne warunki logistyczne (...),
- doskonałą znajomość realizacji rurociągowych w warunkach krajowych (...),
- interdyscyplinarność personelu nadzoru (...),
- uczestnictwo w projektach dofinansowanych przez UE (...).

Ponadto przystępujący podał, iż jego oferta nie odbiega w sposób istotny od cen zaproponowanych przez innych uczestników postępowania i zgodnie z podanym uzasadnieniem jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, umożliwiając prawidłową realizację zamówienia.

Na rozprawie Zamawiający wskazał, iż istotnymi dla niego elementami, które miały decydujący wpływ na dokonaną ocenę była okoliczność interdyscyplinarności personelu nadzoru, której to oceny dokonał w oparciu o dokumenty składające się wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w szczególności fakt, że członkowie zespołu nadzoru przedstawieni przez Przystępującego posiadają kilka specjalności, dzięki czemu zostaje zredukowany koszt zatrudnienia specjalistów.

Zamawiający wskazał również na okoliczność umiejscowienia bazy Przystępującego, jego oddziału, w bezpośredniej bliskości realizowanego zamówienia.

Również Przystępujący podał, że istotnym dla niego elementem, ponad te, o których wypowiadał się Zamawiający, który wskazał w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2011 roku był fakt, iż posiada bardzo bogate doświadczenie w realizacji inwestycji w warunkach krajowych, tzw. specyfika branży krajowej, której z kolei nie posiada Odwołujący, gdyż z wykazu robót przedstawionych Zamawiającemu wynika doświadczenie w realizacji robót, poza granicami Polski.

Powyższe wyjaśnienia Izba uznała za zasadne.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej konieczne jest stwierdzenie, iż Zamawiający wzywając wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień, w zakresie rażąco niskiej ceny, nie jest formalnie zobligowany do zastosowania opracowanego urzędowo druku i w tym względzie, za każdym razem indywidualnie, na zasadach suwerenności, konstruuje treść informacji, jakich będzie wymagał - w celu dokonania prawidłowej oceny oferty, pod kątem ceny rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący w sposób dla niego właściwy, przy zachowaniu swobody udzielania wypowiedzi, jak i zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił informacje i wyjaśnienia, które w ocenie Zamawiającego utwierdziły go, iż cena zaoferowana przez Przystępującego jest realna i pozwala na realizację zamówienia w sposób gwarantujący Zamawiającemu pewność jego rzetelnego wykonania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jak i naruszenie przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Jednakże zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych cyt. *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. (...)”*. Odwołujący, do zamknięcia rozprawy, poza twierdzeniami zawartymi w treści odwołania, pisma procesowego z dnia 22 listopada 2011 roku oraz stanowiskiem przekazanym ustnie do protokołu na rozprawie, nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby świadczyć, iż informacje przekazane Zamawiającemu przez Przystępującego potwierdzają, iż cena przedstawiona przez Przystępującego posiada znamiona ceny rażąco niskiej.

Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż przepis art. 90 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi samodzielną przesłankę do możliwości odrzucenia oferty w przypadku, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby przepis powyższy stanowi o obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia potwierdziły zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Jednakże podstawą prawną takiego odrzucenia stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty (Odwołującego i Przystępującego), które pod względem ceny różnią się jedynie o około 3,5 %, co wskazuje na realność ceny, zarówno tej zaproponowanej przez Przystępującego, jak i Odwołującego. Oferty pozostałych wykonawców również nie odbiegają w sposób znaczący od ceny oferty Przystępującego, a ponadto żadna z cen ofertowych nie zbliżyła się nawet do wartości szacunkowej zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wartość szacunkową zamówienia oszacował przy wykorzystaniu maksymalnych wskaźników, co spowodowało, iż tak znacznie odbiega ona od realnie uzyskanych, w przedmiotowym postępowaniu cen ofertowych, co z kolei nie oznacza, że ceny ofert są cenami rażąco niskimi.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał wnikliwej i co najważniejsze prawidłowej oceny oferty Przystępującego.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego są niezasadne i dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....