

WYROK

z dnia 4 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 26, 29 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez **wykonawcę: PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S. A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMP PROMONT d o.o. z siedzibą w Słowenii oraz JT S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy: PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S. A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) 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. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Budowa gazociągu Lwówek-Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującej: Etap I-gazociąg Lwówek – Krobia, Etap II-gazociąg Krobia-Odolanów. Część 2”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 1 kwietnia 2015 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 067-120700.

Wykonawca - PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 12 września 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, z uwagi iż wykonawca nie wykazał – wobec złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – że zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, zarzucając m. in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2, art. 91 ustawy Pzp. Odwołujący również zakwestionował termin wyznaczony przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMP PROMONT d o.o. z siedzibą w Słowenii oraz JT S. A. z siedzibą w Warszawie, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej również: „SIWZ”).

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 26 września 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Stanowisko Zamawiającego w całości zastrzeżone zostało jako tajemnica przedsiębiorstwa, z uwagi iż odnosiło się do wyjaśnień wykonawcy objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania 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.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto 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 14 września 2016 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMP PROMONT d o.o. z siedzibą w Słowenii oraz JT S. A. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Budowa gazociągu Lwówek-Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującej: Etap I-gazociąg Lwówek – Krobia, Etap II-gazociąg Krobia-Odolanów. Część 2”*.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

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

1. PGNiG Technologie S. A. – 75.200.000,00 zł netto;
2. Konsorcjum JT Sp. z o.o. i IMP PROMONT do.o. – 94.516.600,00 zł netto;
3. Konsorcjum TEGAS S. A. i IZOSTAL S. A. – 95.424.000,00 zł netto;
4. Konsorcjum Budimex S. A. i AB KDS – 98.000.000,00 zł netto;
5. Konsorcjum KB DORAKO Sp. z o.o., PBG Oil&Gas Sp. z o.o. OT INDUSTRIES – KVV CONTRACTOR CO. LTD. – 106.263.000,00 zł netto;
6. IDS – BUD S. A., PSJ HYDROTRANZIT a.s., GAZPROJEKT S. A., NAFTOREMONT – NAFTOBUDOWA Sp. z o.o. – 108.000.000,00 zł;
7. A. HAK Leidingbouw B.V. – 194.752.940,00 zł netto.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, Załącznik nr 2 /.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny./

Odwołujący udzielił Zamawiającemu częściowych wyjaśnień.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny/

Zamawiający w dniu 2 września 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IMP PROMONT d o.o. z siedzibą w Słowenii oraz JT S. A. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 września 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie wniósł odwołanie w dniu 12 września 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy PGNiG Technologie S. A. z siedzibą w Krośnie z dnia 12 września 2016 r. /.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 26 września 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 26 września 2016 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niewykazanie, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska - uznała, że zarzut Odwołującego nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Przede wszystkim zauważenia wymaga, że Ustawa Prawo zamówień publicznych określa sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je Zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio

umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Wobec powyższego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, jednak nie może tego uczynić, nie poprzedziwszy swojej decyzji w tym względzie przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień bądź ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że zaoferowano rażąco niską cenę, oferta podlega zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuceniu. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10 na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające i ogólnikowe. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05.

Izba – analizując wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w niniejszej sprawie – przychyliła się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, uznając je za zasadne. Ze względu na fakt, iż większość wyjaśnień - w zakresie rażąco niskiej ceny - została przez wykonawcę utajniona argumentacja Izby nie może sprowadzać się do szczegółowego omówienia treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że Odwołujący złożonymi wyjaśnieniami nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wezwanie Zamawiającego wskazywało na konieczność przedstawienia stosownej kalkulacji, a wykonawca zobowiązany był do wskazania konkretnych elementów ceny, wykazania że co do tych elementów cena nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby wezwanie Zamawiającego zostało - stosownie do niniejszego postępowania – doprecyzowane. Odwołujący w swojej argumentacji jest niekonsekwentny, gdyż z jednej strony twierdzi, że wezwanie Zamawiającego było nieprecyzyjne, z drugiej strony twierdzi, że wezwanie jest zbyt szczegółowe w swej treści.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień, Izba uznała, zarzut ten – kwestionowany na tym etapie postępowania - za spóźniony. Ponadto izba nie zgodziła się z Odwołującym co do argumentacji dotyczącej podstawy prawnej odrzucenia. W ocenie Izby skoro Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp razem z przywołaną argumentacją faktyczną należało bez wątplenia uznać, że obejmuje ona również podstawę prawną wynikającą z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – zgadzając się z Zamawiającym – Odwołujący nie wykazał, w szczególności co do niektórych pozycji, że cena przez niego zaoferowana nie jest rażąco niska (m in. spawanie liniowe gazociągu, mechaniczne gięcie łuków, układki, transport, rozbiórka po trasie, kadra).

Krajowa Izba Odwoławcza w szczególności co do tych pozycji przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że wyjaśnienia co do tych pozycji były niewystarczające, a wykonawca nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w niniejszej sprawie – co do takiego przedmiotu zamówienia i jego zakresu – należało złożyć stosowną kalkulację dotyczącą uzyskanych oszczędności, wynagrodzenia poszczególnych fachowców (np. spawaczy). Odwołujący nie złożył w tej części szczegółowych umów. W ocenie Izby Odwołujący nie może zasłaniać się ochroną danych osobowych, skoro wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Istotą instytucji zastrzeżenia pewnych informacji jest nieujawnianie jej szerokiego kręgu osób, z zastrzeżeniem że informacje objęte ochroną dostępne są Krajowej Izbie Odwoławczej.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, że co do poszczególnych punktów wyjaśnianych przez wykonawcę, brak jest stosownych ofert, a niektóre z pozycji wyjaśnione zostały tylko jednym ogólnym określeniem. W ocenie Izby nie usprawiedliwia również Odwołującego to, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe. Należy pamiętać, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ogólnym i ma zastosowanie również w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Niewystarczające jest również twierdzenie Odwołującego co do posiadanego doświadczenia (zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego). Należy pamiętać, że wykonawca złożonymi w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnieniami – w konkretnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – ma wykazać że zaoferowana przez

niego cena nie jest rażąco niska. Powyższych okoliczności Zamawiający nie może domniemywać. Nie można również twierdzić – w sposób ogólny jak to uczynił Odwołujący – że Zamawiający jest w posiadaniu niektórych dokumentów. Należy również pamiętać, że ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając 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), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

.....