

Sygn. akt: KIO 1172/13

WYROK
z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 r. przez wykonawcę **Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4**,

przy udziale wykonawcy **Eda-Serwis Sp. z o.o., 02-791 Warszawa, ul. Stryjeńskich 10/101** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Control Process S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** na rzecz zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4**, 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. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Rozbudowa węzła Rembelszczyzna w ramach budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPA relacji Rembelszczyzna – Gustorzyn wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.

Pismem z dnia 7 maja 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy EDA-SERWIS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [dalej także, jako „EDA-SERWIS”].

Wobec powyższego w dniu 17 maja 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EDA-SERWIS oraz wykonawcy PGNiG Technologie S.A. [dalej także, jako „PGNiG”], do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy EDA-SERWIS pomimo faktu, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę budzi poważne wątpliwości, co do tego, czy nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę EDA-SERWIS, jako najkorzystniejszej oferty;
 - b) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
 - c) dokonania czynności wezwania wykonawcy EDA-SERWIS oraz wykonawcy PGNiG do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i odrzucenie ofert złożonych przez ww. wykonawców w razie niezłożenia przez nich wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena

wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący wskazywał, iż zamawiający zaniechał wezwania wykonawców EDA-SERWIS oraz PGNiG do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący podnosił, iż wszystkie ceny 6 ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przewyższają kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia co wskazuje na to że wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego została zaniżona. Tym samym w ocenie odwołującego niezasadne będzie odwoływanie się do szacunkowej wartości zamówienia, jako uzasadnienia dla odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu ceny ofert wykonawców EDA-SERWIS oraz PGNiG odbiegały w sposób istotny od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, dlatego też zamawiający winien był wyjaśnić te rozbieżności. W ocenie odwołującego zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień nie może usprawiedliwiać również fakt, że zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe. Odwołujący wskazywał, iż cena oferty złożonej przez wykonawcę EDA-SERWIS wynosi 40 810 000 zł netto, cena zaoferowana przez wykonawcę PGNiG 45 990 000 zł netto. Z kolei cena oferty odwołującego (trzecia w rankingu ofert) to 54 627 000 zł netto, a zatem jest ona wyższa od dwóch w/w ofert odpowiednio o 13 817 000 zł netto oraz 8 637 000 zł netto. Ze względu na powyższe należy zwrócić szczególną uwagę na różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców a cenami zaoferowanymi złożonymi odpowiednio przez wykonawców EDA-SERWIS oraz PGNiG. Cena oferty wykonawcy PGNiG jest niższa o ponad 23% od uśrednionej ceny ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, natomiast cena oferty EDA-SERWIS jest zaniżona aż o przeszło 31%. W ocenie odwołującego w świetle wskazanych różnic cenowych zachodzi podejrzenie, że oferty złożone przez wykonawców EDA-SERWIS i PGNiG zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien był przynajmniej powziąć wątpliwości w tym zakresie i przeprowadzić stosowne postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie bez wątpienia spełniona jest przesłanka przeprowadzenia procedury wyjaśnień ceny ze względu na znaczne różnice wynikające z porównania cen zaoferowanych przez wykonawców EDA-SERWIS oraz PGNiG do cen pozostałych ofert. Zdaniem odwołującego mimo wskazanych wcześniej różnic w cenach złożonych ofert, sięgających odpowiednio kilkudziesięciu procent oraz kilku czy nawet kilkunastu milionów złotych, zamawiający nie wezwał ani wykonawcy EDA-SERWIS ani wykonawcy PGNiG do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny wraz z dowodami potwierdzającymi zasadność zastosowania tych cen w ofercie. Dodatkowo odwołujący podnosił, iż zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą i know-how, wynikającymi z przeszło 20 letniego doświadczenia w realizacji inwestycji dla sektora gazowniczego, ceny zaoferowane przez wykonawców EDA-SERWIS oraz PGNiG rażąco odbiegają od rzeczywistej wartości przedmiotowego zamówienia i noszą znamiona cen rażąco niskich. Odwołujący wskazywał również, że „(...) Należy więc założyć, że wykonawcy EDA-SERWIS oraz PGNiG kalkulując ceny swoich ofert nie uwzględnili w nich wielu elementów kosztotwórczych, w tym min. zysku oraz kosztów ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia.”

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa węzła Rembelszczyzna w ramach budowy gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPA relacji Rembelszczyzna – Gustorzyń wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2012 r., pod numerem 2012/S 208-342777.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia oszacowana została na kwotę 36.974.710,00 zł netto na podstawie zestawienia kosztów ustalonych w oparciu o analizę ofert oraz danych historycznych z przeprowadzonych w Spółce postępowań.

Zgodnie z pkt XV.5 SIWZ zamawiający określił wynagrodzenie, jako ryczałtowe. W ramach kryteriów oceny ofert zamawiający wskazał, iż przy wyborze oferty kierował się będzie ceną – waga 100%.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) PGNiG TECHNOLOGIE S.A., na kwotę 56.567.700,00 zł brutto,
- 2) CONTROL PROCESS S.A., na kwotę 67.191.210,00 zł brutto,
- 3) EDA-SERWIS Sp. z o.o., na kwotę 50.196.300,00 zł brutto,
- 4) Konsorcjum firm: Gascontrol Polska Sp. z o.o., Gascontrol společnost s.r.o., Moravsky Plynostav a.s., CETUS-Energetyka Gazowa Sp. z o.o., na kwotę 79.889.115,00 zł brutto.
- 5) GAZOMONTAŻ S.A., na kwotę 77.422.350,00 zł brutto.

6) Konsorcjum firm: TEGAS S.A., ATREM S.A., na kwotę 69.864.000,00 zł brutto.

Zgodnie z protokołem postępowania bezpośrednio przed otwarciem zamawiający podał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 45.478.893,30 zł brutto.

Pismem z dnia 6 maja 2013 r., (przesłanym wykonawcom w dniu 7 maja 2013 r.), zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy EDA-SERWIS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła ponadto, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający od żadnego z wykonawców nie żądał złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Czynność wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EDA-SERWIS Sp. z o.o. jak i zaniechanie wezwania wykonawcy EDA-SERWIS Sp. z o.o., oraz wykonawcy PGNiG Technologie S.A. do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 20 maja 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca EDA-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp,.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Niemniej Izba wskazuje, iż tryb wyjaśniania rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców, o którym mowa w w/w przepisie jest związany z istnieniem u zamawiającego wątpliwości w tym zakresie. Jeżeli zamawiający nie podstaw do powzięcia wątpliwości, to nie ma obowiązku uruchomienia tej procedury. W ocenie Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Na wstępie zgodzić się należy z odwołującym, iż punktem odniesienia badania czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną nie może być wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego gdyż ustalona została niezgodnie z regułami wskazanymi w Prawie zamówień publicznych. Zgodnie z dyspozycją art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane (a z takim przedmiotem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu) ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Bezspornie podstawą wykonania robót w przedmiotowym postępowaniu jest dokumentacja projektowa, zatem ustalenie wartości zamówienia winno być odbyć się na podstawie kosztorysu inwestorskiego, którego jak przyznał sam zamawiający nie sporządzono. Tym samym punktem odniesienia do ustalenia czy zachodzą podstawy do wszczęcia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp winno być porównanie cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby pomimo wystąpienia różnic w cenach zamawiający przy uwzględnieniu znanej mu specyfiki rynku dokonał prawidłowej oceny i miał podstawy do odstąpienia od procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie za każdym razem uzasadniać będzie wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W przedmiotowej sprawie istotne jest również odwołanie się zamawiającego do wiedzy, co do cen za podobny przedmiot zamówienia realizowany na rzecz zamawiającego w ostatnich latach. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zamawiający miał podstawy do przyjęcia, iż różnice pomiędzy cenami ofert wykonawców EDA-SERWIS czy PGNiG a cenami ofert złożonych przez pozostałych wykonawców w tym również ceną oferty odwołującego nie rodzą podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej. W prowadzonych przez zamawiającego od 2010 r., postępowaniach, których przedmiot zamówienia zbliżony był do obecnie prowadzonego

postępowania gdyż obejmował rozbudowy poszczególnych węzłów (np. Odolanów, Hermanowice, Gustorzyn), różnice w cenach złożonych ofert wahały się od około 10 do 20 milionów złotych netto. Tym samym wskazywane przez odwołującego różnice w cenie oferty EDA-SERWIS oraz PGNiG w stosunku do ceny oferty odwołującego wynoszące odpowiednio 13 817 000 zł netto oraz 8 637 000 zł netto w świetle powyższych danych nie uzasadniały podejrzania, że oferty złożone przez w/w wykonawców zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji zamawiający zasadnie przyjął, iż brak było podstaw do wszczęcia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do wykonawców EDA-SERWIS i PGNiG.

Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: