

**Sygn. akt: KIO 2374/16**

**WYROK**  
**z dnia 29 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBG Oil and Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Przeźmierowie, Miko-Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łaziskach Górnych, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno – Handlowe “Inprex” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna w Katowicach

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Instal Kraków spółka akcyjna w Krakowie

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 6 grudnia 2016 r., polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Instal Kraków spółka akcyjna w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBG Oil and Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Przeźmierowie, Miko-Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łaziskach Górnych, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno – Handlowe “Inprex” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna w Katowicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBG Oil and Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Przeźmierowie, Miko-Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łaziskach Górnych, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe "Inprex" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

I. Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna w Katowicach (zwaną dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji instalacji oleju rozpałkowego w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w TAURON Wytwarzanie S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 2 lutego 2015 r., poz. 2015/S 085-153653. Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 grudnia 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PBG Oil and Gas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Przeźmierowie, Miko-Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łaziskach Górnych, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno – Handlowe “Inprex” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1. art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez ponowne wezwanie Instal do złożenia w trybie ww. przepisu dalszych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo tego że nie zaistniały podstawy do wezwania Instal do złożenia dodatkowych wyjaśnień,

2.2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez błędną ocenę oferty Instal i wyjaśnień Instal złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,

2.3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal, pomimo tego, że nie spełnia ona wymogów SIWZ,

2.4. art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający powziął tranie wątpliwości co do realności zaofferowanej przez Instal ceny, w związku z czym wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w dniu 03.10.2016 r. W odpowiedzi na powyższe, Instal pismem z dnia 10.10.2016 r. wskazał, że jego cena nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej złożonej postępowaniu ofert, a zatem Zamawiający nie miał podstaw do wzywania go do wyjaśnień na podst. art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wykonawca ten oświadczył, że zaofferowana przez niego cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia. Instal nie załączył do tego pisma żadnych kalkulacji, ofert, ani innych merytorycznych wyjaśnień.

Odwołujący podkreślał, że czynność wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może być dokonana wyłącznie jeden raz. Czynność ta nie może być powtórzona, chyba, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę budzą uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. W żadnym wypadku nie może być ona jednak dokonana, kiedy wykonawca nie odniósł się merytorycznie do zapytania Zamawiającego, a ograniczył się do stwierdzenia, że jego cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym samym w tym wypadku nieuprawniona była dokonana przez Zamawiającego czynność ponownego wezwania do wyjaśnień wykonawcy, wobec którego zastosowano procedurę z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, na etapie wcześniejszym. Twierdzenie takie znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie. Przykładowo wyrok KIO z dnia 13 lipca 2016 roku (sygn. akt KIO 1153/16) stanowi, że Zamawiający, co do zasady, nie ma obowiązku wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. w szczególności wówczas, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia są niepełne i ogólnikowe. Ponowne wezwanie stanowiłoby w tym przypadku naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Ponowne wezwanie jest możliwe, jeśli dotyczy okoliczności, które zostały podane w wyjaśnieniach już złożonych, oraz które wymagają dalszego uszczegółowienia bądź wyjaśnienia. Takie wezwanie nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nie stanowi niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

Pierwsze Wyjaśnienia nie zawierają jednak żadnych kwestii, które należy doprecyzować, a zatem ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień było nieuprawnione i dokonane zostało z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, a dodatkowe wyjaśnienia złożone przez ten podmiot powinny zostać pominięte i nie brane pod uwagę przy ocenie tego, czy oferta Instal zawiera rażąco niską cenę.

W dalszej części odwołania Odwołujący z ostrożności kwestionował drugie wyjaśnienia złożone przez Instal – w ocenie Odwołującego również one nie rozwiewają wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, a ponadto uzasadniał zarzuty zaniecania odrzucenia oferty Instal z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, oraz błędu w obliczeniu ceny. Na rozprawie sprecyzował, że są o zarzuty ewentualne – podniesione na wypadek nieuwzględnienia pierwszego, kluczowego zarzutu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienia czynności ponownego wezwania Instal do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 1.2. unieważnienia czynności oceny ofert (w tym oferty Instal) i wyboru oferty Instal,
- 1.3. dokonania ponownej oceny ofert i:
  - 1.3.1. odrzucenia oferty Instal jako oferty:
    - 1.3.1.1. oferty zawierającej rażąco niską cenę,
    - 1.3.1.2. oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny,
    - 1.3.1.3. oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
  - 1.3.2. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Instal Kraków spółka akcyjna w Krakowie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie jest zasadne.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny: Zamawiający, uprawniony na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do powzięcia wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny, wezwał Przystępującego do stosownych wyjaśnień. Przystępujący w odpowiedzi złożył pismo, w którym w pierwszym akapicie polemizował z wezwaniem, w drugim – zawarł jednozdaniowe oświadczenie, że zaoferowana przez niego cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający po raz drugi

wezwał Przystępującego do wyjaśnień i w odpowiedzi na drugie wezwanie złożył on obszernie wyjaśnienia.

W ocenie Odwołującego drugie wezwanie było nieuzasadnione i Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Przystępującego jako zawierającą niską cenę w oparciu o art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie złożył on wyjaśnień. Z kolei zdaniem Zamawiającego w oparciu o orzecznictwo KIO miał on prawo do ponownego wezwania i podkreślał, że formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie.

Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych brak wyjaśnień rażąco niskiej ceny skutkuje odrzuceniem oferty (przywołany przepis w tym zakresie nie zmienił się w sposób istotny kolejnymi nowelizacjami). W ocenie Izby oświadczenie wykonawcy, że zaoferowana przez niego cena jest ceną ryczałtową i uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia - nie stanowi żadnych wyjaśnień. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnośnie ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny - przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów. Samo oświadczenie wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień. W konsekwencji Odwołujący trafnie zarzucał, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a działanie Zamawiającego polegające na ponownym wezwaniu narusza również art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach przewidzianych przez art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odrzucenie oferty wykonawcy jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie nieuzasadnionym formalizmem. Przepis art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, nie pozostawiającym żadnego pola do swobodnej interpretacji. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby drugi raz wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień – jest to możliwe wówczas, kiedy pierwsze wyjaśnienia nie są jednoznaczne, względnie Zamawiający oczekuje doprecyzowania niektórych zagadnień. Jednak drugie wezwanie jest nieuprawnione w sytuacji, kiedy w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone. Akceptacja takiej możliwości prowadziłaby do przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne. Brak złożenia wyjaśnień (za wyjaśnienia nie może być uznane złożenie w zakreślonym wezwaniem terminie jakiegokolwiek pisma o jakiegokolwiek treści) jest

bezwzględna przesłanką do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Rzeczywiście „zasada jednokrotnego wezwania” nie została sformułowana w przepisach Prawa zamówień publicznych, jednak trafnie dostrzegł Odwołujący, że wzywanie wykonawcy „do skutku”, bez uprawnionych ku temu podstaw, a wręcz wbrew obowiązującym przepisom, narusza zasadę równego traktowania wykonawców. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie.

Izba nie rozpatrywała dalszych zarzutów odwołania, określonych przez Odwołującego jako ewentualne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....