Sygn. akt: KIO 865/14

WYROK
z dnia 15 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2014 r. przez Odwołującego **Orange Polska S.A.,** Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.,** ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa

przy udziale

GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uniewa nienie czynności wezwania Odwołującego do zło enia wyjaśnień z dnia 23.04.2014 r. w zakresie** ądania **przedło enia dodatkowych dokumentów potwierdzających, e oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego.**

2. Kosztami postępowania obcią a **GTS Poland Sp. z o.o.,** ul. Marynarska 15, 02-674 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 Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od GTS Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 865/14

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Operator Gazociągów Przesyłowych „Gaz-System” S.A. na świadczenie *usług transmisji w wydzielonej sieci prywatnej* (nr postępowania ZP/2014/01/0006/PS), wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do wyjaśnienia rzekomej ra ąco niskiej ceny, wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący) wniósł w dniu 30 kwietnia 2014 r. do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 865/14).
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 2, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy, poprzez przekazanie Odwołującemu pisma innego wykonawcy, uczestniczącego w postępowaniu wraz z ądaniem odniesienia się do

treści tego pisma, a tym samym zaniechanie dokonania przez Zamawiającego samodzielnego i obiektywnego badania i oceny oferty Odwołującego;
A tak e z ostro ności:

2) art. 7 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez wezwanie do zło enia wyjaśnień treści oferty, które w swojej istocie,
- po pierwsze: odnoszą się do danych i informacji wykraczających poza treść zło onych ofert zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- po drugie: stanowią uzupełnienie oferty o dodatkowe elementy nie wymagane w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
przy jednoczesnym braku wystosowania analogicznego wezwania do pozostałych wykonawców;
3) art. 7, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 26 ust.3 ustawy, w zw. z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich mo e ądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), poprzez ądanie dokumentów nie wymaganych w treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy jednoczesnym braku wystosowania analogicznego wezwania do pozostałych wykonawców;
4) art. 7, art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez ądanie zło enia wyjaśnień, które swoim zakresem wykraczają poza ustalenie, czy oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto są niejednoznaczne i wybiórcze.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uniewa nienia czynności *„Wezwania do wyjaśnienia rzekomej ra* ąco *niskiej ceny”.*

Zamawiający przekazał Odwołującemu *„Wezwanie do wyjaśnienia rzekomej ra* ąco *niskiej ceny”* w dniu 23.04.2014 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15.02.2014 r., 2014/S 033-054439.
Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzale niony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący wskazał na wadliwość czynności Zamawiającego wynikającą z formy oraz zakresu wezwania do zło enia wyjaśnień z dnia 23.04.2014 r. Sposób zredagowania wezwania, przez przekopiowanie w całości zarzut, jakie zostały podniesione przez innego wykonawcę narusza fundamentalne zasady prowadzenia postępowania. To Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podejmuje w sposób autonomiczny czynności, a mo liwość wpływania na jego decyzje przez wykonawców została ograniczona do wnoszenia środków ochrony prawnej. Kwestionowana czynność, jawi się jako efekt swoistych „negocjacji” prowadzonych pomiędzy jednym z wykonawców a Zamawiającym, co do treści czynności wykonywanych względem innego uczestnika postępowania. Stanowi to pogwałcenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tym bardziej, i Zamawiający zaniechał wezwania pozostałych wykonawców do przedstawienia to samych informacji. Odwołujący odnośnie zakresu ądanych informacji wskazał, i wykonawcy byli zobowiązani do zło enia szeregu oświadczeń potwierdzających wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz, a szczegółowe informacje dotyczące realizacji zamówienia, w tym opis proponowanego rozwiązania, miały być przedstawione w projekcie technicznym, który zgodnie z § 3 ust. 2 pkt a) wzoru umowy w terminie 8 tygodni od dnia podpisania umowy. Zamawiający w wezwaniu za ądał informacji i dokumentów, które nie były wymagane w siwz (Roz. III pkt 4-7,8, 9,10). Informacje te mogą być weryfikowane w celu poszukiwania błędów skutkujących odrzuceniem oferty jako sprzecznej z siwz.

Wezwanie w przewa ające części odnosi się do zagadnień technicznych, nie stanowiących „elementów oferty mających wpływ na jej cenę", a tak e nie jest w aden sposób skorelowane ze specyfiką przedmiotowego zamówienia.
Odwołujący wskazał, i dobór pytań poprzez swój wybiórczy i szczegółowy charakter, traci przymiot elastyczności, pozwalający na zło enie rzetelnych wyjaśnień ceny, eliminujących ryzyko odrzucenia oferty (przykładowo pytanie nr 3, w którym Zamawiający oczekuje podania ile osób zostało przewidzianych do realizacji zamówienia. Nie przystaje ono do przyjętych w wielu firmach zało eń, zgodnie z którymi nie ma potrzeby zatrudniania osób tylko do danego projektu, a metodologia liczenia kosztów osobowych abstrahuje od liczby osób zatrudnionych w projekcie). Niektóre pytania natomiast mają charakter na tyle nieprecyzyjny, e uniemo liwiają jednoznaczną odpowiedz (np. pyt. nr 14).

W dniu 08.05.2014 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w piśmie z dnia 09.05.2014 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.
Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Stanowisko Izby

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Dopuszczając do udziału w postępowaniu GTS Poland Sp. z o.o. do Izba oddaliła opozycję Odwołującego, który brak interesu tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego uzasadniał tym, i wynik postępowania odwoławczego nie wpłynie na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Izba oddalając opozycję uznała, i wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego, to jest w okolicznościach tej sprawy utrzymania skuteczności wezwania do zło enia wyjaśnień z 23 kwietnia 2014r. skierowanego do innego wykonawcy, który zło ył najtańszą ofertę. Niezale nie od oceny poprawności pisma Zamawiającego, która dokonana być mo e po rozprawie nale y przyjąć, i w interesie Przystępującego jest aby konkurent zło ył wyjaśnienia dotyczące oferty, których treść mo e mieć znaczenie dla

mo liwości sformułowania na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnego zarzutu ra ąco niskiej ceny oferty Odwołującego.

W związku z wniesieniem na posiedzeniu niejawnym sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wezwania do zło enia wyjaśnień z dnia 23.04.2014 r. Izba uznała, i odwołanie zasługiwało w części zarzutów na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a tak e czy poniósł lub mo e ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Spełnienie przesłanek wskazanych w przepisie zostało zakwestionowane przez Przystępującego, w którego ocenie czynność Zamawiającego nie naruszała interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz nie prowadziła do powstania szkody, gdy na obecnym etapie postępowania nie mo na ustalić wyniku oceny oferty. Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do uniewa nienia czynności wezwania do zło enia wyjaśnień, Izba uznała, i w okolicznościach ustalonych w sprawie, czynność Zamawiającego mogła naruszać interes Odwołującego w

uzyskaniu zamówienia oraz prowadzić do powstania szkody, przez negatywną ocenę wyjaśnień opartą o dodatkowe informacje, których przedstawienia na etapie sporządzenia oferty Zamawiający nie wymagał. Skutkiem takiej oceny byłoby odrzucenie oferty Odwołującego co prowadziłoby do konieczności podjęcia dalszych kroków w celu obrony oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Mając powy sze na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaleń faktycznych.

„Wezwanie do wyjaśnienia rzekomej ra ąco *niskiej ceny”* z dnia 23.04.2014 r. zawierało wezwanie o treści poprzedzonej stwierdzeniem Zamawiającego: „W związku z otrzymaniem przez Zamawiającego pisma o treści, jak poni ej, Zamawiający zwraca się z prośbą o odniesienie się do zawartych tam zarzutów względem Państwa oferty”, po którym Zamawiający przekopiował w całości treść pisma, jakie otrzymał od innego wykonawcy (Przystępującego), a zawierającego wątpliwości co do wysokości ceny w trybie art. 90 ust. 1

---

ustawy. W piśmie zawarte zostały wywody wykonawcy, co do konieczności skierowania do Odwołującego wezwania o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, sformułowanie wezwania z wskazaniem na potrzebę wyjaśnienia, czy oferta ta uwzględnia wszystkie wymagania w siwz, a jeśli tak to w jaki sposób. Wezwanie zawierało 15 zapytań szczegółowych, w tym część związanych bezpośrednio ze sposobem wykonania zamówienia. w lokalizacjach. Wskazano między innymi na konieczność wskazania „kosztów inwestycyjnych wykonania łączy dla ka dej z lokalizacji, mapki z zaznaczonymi przebiegami trasy łączy, w tym z zaznaczeniem elementów wspólnych dla przebiegów łączy oraz z podaniem mediów dostępnych dla w/w łączy a tak e określenie czy realizacja usługi będzie odbywać się po zasobach własnych, czy te dzier awionych od innych dostawców”, „określenie jakiego rodzaju wsparcia Wykonawca wykupił u dostawcy sprzętu, w tym routerów CE” z zaznaczeniem „czasu reakcji i napraw gwarantowanych przez producenta sprzętu oraz czy w ramach wsparcia producent zapewnia wymianę sprzętu na obiektach Zamawiającego”. Pytania dotyczyły równie technologii ISDN 2B+D, sprzętu, a tak e planowanych w projekcie usług regulowanych.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych Izba uznała, i zarzuty formułowane przez Odwołującego zasługiwały na uwzględnienie w części dotyczącej ądania przedło enia dodatkowych dokumentów dotyczących sposobu wykonania usługi, tj. informacji obejmujących opis proponowanego rozwiązania, które nie odnosiły się wprost do ustalenia ich wpływ na kalkulację ceny oferty. W wyniku przekopiowania do treści wezwania w całości pisma, jakie Zamawiający otrzymał od innego wykonawcy, wezwanie zawierało nie tylko wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ale równie ądanie do wskazania sposobu realizacji zamówienia, co wykraczało poza wymaganą siwz treść oferty, gdy Zamawiający nie wymagał przedło enia opisu rozwiązania wraz z ofertą. Zgodnie z par. 3 ust. 2 pkt a) wzoru umowy projekt techniczny miał być dostarczony w terminie 8 tygodni od dnia podpisania umowy. Ponieważ Zamawiający nie wymagał zamieszczenia w ofercie projektu technicznego, wyjaśnienia dotyczące sposobu realizacji zamówienia nie mogły prowadzić do wyjaśnienia treści oferty, która zawierała się w tym zakresie w oświadczeniu o wykonaniu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. ądanie zostało sformułowane w wezwaniu w ten sposób, i Odwołujący zobowiązany był podać konkretne informacje, co do sposobu w jaki zamierza wykonać zamówienie, a tak e zło yć dokumenty obrazujące przebieg trasy łączy. Informacje te stanowiły niewątpliwie elementy projektu technicznego, jaki wykonawca miał przygotować w terminie 8 tygodni od dnia podpisania umowy (sprzętu, technologii i objętych planem usług). Nie stanowiły zatem przedmiotu oceny oferty, pod kątem ra ąco niskiej ceny, lecz zgodności z przedmiotem zamówienia. Pomimo i ocena ra ąco niskiej ceny zmierza do ustalenia, czy mo liwe jest

---

wykonanie przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę, nie oznaczało to podstawy do wykroczenia poza treść siwz określającą sposób weryfikacji zgodności usługi z wymaganiami

i ądania przedło enia dodatkowych informacji co do sposobu realizacji zamówienia, które wykonawca był zobowiązany przygotować dopiero po podpisaniu umowy. Z uwagi na powy sze odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia wskazanego w pkt 3 i 4 zarzutów, gdy czynność Zamawiającego zmierzała do zmiany zasady oceny oferowanej usługi pod kątem jej zgodności z wymaganiami wskazanymi w siwz, co miało być dokonane wyłącznie w oparciu o treść oświadczeń wykonawcy zawartych w formularzu oferty. Zamawiający w toku rozprawy nie wskazywał ani na istnienie wątpliwości, co do mo liwości przyjęcia za rzetelne zobowiązania do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami siwz, ani na podejrzenie ra ąco niskiej ceny, co czyniło wezwanie w zakresie sposobu, w jaki Odwołujący planuje wykonać zamówienie bezprzedmiotowym i prowadziło do uchylenia w tej części wezwania Zamawiającego. Dokumenty dodatkowe w postaci wybiórczych informacji stanowiących treść projektu nie mają na obecnym etapie postępowania wpływu na ocenę zobowiązania wykonawcy i zgodności oferty z siwz. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania przez zmianę w stosunku do Odwołującego wymagań w przedmiocie wykazania spełnienia przez usługi wymagań Zamawiającego. Zmiana w toku postępowania podstawy oceny oferty i ądanie obok oświadczenia wymaganego treścią siwz, prezentacji sposobu wykonania zamówienia, zawsze oceniona być musi jako mogąca mieć wpływ na wynik postępowania, w szczególności, je eli jest adresowana wyłącznie do jednego z wykonawców, którzy zło yli oferty.

W zakresie zarzutów oddalonych Izba wskazuje, i nie mo na odmówić Zamawiającemu prawa do ądania zło enia wyjaśnień w toku czynności oceny ofert. dotyczy ono w Pomimo sposobu sporządzenia wezwania mo liwe było ustalenie, i zasadniczej części wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, a udzielone wyjaśnienia w zakresie w jakim dotyczą kalkulacji ceny mogą być podstawą oceny oferty Odwołującego. Nale y jednak zauwa yć, i Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, i dokonując czynności wezwania nie rozstrzygnął o istnieniu lub braku podejrzenia wystąpienia ra ąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Powy sze mo e prowokować do stwierdzenia bezzasadności wezwania o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ale nawet przy takiej ocenie uwzględnienie Odwołania w tym zakresie nie byłoby mo liwe z uwagi na brak wpływu naruszenia na wynik postępowania. Nie jest bowiem obecnie mo liwe ustalenie wyniku oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego. Zgodnie z argumentacją Odwołującego nale y wskazać, i wykonawca ma swobodę w sformułowaniu odpowiedzi, z tym zastrze eniem i ryzyko ewentualnych nieścisłości obcią a Odwołującego.

Sposób sformułowania zapytań mógł utrudniać rzetelne przedstawienie okoliczności wpływających na kalkulację ceny, lecz nie czynił ich niemo liwym. Izba nie przychyliła się do zarzutu prowadzenia „negocjacji” z wykonawcą przystępującym do postępowania odwoławczego, co nale ało ocenić jako subiektywne odczucie Odwołującego. Pismo Zamawiającego, wprawdzie przenoszące dosłowną treść zastrze eń innego wykonawcy, mogło być ocenione jako nieczytelne, ale nie stanowi dowodu na potwierdzenie zarzutów Odwołującego.

Mając na uwadze powy sze wywody Izba uwzględniła odwołanie w części i nie będąc związana ądaniem Odwołującego nakazała Zamawiającemu uniewa nienie czynności wezwania do zło enia wyjaśnień w części w jakiej dotyczyły one przedło enia dodatkowych, niewymaganych w siwz informacji o sposobie wykonania zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tyś zł. i obcią yła nimi Przystępującego.

Przewodniczący: ……