

WYROK
z dnia 24.07.2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07.07.2017 r. przez wykonawcę **K. N. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Szkołę Główną Handlową w W., (...)**, przy udziale wykonawcy **W. S.A., ul. (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczoną przez odwołującego **K. N. Sp. z o.o., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania
3. zasądza od **K. N. Sp. z o.o., ul. (...)** na rzecz **Szkoły Głównej Handlowej w W., (...)** 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 2015, 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

Szkoła Główna Handlowa w W., (...), dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówieni publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa przełączników sieciowych oraz serwera plików z dyskami na rzecz Szkoły Głównej Handlowej w W.”.

Zamówienie zostało podzielone na dwa zadania, przy czym odwołanie zostało wniesione od zadania nr 1 obejmującego *dostawę 40 szt. przełączników sieciowych wraz ze szkoleniem 6 pracowników zamawiającego.*

W dniu 04.07.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy - Przedsiębiorstwa Handlowego „K. N.” Sp. z o.o. z siedzibą w G., ul.(...), zwanego dalej „Odwołującym”.

Od takiej czynności Zamawiającego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności.

Podnosząc powyższy zarzut wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności o odrzuceniu oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazał, że dnia 4 lipca 2017 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający podał, że *„Podstawą prawną odrzucenia oferty K. N. Sp.z o.o. jest art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy pzp - „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.* Wskazał nadto, że złożone wyjaśnienia spółki K. *„nie zawierają żadnych konkretnych wyliczeń szczegółowych ceny oferty, nie wskazują ceny nabywcy przełączników i wysokości marży, kosztów dostawy, instalacji i konfiguracji oprogramowania do zarządzania przełącznikami oraz kosztów szkolenia. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał ekonomicznego i technicznego uzasadnienia ofertowanych wartości oraz nie przedstawił dowodów (w postaci wyliczenia matematycznego lub innego wyspecyfikowania.) na poparcie przedstawionej w ofercie niskiej ceny na wykonania zamówienia. Wykonawca wyjaśnił wprawdzie, iż miał możliwość uzyskania niezwykle korzystnych rabatów od*

współpracujących stale z Wykonawcą podmiotów, nie wskazał jednak w jakim stopniu ten czynnik wpłynął na jego obniżenie. Formalnie udzielenie odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia ceny przy równoczesnym nie odniesieniu się w treści wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień”.

Odwołujący odnosząc się do powyższego podniósł, że nie zgadza się z powyższymi zarzutami. Poza sporem jest fakt, iż działanie to w sposób rażąco narusza przepisy prawa. Odwołujący swoją ofertę przygotował z należytą starannością, wszystkie ceny zostały wyliczone w sposób poprawny oraz dostarczył wszelkich wyjaśnień i dowód Zamawiającemu do stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę. W pierwszej kolejności Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że brak przedstawienia cen nabywczych przełączników i wysokości marży lub innych wyliczeń matematycznych przesądza o fakcie rażąco niskiej ceny. Wezwanie Zamawiającego nie precyzowało jakiego rodzaju informacji i dokumentów Zamawiający oczekuje. Jeśli w ocenie Zamawiającego konieczne było przedstawienie cen nabywczych przełączników i wysokości marży lub innych wyliczeń matematycznych powinien je wskazać w wezwaniu do wyjaśnień. Podniósł, że Zamawiający kierując wezwaniem do udzielenia wyjaśnień powinien był w sposób precyzyjny określić jakie okoliczności wzbudzają jego wątpliwości, a które wpływają na oferowaną cenę oraz powinien wskazać, jakie informacje chciałby uzyskać od wykonawcy celem ustalenia tego, czy cena oferty jest prawidłowa (rynkowa) i gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z jego oczekiwaniami. Podkreślił, że wezwanie powinno być konkretne, precyzyjne, szczegółowe; zawierać podstawę prawną wezwania. Przygotowując wezwanie zamawiający zawsze powinien też pamiętać, że ocena udzielonych wyjaśnień zawsze następuje w granicach określonych treścią wezwania i wykonawca może odnieść się tylko do elementów wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu.

Stwierdził, że Odwołujący cenę swojej oferty oparł w głównej mierze na cenach zaoferowanych przez producenta, a te jak oświadczył w załączonym do wyjaśnień oświadczeniu producenta, jest ceną kompletną zawierającą wszystkie koszty wytworzenia.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W złożonym Prezesowi KIO piśmie informującym o wartości zamówienia i terminach podjętych czynności w postępowaniu, wniósł o odrzucenie odwołania wykonawcy w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając powyższy wniosek podał, że w dniu 04.07.2017 r. Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną informację o odrzuceniu oferty. Natomiast w dniu 7 lipca 2017 roku już po upływie terminu związania ofertą, który to okres upłynął w dniu 6 lipca 2017 roku wniósł odwołanie do Prezesa KIO. Podkreślił, że odwołujący jeśli zamierzał wnosić odwołanie to mógł samodzielnie dokonać przedłużenia terminu związania ofertą. Zdaniem Zamawiającego

pozostawanie przez wykonawcę w terminie związania ofertą determinuje jego dalszy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także możliwość składania środków ochrony prawnej.

Dlatego też ewentualne uwzględnienie wniesionego Odwołania, doprowadziłoby do unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w wyniku której oferta złożona przez Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na fakt, iż przerwany został stan związania ofertą. Podkreślił, że celu odwołania należy upatrywać w poprawieniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który z tego środka korzysta. W niniejszej sprawie taki efekt nie zostałby osiągnięty przede wszystkim ze względu na brak możliwości wyboru oferty Odwołującego, z uwagi na upływ terminu związania ofertą. W tym zakresie wskazał na tezy z wyroków KIO z 26 maja 2014 r. (KIO 883/14, KIO 900/14, KIO 904/14, KIO 905/14), gdzie Izba stwierdziła, że *wykonawca nie będąc związany ofertą w dacie złożenia środka ochrony prawnej - nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazywanych w odwołaniu, bowiem w następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania - zgodnie jego żądaniami - powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego i zawarcia, z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Natomiast na rozprawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca W. S.A., ul. (...), którego oferta została uznana najkorzystniejszą. W prezentowanym stanowisku poparł stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego zarówno co do odrzucenia odwołania jak i jego oddalenia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowisko odwołującego wskazane w odwołaniu, zamawiającego zaprezentowane na rozprawie i piśmie procesowym oraz przystępującego wyrażone na rozprawie ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu ponieważ upłynął termin związania ofertą odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 Pzp postanowiła oddalić przedmiotowy wniosek. W ramach oceny przedmiotowego wniosku za wyrokiem KIO z 7 marca 2017 roku sygn. KIO 374/17 wskazać należy iż w świetle przepisów ustawy Pzp nie zostało wyraźnie

rozstrzygnięte, jaka czynność Zamawiającego będzie właściwa w sytuacji nieprzedłużenia terminu związania ofertą, i jakie są skutki wynikające z bezskutecznego upływu terminu związania ofertą w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Można zastanawiać się, czy oferta co do której upłynął termin związania ofertą, nadal jest ofertą, a także czy po upływie tego terminu jest ofertą ważną. Ustawa nie rozstrzyga wyraźnie tej kwestii, przewidując jedynie w art. 89 ust.1 pkt 7a Pzp w powiązaniu z wymogiem określonym w art. 85 ust.2 Pzp podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający w przedmiotowej sprawie stanął na stanowisku iż wykonawca któremu upłynął termin związania ofertą pozbawiony jest legitymacji do wniesienia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 Pzp. Brak związania ofertą winien skutkować odrzuceniem odwołania. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie jest już podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, gdyż taki wykonawca utracił możliwość domagania się od Zamawiającego zawarcia z nim umowy o wykonanie zamówienia. Jednakże zdaniem Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż podmiot zdefiniowany w art. 2 pkt 11 Pzp będący osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego, z chwilą upływu terminu związania złożoną ofertą przestaje być wykonawcą mogącym składać środki ochrony prawnej. Podkreślić należy, że definicja ta nie ogranicza kręgu podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy, wyłącznie do tych, którzy mają szansę na uzyskanie zamówienia. Dlatego też pomimo upływu terminu związania ofertą po wyborze najkorzystniejszej oferty, okoliczność ta nie stanowi negatywnej przesłanki o charakterze formalnym, uniemożliwiającej takiemu wykonawcy wniesienia odwołania. Wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania został przez Izbę oddalony.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki wskazane w art. 189 ust.2 Pzp.

Wracając do kwestii braku związania ofertą wskazać należy, iż wykonawca, wnosząc odwołanie, w efekcie którego konieczne byłoby powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, winien wykazać spełnianie przesłanek o których mowa w przepisie art. 179 ust.1 Pzp tj. interesu w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody, rozumianej w tym wypadku jako utrata możliwości pozyskania zamówienia. W tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp. Są to przesłanki materialno--prawne, co

oznacza, iż w przypadku ich braku lub nieudowodnienia odwołanie podlega oddaleniu niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Niewątpliwym jest iż skutki upływu terminu związania ofertą są różnie postrzegane w orzecznictwie tak sądów okręgowych jak i Krajowej Izby Odwoławczej. Izba odnosząc się do tej kwestii wskazuje, że podziela w pełni stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08), iż dla zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego nie jest wymagana ważności terminu związania ofertą (dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą). Jednakże Izba wyraża stanowisko znajdujące odzwierciedlenie w przeważającym orzecznictwie Izby, iż niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie związania ofertą i takich, wobec których termin związania ofertą upłynął. W sytuacji wyboru wykonawcy z ofertą, której termin związania wygaś, Zamawiający nie mógłby skutecznie gwarantować sobie podpisania umowy. Tym samym inna jest sytuacja prawna wykonawcy wybranego w dacie związania ofertą i wykonawcy wybranego po upływie terminu związania ofertą, który to bez negatywnych dla siebie konsekwencji finansowych może uchylać się od zawarcia umowy i to także w sytuacji, gdy jego oferta nadal pozostaje zabezpieczona wadium. Prowadzi to do sytuacji, w której wyboru dokonuje się spośród ofert wykonawców, którzy muszą zawrzeć umowę bo inaczej tracą wadium i takich, którzy mogą ale nie muszą zawrzeć umowy i to bez negatywnych konsekwencji. Izba uważa, że taka sytuacja nie znajduje oparcia w przepisach ustawy i narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wybór wykonawcy do realizacji zamówienia może nastąpić tylko spośród wykonawców którzy na dzień wyboru pozostają związani złożoną ofertą.

W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwym jest, że ze termin związania ofertą Odwołującego minął. Tym samym w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu możliwość zawarcia umowy pozostawiona byłaby woli Odwołującego. Dlatego też w takiej sytuacji zasadnym jest przyjęcie, że po pierwsze wykonawca któremu termin związania ofertą minął nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego zawarcia z nim umowy, a po drugie brak jest podstaw prawnych do zobowiązania Zamawiającego do oceny i wyboru takiej oferty.

Skoro Odwołujący nie pozostawał w związaniu ofertą i nie może skutecznie domagać się zawarcia umowy to odpadła możliwość poniesienia przez niego szkody(brak możliwości wykazania nawet potencjalnej szkody na skutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego). W takim wypadku odwołanie, wobec którego nie zostały spełnione materialno prawne przesłanki warunkujące jego wniesienie – podlega oddaleniu bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania.

Jednakże w związku z różnym postrzeganiem skutków upływu terminu związania ofertą i tym, że ocena występowania przesłanek z art. 179 ust.1 Pzp następuje dopiero na rozprawie, a rozstrzygnięcie następuje w orzeczeniu Izby, Izba dokonała rozpoznania podniesionego zarzutu rażąco niskiej ceny. W tym zakresie Izba ze względu na oddalenie odwołania, informacyjnie podaje, że brak było podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty.

Zgodnie z art. 90 ust.1 - 3 Pzp, aby Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, musiałoby dojść do ustalenia, że albo wezwany Odwołujący w ogóle nie złożył wyjaśnień albo, że złożone wyjaśnienia wraz z innymi dowodami potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska. Wyjaśnienie kwestii związanych z podejrzeniem rażąco niskiej ceny stanowi obowiązkowy element badania i oceny ofert w sytuacji wskazanej a przepisie art. 90 usst.1a Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał wykonawców w tym i Odwołującego do złożenia wyjaśnień, które to wyjaśnienia otrzymał w dniu 16 czerwca 2017 roku. Zamawiający odrzucił ofertę bo uznał iż wyjaśnienia były zbyt ogólne i nie zawierały szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie podstaw zaoferowanej ceny. Izba podkreśla, że wyjaśnienia dotyczyły oferty gdzie Formularz cenowy składał się tylko z czterech pozycji z czego dwie dotyczyły przełączników, trzecia kosztów ich instalacji i konfiguracji, a czwarta kosztu szkolenia 6 osób. Niewątpliwym jest także, że do wyjaśnień załączono oświadczenie producenta przełączników, potwierdzające iż zaoferowane w tym zakresie ceny są cenami pokrywającymi ich koszt zakupu.

Analiza tego dokumentu oraz zaoferowanych przez innych oferentów cen, w ocenie Izby pozwala przyjąć, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziła przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż oferta to nie zawierała ceny rażąco niskiej. Okoliczność tę dodatkowo potwierdza fakt porównania cen ofertowych zaoferowanych w postępowaniu przez wykonawców. Sama różnica między zaproponowanymi cenami ofertowymi zawiera się w kwocie od około 10 do 15 tys. złotych, tj. przy cenie oferty wybranej w wysokości 215 433, 46 zł, oferty C. S.A. 210 765 zł i Odwołującego 200 371 zł, nie stwarza jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, aby wybrana oferta opiewała na kwotę rażąco niską. Analiza przedłożonych ofert wskazuje bowiem, że złożone przez powołanych kontrahentów oferty miały zbliżone parametry i były podobnie skalkulowane, a z całą pewnością cena zaoferowana przez Odwołującego nie była ceną nierealną. Zamawiający starał się kwestionować realność cen za przełączniki w ofercie Odwołującego, jednakże do protokołu podał, że były także takie oferty, gdzie wykazana cena przełączników była niższa niż w ofercie Odwołującego.

Podkreślenia zdaniem Izby wymaga także kwestia, że obowiązkiem dowodowym w zakresie wykazania realnej ceny oferty obciążony jest zgodnie z art. 90 ust.2 Pzp

wykonawca. Jednakże zwrócić uwagę należy na fakt, że Zamawiającego, jako wywodzącego określony skutek prawny w postaci odrzucenia oferty, obciąża ciężar dowodowy polegający na obowiązku wykazania iż „*złożone wyjaśnienia wraz z innymi dowodami potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska*”. Jednakże ocena złożonych wyjaśnień została sprowadzona przez Zamawiającego do określenia ich jako ogólnikowych, natomiast nie zawiera jakiegokolwiek merytorycznej oceny i wykazania, iż zaoferowana cena jest rażąco niska, jest nierynkowa za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Za rażąco niską powinna być uznana cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień odbiegającą od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia dostawy. W ocenie Izby na podstawie zgromadzonych w sprawie materiałów kwota zaproponowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską i w żaden sposób nie odbiega od ceny oferty wybranej.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Izba wskazuje, że oddalenie odwołania było wynikiem braku występowania po stronie Odwołującego związania ofertą, co skutkowało niespełnieniem materialno-prawnej przesłanki możliwości poniesienia szkody o której mowa w przepisie art. 179 ust.1 Pzp. Zasadnym jest przywołanie w tym zakresie treści z orzeczenia SO w P. sygn. akt X Ga 85/15 z 15 maja 2015 r., gdzie Sąd stwierdził, że *Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego, a także orzeczenia Sądu Okręgowego w G. z dnia 3 czerwca 2016 roku sygn. akt XII Ga 40/16/za, gdzie sąd stwierdził, że oferta co do której upłynął termin związania nie może być skutecznie wybrana.*

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący