

WYROK
z dnia 7 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2011 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Lider konsorcjum), Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Partner konsorcjum) oraz Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (Partner konsorcjum)**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, która działa w imieniu własnym oraz Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku.**

przy udziale:

wykonawcy Ekotrade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Lider konsorcjum), Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Partner konsorcjum) oraz Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (Partner konsorcjum),i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie**

zamówienia publicznego: Jantar 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Lider konsorcjum), Jantar Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (Partner konsorcjum) oraz Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (Partner konsorcjum) na rzecz zamawiającego Pomorskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, która działa w imieniu własnym oraz Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. Oddział w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W dniu **24 czerwca 2011 roku** (pismem z dnia 22 czerwca 2011 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp” odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: Jantar 2 Spółka z o. o. z siedzibą w Słupsku, Jantar Spółka z o. o. z siedzibą w Słupsku oraz Era Spółka z o. o. z siedzibą w Chorzowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Pomorską Spółkę Gazownictwa Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku.

Odwołujący w dniu 28 czerwca 2011 roku został wezwany do usunięcia braków formalnych odwołania w postaci dostarczenia odpisów z KRS członków konsorcjum oraz dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu, co czynił w dniu w wyznaczony, terminie, tj. w dniu 1 lipca 2011 roku.

Odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której dokonania był zobowiązany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa dozoru, ochrony fizycznej i interwencyjnej oraz monitoringu elektronicznego obiektów i mienia Pomorskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. oraz Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM na lata 2011-2014 - zadanie 1, 2 i 3", polegającej na nie zwróceniu się do Ekotrade Spółka z o. o. w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2011 roku pod numerem 2011/S 74-121810.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zwrócenie się do Ekotrade Spółka z o. o. w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, w tym zwrócenie się do Ekotrade Sp. z o. o. w Warszawie o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania za uzasadnione i powtórzenia czynności oceny ofert przez Zamawiającego w następstwie, której w przypadku nie złożenia wyjaśnień przez Ekotrade Sp. z o. o. w Warszawie lub uznania przez Zamawiającego, że wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobligowany będzie do odrzucenia oferty Ekotrade Sp. z o. o. w Warszawie i tym samym oferta Odwołującego będzie ofertą

najkorzystniejszą.

W dniu 17 czerwca 2011 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego przysłane faxem zawiadomienie o wyborze ofert złożonej przez Ekotrade Sp. z o. o. w Warszawie jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wartość w/w zamówienia, zgodnie z protokołem ZP-PN, którą Zamawiający ustalił na podstawie analizy rynku i dotychczas realizowanych umów, została określona na kwotę 7.250.000,00 zł netto (8.917.500,00 zł brutto).

Ekotrade Sp. z o. o. w Warszawie za wykonanie przedmiotowego zamówienia zaoferował cenę 6.714.266,29 zł brutto, co oznacza, że cena jest o prawie 25 % niższa od wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego oraz niższa o ponad 12 % od ceny drugiej w kolejności oferty, złożonej przez Odwołującego. Pomimo tak znacznej różnicy w cenach Zamawiający zaniechał wezwania Ekotrade Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w związku z czym naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający miał uzasadnione przesłanki wskazujące na konieczność zwrócenia się do Ekotrade Sp. z o. o. o udzielenie przedmiotowych wyjaśnień. Odwołujący wskazał na utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż "odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do wyjaśnień, gdy cena oferty odbiega o dziesięć procent od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia" (G. Wicik, E Wiśniewski w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck Warszawa 2007). Argumentacja ta jest wzmocniona orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2011 r. KIO 358/11; następnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2604/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2009 r. KIO/UZP 1126/09).

Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający miał jak najbardziej uzasadnione podstawy, a w zasadzie obowiązek zwrócenia się do Ekotrade Sp. z o. o. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Dopiero uzyskanie przedmiotowych wyjaśnień, a następnie ich ocena pozwoli Zamawiającemu na wybór najkorzystniejszej oferty w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami.

W dniu **27 czerwca 2011 roku**, do postępowania odwoławczego, na podstawie wezwania Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2011 roku zgłoszono przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie nastąpiło na podstawie art. 185 ust. 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

W uzasadnieniu interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, Przystępujący podnosił, że nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, a w jego interesie jest nieuwzględnienie odwołania, ponieważ oferta złożona przez Ekotrade Sp. z o.o. spełnia wszystkie formalne kryteria i nie odbiega pod względem cenowym od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, nadto nie odbiega od cen rynkowych. Ponadto uwzględnienie odwołania spowoduje

znaczne wydłużenie czasu trwania postępowania, pomimo faktu że już dziś Odwołujący jest w stanie wykazać rzetelne i prawidłowe wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na kalkulację złożonej oferty .

W jego ocenie oferta złożona przez Ekotrade Sp. z o.o. nie odbiega znacząco od oferty kolejnej w rankingu, zwłaszcza że zamówienie było podzielone na zadania i również wartości oferty w odniesieniu do poszczególnych zadań nie odbiegały od odpowiednich wartości wycenionych poszczególnych zadań w kolejnych złożonych ofertach. Ponadto Zamawiający przygotowując kalkulację dla niniejszego postępowania przetargowego mógł nie do końca obiektywnie przyjąć wszystkie czynniki, stąd tak wysoka kwota przeznaczona na realizację zadania. Przy tym, cena zaoferowana przez Ekotrade Sp. z o.o. nie różniła się od oferty złożonej przez Odwołującego i wybranej w poprzednim postępowaniu przetargowym na ten sam zakres usług ochroniarskich organizowanym przez Zamawiającego. Firma Ekotrade Sp. z o.o. bierze udział w wielu postępowaniach przetargowych na usługi ochroniarskie w całej Polsce. W przetargach o podobnym zakresie zadań ceny rynkowe nie odbiegają od oferowanej przez Przystępującego wartości usługi, a często są niższe przy podobnych warunkach i wymaganiach niezbędnych do prawidłowej realizacji zadania. Ponadto, jako firma z dwudziestoletnim doświadczeniem działająca w całej Polsce Przystępujący jest w stanie rzetelnie i wiarygodnie skalkulować ofertę, tak aby wypracować zysk przy obniżeniu możliwych kosztów, zwłaszcza uzyskanych rabatów mających wpływ na wdrożenie całego kontraktu. W załączeniu przekazujemy kopię protokołu otwarcia ofert w podobnym postępowaniu przetargowym wraz z wyciągiem z SIWZ wskazującym ilość roboczogodzin do przepracowania, a pozwalających porównać postępowania i złożone w postępowaniu oferty, w tym ofertę Odwołującego. Zamawiający nie wzywając do złożenia wyjaśnień przez Spółkę Ekotrade zapewne uwzględnił również zmiany, jakie nastąpiły w związku z kryzysem gospodarczym oraz miał na uwadze obniżenie cen na rynku usług ochroniarskich, co jest widoczne w wielu postępowaniach przetargowych. Przystępujący potwierdził wykonanie zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie, która została skalkulowana w oparciu o aktualne uwarunkowania rynkowe oraz uważamy bezzasadnym wniesione odwołanie. W związku z powyższym Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego i niezasadnego.

Zamawiający w dniu **6 lipca 2011 roku** wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł. zgodnie fakturą przedstawioną na rozprawie.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż odwołanie wniesione przez Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, bowiem odwołanie jest podpisane przez Prezesa Zarządu „Jantar 2” Spółka z o.o. ze Słupska. Natomiast pełnomocnictwo z dnia 16 maja 2011 r. dołączone do odwołania oraz do oferty nie umocowują „Jantar 2” Spółka z o.o.

ze Słupska do wnoszenia odwołania. Podniósł, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż do wnoszenia środków ochrony prawnej w zakresie zamówień publicznych konieczne jest pełnomocnictwo rodzajowe lub szczególne (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 3 lutego 2009 r.; sygn. akt KIO/UZP 101/09; wyrok Sądu Okręgowego w Legnicy z 3 listopada 2004 r., postanowienie SO w Radomiu z 7 marca 2006 r. IV Ca 71/06).

Niezależnie od powyższych podstaw do odrzucenia odwołania zarzuty Odwołującego są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przedmiotowy przetarg prowadzony był z możliwością składania ofert częściowych w 3 zadaniach:

- 1) Zadanie nr 1 - Usługi ochrony na terenie PSG sp. z o.o. Oddział Zarząd w Gdańsku i Oddział Zakład Gazowniczy w Gdańsku, oraz na terenie Gaz-Systemu, w latach 2011-2014, o wartości szacunkowej wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu w kwocie: 6 050 000,00 zł, co daje wartość przedmiotu zamówienia w kwocie brutto w wysokości: 7.441.500.00 zł
- 2) Zadanie nr 2 - Usługi ochrony na terenie działania PSG sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Bydgoszczy w latach 2011-2014, o wartości szacunkowej wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu w kwocie: 750 000,00 zł, co daje wartość przedmiotu zamówienia w kwocie brutto w wysokości: 922.500,00 zł,
- 3) Zadanie nr 3 - Usługi ochrony na terenie działania PSG sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Olsztynie w latach 2011-2014, o wartości szacunkowej wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu w kwocie: 450 000,00 zł, co daje wartość przedmiotu zamówienia w kwocie brutto w wysokości: 553.500,00 zł.

Wskazał, że zgodnie z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Rażąco niska cena”, iż w przypadku zamówienia z możliwością składania ofert częściowych punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej nie będzie, jak sugeruje Odwołujący, ustalona przez Zamawiającego łączna wartość zamówienia wszystkich części zamówienia (zadań), lecz wartość odzwierciedlająca zakres zamówienia będącego przedmiotem danej części (zadania). W tym stanie rzeczy Odwołujący w sposób nieuprawniony sumuje ceny wybranej oferty w trzech zadaniach i odnosi tę sumę do łącznej wartości przedmiotu przetargu we wszystkich zadaniach.

Zamawiający przedstawił szczegółowe wyliczenia odnośnie różnic procentowych pomiędzy: ceną oferty Przystępującego a wartością brutto przedmiotu zamówienia; ceną oferty Odwołującego a wartością brutto przedmiotu zamówienia; różnicami procentowymi między kolejnymi ofertami w rankingu

Uwzględniając te wyliczenia wskazano, iż :

- 1) w zadaniu nr 1 (o najwyższej wartości), wybrana oferta jest niższa zaledwie o 22 % od wartości brutto przedmiotu zadania nr 1, co stanowi średni efekt przetargu nieograniczonego zgodnie ze statystyką prowadzoną przez UZP, a ponadto różnica pomiędzy wybraną ofertą a

następnymi dwiema ofertami w kolejności wynosi jedynie 11%,

2) w zadaniu nr 2 Odwołujący, złożył ofertę trzecią w kolejności tj. wyższą niż cena wybranej oferty oraz cena w ofercie nr 6 niepodlegającej odrzuceniu, złożonej przez Konsorcjum Konsalnet. W świetle powyższego należy wskazać, iż Odwołujący w zadaniu nr 2 nie wykazał wymaganego art. 179 ust.1 ustawy Pzp interesu prawnego do wnoszenia odwołania, bowiem wobec braku zarzutów w odwołaniu w odniesieniu do oferty nr 6 niepodlegającej odrzuceniu w zadaniu nr 2, nie wykazał, iż w przypadku uwzględnienia odwołania może uzyskać zamówienie w tym zadaniu. Stąd Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w części zamówienia dot. zadania nr 2 wobec braku interesu prawnego Odwołującego do wnoszenia odwołania.

3) w zadaniu nr 3 (najniższym wartościowo) cena wybranej oferty różni się od ceny zawartej w ofercie Odwołującego o ok. 21%, natomiast obie oferty dość znacznie odbiegają od wartości przedmiotu zamówienia, co mogłoby sugerować, że wartość zamówienia w zadaniu nr 3 jest przez Zamawiającego nieco przeszacowana.

Zamawiający nadmienił, iż osoby odpowiedzialne za wyznaczanie wartości zamówienia w przypadku zadania nr 1 - dokonały tej czynności z należytą starannością, bowiem wartość ta odpowiada dotychczasowej umowie na świadczenie usług ochrony zawartej z Odwołującym; w zadaniu nr 2 - została nieco zawyżona wartość szacunkowa zamówienia w stosunku do dotychczas realizowanej umowy i potrzeb Zamawiającego, bowiem wartość szacunkowa zadania nr 2 wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu w kwocie 750.000,00 zł, jest przeszacowana o 100 000,00 zł; w zadaniu nr 3 - została nieco zawyżona wartość szacunkowa zamówienia w stosunku do dotychczas realizowanej umowy i potrzeb Zamawiającego, a tym samym wartość szacunkowa zadania nr 3 wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu w kwocie: 450 000,00 zł jest przeszacowana o 50 000,00 zł.

W tym stanie rzeczy po urealnieniu wartości przedmiotu zamówienia w zadaniach nr 2 i 3 wskazano, iż w zadaniu nr 3 - realna różnica pomiędzy wartością brutto zadania nr 3, a ceną wybranej oferty wynosi: 35% (cena wybranej oferty stanowi 65% wartości brutto zadania nr 3).

W świetle powyższego realne różnice w zadaniach pomiędzy wartością brutto zadań, a cenami wybranych ofert oscylują w granicach 20-35%, zaś różnice pomiędzy najniższą ceną a kolejnymi dwoma ofertami oscylują w granicach 11-21%, co przesądza o tym, że ceny zawarte w wybranej ofercie w zadaniach nr 1-3 są cenami rynkowymi i nie mają znamion cen rażąco niskich.

W tym stanie rzeczy w ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp jest całkowicie nieuprawniony. Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, iż ceny wybranych ofert we wszystkich trzech zadaniach nie są cenami rynkowymi oraz że są one cenami poniżej kosztów wytworzenia usługi. W świetle powyższego Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych do wyjaśnienia w trybie

art. 90 ust.1 ustawy Pzp ceny wybranej oferty w każdym z trzech zadań. Słuszność powyższego stanowiska potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 grudnia 2010 r., KIO 2687/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2009 r., KIO/UZP 1449/09).

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska zaprezentowane w pismach.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w jego złożeniu w zadani 1 i 3. Skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zadaniu nr 1 i 3. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Tego rodzaju działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp i mogłoby grozić powstaniem uszczerbku u Odwołującego w toku postępowania. Oferta Odwołującego zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców w zadaniu 1 i 3, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym, wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie uznano i w tym zakresie podzielono stanowisko Zamawiającego, że w zadaniu nr 2 wykonawca Odwołujący się nie wykazał spełnienia przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ oferta jego zajmuje trzecie miejsce w rankingu ofert, nie kwestionuje on oferty znajdującej się w rankingu przed nim, a więc nie ma on szansy na

uzyskanie zamówienia biorąc pod uwagę zgłoszony zarzut i możliwość odrzucenia oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego zgłoszony zarzut w zadaniu nr 2 podlegał oddaleniu ze względu na brak interesu.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, skład orzekający stanął na stanowisku, iż odwołanie nie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Złożone wraz z odwołaniem pełnomocnictwo dla Lidera konsorcjum obejmowało swym zakresem reprezentowanie konsorcjum w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Skład orzekający uznał, iż reprezentowanie przed KIO obejmuje również wnoszenie i korzystanie z przysługujących wykonawcy środków ochrony prawnej, w tym odwołania. Przed KIO nie toczą się innego rodzaju postępowania, niż postępowanie odwoławcze, zatem uznano, iż złożono wraz z odwołaniem pełnomocnictwo rodzajowe, którego charakter wynika z orzecznictwa KIO. Odwołanie zostało zatem wniesione przez podmiot uprawniony do dokonywania czynności i w tym zakresie wniosek Zamawiającego oddalono.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2011/S 74-12810 z dnia 15.04.2011 roku.

W zakresie zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustalono, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zaoferowali następujące ceny w części 1:

1) Ekotrade Sp. z o.o.	5 781 399,16 zł
2) Konsorcjum Jantar	6 500 105,63 zł
3) Wiking	6 539 812,39 zł
4) Konsorcjum Konsalnet	7 128 569,01 zł
5) G4S	8 554 276,97 zł

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zaoferowali następujące ceny w części 3:

1) Ekotrade Sp. z o.o.	318 289,07 zł
2) Konsorcjum Jantar	406 609,07 zł
3) G4S	572 938,92 zł

Ustalono również, że wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 7 250 000,00 zł (w tym: dla zadania nr 1 – 6 050 000,00 zł; dla zadania nr 2 – 750 000,00 zł; dla zadania nr 3 –

450 000,00 zł).

Podczas otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w wysokości 8 917 500,00 zł brutto (punkt 8 druku ZP-1 – protokół z postępowania; w tym na zadanie nr 1 – 7 441 500,00 zł; dla zadania nr 2 – 922 500,00 zł; dla zadania 553 500,00 zł).

W toku prowadzonego postępowania nie zwracał się do wykonawcy wybranego, tj. Ekotrade Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ze względu na podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z Rozdziałem XII Opis sposobu obliczenia ceny w każdym zadaniu – wykonawca zobowiązany był do przedstawienia w formularzu oferty ceny obejmującej całość zamówienia w zadaniu oraz miesięczną cenę netto w zadaniu. W formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ wykonawca zobowiązany był do przedstawienia miesięcznej ceny netto w zadaniu i podzadaniach oraz miesięcznej ceny netto dla każdego obiektu, w tym miesięcznej ryczałtowej ceny netto obiektu monitoringu i miesięcznej ryczałtowej ceny netto obiektu za ochronę.

Izba uznała za prawidłowe wyliczenia przedstawione wraz z odpowiedzią na odwołanie dokonane przez Zamawiającego i przyjęła je za własne

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzuty naruszenia wskazanych w petitum odwołania przepisów ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Na początku rozważań zauważyć należy, iż ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywny unijne nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07). Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, oraz że rażąco niska cena jest to

cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. *Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę*". Stanowisko takie podzielane było również w orzecznictwie Izby „*Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.*” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).

Podzielono również pogląd, że oceny przesłanek zaofierowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż „*Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.*” (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak analogicznej definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności 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. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Jeśli Zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT,
- ceny zaoferowane przez innych wykonawców,
- ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, iż Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na poparcie swojej tezy. Nie wskazał jakikolwiek przesłanek, które uzasadniałyby konieczność rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. Ocena, czy zachodzi podstawa do wystąpienia o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest subiektywną oceną Zamawiającego. Ustawodawca nie określił w tym przypadku żadnych wytycznych, pozostawił decyzję Zamawiającemu, czy w danych okolicznościach uzasadnione będzie podejrzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Jeżeli zatem różnica w cenie między dwiema pierwszymi ofertami wynosiła około 11% w zadaniu 1 i 21% w zadaniu 3 to Zamawiający nie musiał powziąć podejrzenia, które winno prowadzić do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W niniejszej sprawie różnice w cenach w przypadku trzech pierwszych ofert znacząco od siebie nie odbiegały (oscylowały w granicach 15-20%), a więc mieściły się w ujęciu statystycznym (zgodnie z poglądem Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącym zagadnienia rażąco niskiej ceny) i Izba uznała, że Zamawiający nie miał obowiązku występowania do wykonawcy, który złożył najtańszą ofertę o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny.

Porównując złożone w postępowaniu oferty, słusznie Zamawiający i Przystępujący zauważyli, że różnica między ofertą najtańszą a drugą w kolejności ofertą Odwołującego nie jest znacząca, biorąc choćby pod uwagę zakres, przedmiot zamówienia, czy choćby czas trwania zamówienia, który wynosi ponad 3 lata. Taka różnica procentowa w żaden sposób nie udowadnia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jest to normalne następstwo przyjęcia przez

kolejnych wykonawców różnej wielkości składników cenotwórczych, wysokości zysku, czy też kalkulowania ceny w związku z okresem, na który zawierana będzie umowa. Nie są to różnice, które mogłyby uzasadniać zarzut rażąco niskiej ceny lub rodzić podejrzenia u Zamawiającego, które miałyby go skłonić do żądania wyjaśnień.

Idąc dalej i porównując złożone oferty z wartością szacunkową oszacowaną przez Zamawiającego i kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania, również nie sposób przyjąć, że oferta złożona przez wykonawcę Przystępującego jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Wysokość zaoferowanej przez niego ceny do kwoty środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi około 78% w zadaniu nr 1 i około 60% w zadaniu nr 3. Nie jest to poziom rażąco odbiegający, nawet od ofert złożonych w postępowaniu, który nie gwarantowałby nieosiągnięcia choćby minimalnego zysku lub który groziłby niewykonaniem przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego porównywanie oferty z najniższą ceną w postępowaniu z ofertami znacząco od niej odbiegającymi (najdroższymi) jest pewnego rodzaju manipulacją faktami. Dużo bardziej właściwsze wydaje się porównanie wartości (ceny) dwóch pierwszych w rankingu ofert. Porównanie to zaś pokazuje, iż ta wskazywana przez Odwołującego różnica w takim ujęciu nie jest znacząca. Ponadto jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący wskazuje na znaczne różnice w cenie odnosząc ją do całości zamówienia. Nie można jednak zapomnieć, że zamówienie podzielone zostało na trzy odrębne części, a oceniając różnice w zaoferowanej cenie w poszczególnych częściach zamówienia, nie są one znaczne i budzące wątpliwości lub podejrzenie rażąco niskich.

Odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest także wystarczające (za wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością (za wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 671/08). Takie ukształtowanie cen w postępowaniu oznacza po prostu zaciętą walkę o tak intratne zamówienie. Ponadto różnica między wartością netto oferty wykonawcy Ekotrade i wartością szacunkową zamówienia (tak bowiem należałoby dokonać w ocenie składu orzekającego tego porównania) także nie jest znacząca i nie rodzi podejrzenia rażąco niskiej. Zamawiający zauważył, że wartość szacunkowa zamówienia oszacowana została nieco zawyżona w stosunku do dotychczas realizowanej umowy, przynajmniej w przypadku zadania nr 3. Dostrzeżenia jednak wymaga, iż w zadaniu nr 3 wszystkie złożone oferty w sposób znaczący odbiegały od wartości szacunkowej. Powodem tego nie musi być jednak możliwość, czy podejrzenie rażąco niskiej ceny ale właśnie

przeszacowanie wartości w stosunku do potrzeb Zamawiającego. W przypadku zadania nr 1 zaferowanie ceny na poziomie 78 % wartości zamówienia nie może świadczyć o zaferowaniu ceny rażąco niskiej.

Odwołujący nie wykazał, że kalkulacja cenowa przedstawiona przez Przystępującego odbiega od cen rynkowych oferowanych za podobnego rodzaju usługi. Nie wskazano, że chociażby kwota ta nie pokryje podstawowych kosztów zatrudnienia pracowników, zapewnienia ciągłości świadczenia usługi, zapewnienia urządzeń niezbędnych do wykonywania zamówienia i świadczenia usługi. A zatem także w odniesieniu do tego kryterium kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej, nie udowodniono możliwości jej wystąpienia oraz konieczności wystąpienia do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Zarzut sformułowany w odwołaniu dotyczył zaniechania wezwania do wyjaśnień, jednakże aby to wezwanie mogło nastąpić, musiałaby nastąpić podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny, natomiast Odwołujący w żadnym z aspektów odniesienia nie wykazał, że takie podejrzenie nastąpiło.

Dokonana analiza pokazuje, iż w żadnym z punktów odniesienia, Odwołujący nie udowodnił możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, która rodziłaby ze strony Zamawiającego obowiązek podjęcia weryfikacji złożonej oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z przedstawionych względów Izba stwierdziła, że nie zachodziły okoliczności wymagające wszczęcia przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu. Kwestionowane przez Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego nie naruszają przepisów wskazanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności Zamawiającego nie potwierdziły się, a podjęte decyzje nie miały wpływu na wynik postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty strony (Zamawiającego) obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł.

Przewodniczący: