

WYROK
z dnia 22 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Izabela Kuciak
Małgorzata Stręciwilk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2013 r. przez wykonawcę **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- A. Comparex Poland S.A., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa,**
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa,**
- C. Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa,**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy Comparex Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Komendy Głównej Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa** na rzecz **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy 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 2013 r. poz. 907) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla systemów: KSIP, KCIK, PSI, ZSODE, CSD, KSI, STBS, AFIS, AV, SIO, SYNAPS, FP”, prowadzonym przez Komendę Główną Policji w trybie przetargu nieograniczonego (dalej „zamawiający”) wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. (dalej „IST”) złożył odwołanie wobec :

1. dokonania wyboru oferty Comparex Poland Sp. z o.o. (dalej „wykonawca Comparex” albo „Comparex”),
2. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Comparex,
3. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Comparex jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu oraz zawierającej rażąco niską cenę,
4. ewentualnie zaniechanie wezwania Comparex w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”] do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 1a), poprzez zaniechanie jego zastosowania względem wykonawcy Comparex,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5), poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4), poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex,
4. ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Comparex,
2. wykluczenia wykonawcy Comparex ze względu na fakt, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a) Pzp i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu,
3. odrzucenie oferty Comparex jako zawierającej rażąco niską cenę,
4. ewentualnie wezwanie Comparex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zaszyły wszystkie przesłanki zobowiązujące zamawiającego do wykluczenia Comparex w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, ponieważ zamawiający - Skarb Państwa Komenda Główna Policji dnia 9 kwietnia 2013 r. odstąpił od zawartej z Comparex umowy nr 12/BŁil/131/BŁil/12/KM/8 z dnia 15 lutego 2013 r. obciążając Comparex karami umownymi w wysokości 1 244 229,00 złotych przy wartości całej umowy wynoszącej 6 990 000,00 złotych.

W ocenie odwołującego wartość niewykonanej części umowy wyniosła powyżej 5% wartości umowy. Podał, że niewykonana część umowy dotyczyła dostawy 12 sztuk stacji dostępowych/zarządzających, 12 sztuk stacji dokujących wraz z dodatkowymi akcesoriami oraz 12 sztuk monitorów. Wskazał, że wartość samych notebooków to ok. 450 000 zł brutto, co już stanowi ponad 5% wartości całej umowy, a do kosztu tego należałoby doliczyć stacje dokujące i monitory w ilości 12 sztuk oraz akcesoria dodatkowe. Podniósł, że w okresie kiedy składana była oferta wartość była wyższa od wyceny z okresu bieżącego.

Zdaniem odwołującego ową wartość 5% należy rozpatrywać z punktu widzenia wartości rynkowej dostarczanych w ramach umowy urządzeń i w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ – dla ustalenia 5%, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Pzp konieczne jest przyjęcie wartości urządzeń, które dany wykonawca miał dostarczyć zgodnie z opisem i umową, a nie te które oferował i które były niezgodne z SIWZ, co doprowadziło do odstąpienia od umowy. W ocenie odwołującego przyjęcie innej wykładni powodowałoby, iż gdyby wykonawca zaoferował za dane urządzenie np. 1 złotych (mimo znacznie wyżej jego wartości), w wyniku czego nie byłby w stanie zrealizować umowy, to zamawiający odstępując w tej części od umowy nie byłby w stanie wykluczyć takiego wykonawcy w kolejnym postępowaniu, mimo, iż wartość tego urządzenia w kolejnym przetargu dotyczącym realizacji niewykonanej wcześniej części wynosiłaby znacznie więcej niż ta kwota. Działanie takie stanowiłoby pole do manipulacji i nadużyć i uniemożliwiłoby eliminacje nierzetelnych wykonawców, a także godziłoby w zasady uczciwej konkurencji.

W podsumowaniu odnoszącym się do tego zarzutu odwołujący stwierdził, że wartość niewykonanej części zamówienia należy ustalać w oparciu o wartość urządzeń, które miały być dostarczone zgodnie z opisem SIWZ, a nie te które oferował wykonawca i przy uwzględnieniu ich wartości rynkowej a nie ofertowej, deklarowanej przez Comparex.

W uzasadnieniu dotyczącego zarzutu zaoferowania przez Comparex rażąco niskiej ceny odwołujący podał, że Comparex złożył ofertę na kwotę 1 650 000,00 złotych, tj. za cenę, która w znacznym stopniu odbiega od pozostałych ofert oraz od poziomu kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na niniejsze postępowanie (5 946 621,90 zł).

Wskazał, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zdefiniowane na gruncie obowiązującego prawa, jednak wolą ustawodawcy wprowadzającego ten termin do porządku prawnego była eliminacja z rynku wykonawców nierzetelnych, którzy proponują najniższe ceny

tylko w celu uzyskania zamówienia, bez faktycznej możliwości jego realizacji. Wskazał nadto, że przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Za orzecznictwem podniósł, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska”, koniecznym jest porównanie ceny ofertowej przede wszystkim do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, a także do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych, a nadto, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny powinna być wartość przedmiotu zamówienia oraz średnia ceny ofert zbliżonych pod względem ceny, czy średnia cena wszystkich ofert złożonych w postępowaniu; w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaofertowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe.

Zdaniem odwołującego samo porównanie ceny zaofertowanej przez Comparex do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia budzi podejrzenia odnośnie rażąco niskiej ceny - cena Comparex stanowi zaledwie 30% kwoty, jaką zamawiający przeznaczył w przedmiotowym postępowaniu (5 946 621,90 zł). Wskazał dalej, że także porównanie do cen zaofertowanych przez innych wykonawców w tym przede wszystkim kolejnych budzi istotne wątpliwości – kolejna oferta jest droższa o ok. 30 %, kolejne oferty są jeszcze wyższe.

W ocenie odwołującego tak istotne różnice w zaofertowanych cenach na niezwykle konkurencyjnym rynku świadczą o tym, że cenę zaofertowaną przez Comparex należy uznać za cenę rażąco niską.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Comparex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w przypadku gdy w ocenie zamawiającego cena zaofertowana przez wykonawcę budzi wątpliwości co do tego czy jest ceną rażąco niską wówczas, przed ewentualnym odrzuceniem oferty, zamawiający zobowiązany jest zastosować procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie, przy tak niskiej cenie zaofertowanej przez Comparex, różniącej się zdecydowanie od innych cen i ceny przeznaczonej przez zamawiającego na realizację tego zamówienia, zamawiający zobowiązany był do zastosowania tego przepisu w celu wyjaśnienia tych różnic.

Stwierdził, że należyte wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaofertowaną przez Comparex nie jest możliwe, toteż oferta tego podmiotu winna być odrzucona bez względu na treść złożonych wyjaśnień.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, a także odwołania z dnia 3 października 2013 r., pisma procesowego przystępującego z dnia 16 października 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 17 października 2013 r. oraz stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołujący, w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego aukcji elektronicznej, złożył ofertę z drugą w rankingu ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział XIV SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą (z najniższą ceną) oraz odrzucenia tej oferty oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownej oceny ofert, a w konsekwencji mogłoby doprowadzić do wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę pierwotnie wybraną i odrzucenia tej oferty, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Zaproszenia do aukcji elektronicznej skierowanego do odwołującego z dnia 12 września 2013 r.
4. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych oraz o odrzuceniu jednej z ofert z dnia 25 września 2013 r.
5. Wezwania przez zamawiającego wykonawcy Comparex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 18 września 2013 r.
6. Odpowiedzi wykonawcy Comparex na ww. wezwanie.
7. Dokumentów przedłożonych na rozprawie przez odwołującego i przystępującego Andra Sp. z o.o. w tym Załącznika nr 4 do umowy z dnia 15 lutego 2013 r. nr 12/Błil/131/BłiL/12/KM/8,
8. Dokumentów przedłożonych na rozprawie przez przystępującego Comparex Poland Sp. z o.o.

9. Dokumentacji w sprawach o sygn. akt KIO 2612/12, KIO2613/12 i KIO 2633/12 oraz o sygn. akt KIO 2216/13 i 2221/13

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że zarzut ten nie jest zarzutem spóźnionym, ponieważ po pierwsze, z treści zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 12 września 2013 r. odwołujący nie mógł powziąć informacji o innych niż on sam wykonawcach, którzy do tej aukcji zostali zaproszeni (wskazano liczbę wykonawców bez identyfikacji ich nazw), po drugie zaś, ponieważ wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w tym z wykorzystaniem aukcji elektronicznej o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania (a tym samym wykonawcach, którzy zostali dopuszczeni do aukcji elektronicznej) i o powodach tej decyzji zamawiającego dowiadują się dopiero z informacji zamawiającego przekazanej w trybie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Poinformowanie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert – przesłanie informacji o tych czynnościach stanowi obowiązek zamawiającego (art. 92) i rozpoczyna bieg terminu na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 (zależnie od sposobu przesłania informacji).

Nakładanie na wykonawców obowiązku zestawiania informacji (liczba wykonawców zaproszonych do aukcji, ceny ofertowe poszczególnych wykonawców – przed aukcją, przewidziane kryterium oceny oferty, liczba punktów przyznanych wykonawcy, do którego skierowane jest zaproszenie, pozycja wykonawcy w rankingu ofert pierwotnych), ich analizy i wnioskowania o czynnościach/zaniechaniach zamawiającego nie znajduje umocowania w ustawie Pzp (zakłada także pełną prawidłowość działań zamawiającego, a nawet brak po stronie zamawiającego możliwości popełnienia omyłek).

Z tego względu skład orzekający zarzut rozpoznał.

Bezsporny był fakt odstąpienia w okresie 3 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. w dniu 9 kwietnia 2013 r.) przez obecnego zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 15 lutego 2013 r. nr 12/Błil/131/Błil/12/KM/8 zawartej z wykonawcą Comparex Poland Sp. z o.o. (dalej nadal „Comparex”) z powodu dostarczenia, w wykonaniu umowy, przez tegoż wykonawcę części zamówionych urządzeń niezgodnych z wymaganiami zamawiającego (tj. 12 szt. stacji dostępowych/zarządzających, 12 szt. stacji dokujących i 12 szt. monitorów)

z powodu okoliczności, za które Comparex ponosi odpowiedzialność (oraz zapłaty z tego tytułu kary umownej).

Spór dotyczy tego, czy 5% wartości umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy, jak twierdzi odwołujący, odnieść do wartości rynkowej urządzeń, które miały być dostarczone, czy też do wartości tych urządzeń wskazanej w umowie, od której zamawiający odstąpił.

Skład orzekający Izby ustalił, że wartość urządzeń wskazana w umowie w jej Załączniku nr 4 (Specyfikacja ilościowo – cenowa) to 206 640,00 zł brutto w przypadku 12 szt. stacji dostępowych/zarządzających, 14 760,00 zł w przypadku 12 szt. stacji dokujących i 48 708,00 zł w przypadku 12 szt. monitorów – łącznie 270 108,00 zł. Całkowita wartość umowy wynosiła 6 990 000,00 zł.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że 5% wartości umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy odnieść do wartości urządzeń, które miały być dostarczone wskazanej w umowie, od której zamawiający odstąpił.

W słowniku definicji legalnych, zawartym w art. 2 ustawy Pzp, ustawodawca nie zawarł ani definicji „wartości niezrealizowanego zamówienia”, ani „wartości umowy”. Pojęcia te nie zostały także zdefiniowane w przepisach kodeksu cywilnego, które, z mocy na art. 14 ustawy Pzp, znalazłyby zastosowanie.

Ustawa Pzp w art. 2 pkt 13 definiuje natomiast pojęcie „zamówienia publicznego” jako „umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane” oraz definiuje pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia” jako „postępowania wszczynanego (...) w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego”, co uzasadnia twierdzenie, że zamówienie publiczne to po prostu umowa zawarta po przeprowadzeniu postępowania (postępowania uregulowanego przepisami Pzp). W konsekwencji zasadne jest także przyjęcie, że wartość niezrealizowanego zamówienia to wartość niezrealizowanej części umowy. Pojęcie „wartość umowy” jest powszechnie używane w obrocie i zrozumiałe – pod pojęciem tym rozumie się, w szczególności w przypadku umowy na usługi, wysokość wynagrodzenia umownego wykonawcy. W umowie odpłatnej zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartość ta to cena oferty najkorzystniejszej, która podlega w każdym postępowaniu obligatoryjnej ocenie zamawiającego także pod kątem jej rażąco niskiego charakteru (art. 90 ustawy Pzp) i która także każdorazowo może być weryfikowana przez konkurencyjnych wykonawców.

Za przyjęciem stanowiska, że 5% wartości umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy odnieść do wartości urządzeń, które miały być dostarczone wskazanej w umowie przemawia łatwość zastosowania i szybkość tego rozwiązania, co z perspektywy

postępowania, w którym miałyby nastąpić wykluczenie wykonawcy jest istotne. Za takim stanowiskiem przemawia nadto brak przepisów ustawy Pzp, na podstawie których miałyby nastąpić ustalenie wartości urządzeń, które nie zostały dostarczone, tj. na przykład – jak proponował przystępujący - że miałyby to nastąpić w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne (odstąpienie od umowy musiałyby jednocześnie obligować zamawiającego do przeprowadzenia postępowania, co nie zawsze może okazać się potrzebne i celowe).

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że wartość niezrealizowanej części umowy z dnia 15 lutego 2013 r. nr 12/Błil/131/Błil/12/KM/8 zawartej z wykonawcą Comparex, tj. wartość 12 szt. stacji dostępowych/zarządzających, 12 szt. stacji dokujących i 12 szt. monitorów wynosi 270 108,00 zł i stanowiąc ok. 3,9 % nie przekracza 5% wartości tej umowy (6 990 000,00 zł), która obligowałyby zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z zajęтым przed skład orzekający Izby stanowiskiem wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia rynkowej wartości niedostarczonych urządzeń skład orzekający Izby oddalił, uznając że pozostaje on bez znaczenia dla rozstrzygnięcia postawionego zarzutu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Comparex z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia wykonawcy Comparex złożone przy piśmie z dnia 20 września 2013 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 września 2013 r. skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Wątpliwości zamawiającego powstały wobec zaferowania przez Comparex (w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej) ceny w wysokości 1 650 000,00 zł w sytuacji, gdy ceny pozostałych oferentów wynosiły 5 897 000,00 zł, 7 799 999,00 zł i 19 963 023,00 zł, a wartość szacunkowa zamówienia (bez VAT) to kwota 4 834 651,95 zł (pkt 2.2. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego), co po uwzględnieniu wartości podatku od towarów i usług daje kwotę 5 946 621,85 zł.

W swoich wyjaśnieniach Comparex odwołał się do wartości uprzednio realizowanej przez siebie umowy na rzecz obecnego zamawiającego, obejmującej serwis urządzeń również dla systemów jak w przedmiotowym postępowaniu (umowa nr 56/Błil/232/Błil/11/AL.), której

prawidłowość wyceny miała dodatkowo potwierdzać wycena innej jeszcze umowy (umowa nr 289/BłiL/154/BłiL/2011/AL).

Ponadto Comparex wskazał, że sprawując serwis na podstawie umowy nr 56 dysponuje „stosownym” zapasem części zamiennych, których zakup został sfinansowany z wynagrodzenia z umowy nr 56 stąd, o ile zachodzić będzie potrzeba zastosowania części zamiennych, wykorzysta części zamienne znajdujące się już w jego posiadaniu. Powołał się także na doświadczenie zdobyte w ramach świadczenia usług wsparcia w ramach poprzednio wykonywanej umowy, tj. umowy nr 56, które pozwala mu na precyzyjne oszacowanie kosztów koniecznych do uzupełnienia części zamiennych, jak i kosztów pracy.

Wykonawca Comparex przyjął, że po jego stronie występują szczególnie korzystne warunki realizacji zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy Comparex sprowadzają się do tego, że szczególnie korzystne warunki realizacji zamówienia wiąże on:

1. ze zdobytym doświadczeniem:
 - w kalkulacji cen na potrzeby umowy nr 56 i nr 289, zrealizowanych na rzecz obecnego zamawiającego, tj. doświadczeniem w kalkulacji cen pozwalających na realizację tych umów,
 - w precyzyjnym oszacowaniu awaryjności sprzętu pozwalającym na precyzyjne oszacowanie kosztów serwisu,
2. z posiadaniem „stosownego” zapasu części zamiennych.

Zamawiający, kierując do Comparex wezwanie z dnia 18 września 2013 r. oczekiwał, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość, z czym wiązać należy obowiązek wykonawcy do konstruowania wyjaśnień referujących do poszczególnych, co najmniej kluczowych elementów składających się na cenę zaoferowaną w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, przygotowując wyjaśnienia winien także wziąć pod uwagę mierniki oceny wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (obiektywne czynniki – oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej). Mierniki te zostały także wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 września 2013 r.

W ocenie składu orzekającego Izby powoływanie się przez wykonawcę na sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla danego wykonawcy ma, z punktu widzenia oceny zaoferowanej ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru, znaczenie wówczas, gdy – zgodnie ze wskazówką ustawodawcy – są one wyjątkowe. Wyjątkowość tych warunków polegać

może na tym, że są dostępne wyłącznie danemu wykonawcy albo choć tak nie jest, to jednocześnie wykonawca wykaże swoją „przewagę” nad innymi wykonawcami w tym aspekcie.

Doświadczenia w prawidłowym kalkulowaniu cen ofertowych i szacowaniu awaryjności sprzętu, na jakie powołał się Comparex nie można także odmówić pozostałym, profesjonalnym uczestnikom przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a fakt kalkulowania i realizacji podobnych zamówień na rzecz innych zamawiających nie czyni doświadczenia tych wykonawców mniej przydatnym.

Wykonawca Comparex nie podał, jakimi częściami zamiennymi, w jakich ilościach dysponuje, jak ilości te mają się do zakładanego zapotrzebowania oraz jakie znaczenia przy kalkulowaniu ceny w przedmiotowym postępowaniu miał ten element.

Skład orzekający Izby zauważa, że wykonawca Comparex w ogóle nie powiązał wskazywanych przez siebie okoliczności z zaoferowaną przez siebie ceną, tj. nie wskazał, które okoliczności i jak – w sensie wartości, wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny.

Jest to tym bardziej istotne w postępowaniu, w którym cena oferty najkorzystniejszej odbiega tak drastycznie zarówno od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, jak i od – nie tylko wartości, ale wręcz poziomu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy wyjaśnienia, które wykonawca Comparex złożył nie mogą zostać uznane za kompletne i wystarczające, dające zamawiającemu szansę na pozytywną weryfikację zaoferowanej ceny i jej ewentualnego zakwalifikowania jako ceny realnej, pozwalającej na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Wobec złożenia przez odwołującego w toku rozprawy oświadczeniu o cofnięciu tego zarzutu skład orzekający zarzut pozostawił bez rozpoznania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....