

Sygn. akt KIO/UZP 1441/07

WYROK
z dnia 9 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Markowska Jolanta
Członkowie: Łamejko Luiza
Matczuk-Mazuś Lubomira
Protokolant: Nowicka Dorota

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WINUEL S.A., Wrocław, ul. Strzegomska 56a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Karpacki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o., Tarnów, ul. Wita Stwosza 7** protestu z dnia 13 listopada 2007r

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx po stronie zamawiającego*,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **WINUEL S.A., Wrocław, ul. Strzegomska 56a**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczanego przez **WINUEL S.A., Wrocław, ul. Strzegomska 56a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty .00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WINUEL S.A., Wrocław, ul. Strzegomska 56a.**

U z a s a d n i e n i e

W dniu 22 września 2005r. Zamawiający tj. Karpacki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę, konfigurację i uruchomienie Systemu Zbierania i Przetwarzania Danych Pomiarowych.

W dniu 7 listopada 2007 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 6 listopada 2007 r.).

W dniu 13 listopada 2007 r. Odwołujący WINUEL S.A. złożył protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum firm CONTROL PROCESS S.A. i WASKO S.A. z siedzibą w Tarnowie (zwane dalej Konsorcjum CONTROL PROCESS).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę – Konsorcjum CONTROL PROCESS jako niezgodnej z ustawą Pzp,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

4. zaniechanie wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum CONTROL PROCESS,
2. dokonanie ponownej oceny ofert,
3. odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp
4. wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

oraz ewentualnie o:

5. unieważnienie postępowania jako obarczonego wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu protestu, że:

1. Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum CONTROL PROCESS na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z powodu nieprawidłowego umocowania osoby, która podpisała wniosek Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wiceprezes Zarządu CONTROL PROCESS S.A. Pan Wojciech Wiatr podpisał wniosek samodzielnie podczas, gdy zgodnie z KRS wymagane było działanie dwóch członków zarządu łącznie albo członka zarządu i prokurenta, albo dwóch prokurentów łącznie. Pan Wojciech Wiatr podpisując wniosek oparł się na pełnomocnictwie udzielonym w dniu 07. 10. 2005r. przez dwóch członków zarządu tj. przed zawarciem umowy Konsorcjum, co nastąpiło w dniu 26.10.2005 r. Pełnomocnictwo lidera wynika z Umowy Konsorcjum jednak pełnomocnik lidera posiadał pełnomocnictwo ogólne podczas, gdy w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagane jest pełnomocnictwo szczególne lub rodzajowe.
2. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu postawił wymaganie, aby wykonawcy wykazali posiadanie certyfikatu w zakresie zarządzania projektami, związanymi z wytwarzaniem i wdrażaniem systemów informatycznych. Certyfikaty przedłożone we wniosku przez Konsorcjum firm CONTROL PROCESS nie spełniają tych wymagań. Certyfikat ISO 9001:2000 wystawiony dla CONTROL PROCESS dotyczy usług budowlanych i remontów instalacji elektrycznych i telefonicznych, a Certyfikat ISO 9001:2000 wystawiony dla WASKO S.A. co prawda wymienia różne zakresy z obszaru informatyki, ale nie spełnia wymogu określonego precyzyjnie przez Zamawiającego tj. nie wymienia, że certyfikacją objęte jest zarządzanie projektami związanymi z wytworzeniem i wdrażaniem systemów informatycznych.
3. Cena zaoferowana przez Konsorcjum CONTROL PROCESS wydaje się być rażąco niska, czego Zamawiający nie zweryfikował przy ocenie ofert.

W dniu 19 listopada 2007 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego odrzucenie w części, dotyczącej nieprawidłowej reprezentacji Konsorcjum CONTROL PROCESS jak również złożonych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, certyfikatów oraz oddalił protest w części dotyczącej zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia protestu w części, dotyczącej nieprawidłowej reprezentacji Konsorcjum CONTROL PROCESS oraz złożonych wraz z wnioskiem certyfikatów podniósł, że protest został wniesiony po terminie. Wskazał, że termin do wniesienia protestu na treść zawartą we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu minął Odwołującemu najpóźniej w terminie 7 dni, od dnia rozstrzygnięcia przez Zamawiającego pierwszego etapu przedmiotowego postępowania tj. od dnia 20 lutego 2006r.

Oddalenie protestu w części, dotyczącej zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wybranej Zamawiający uzasadnił wskazując, że różnica w cenie oferty najkorzystniejszej i oferty drugiej z kolei wynosi 18 %, co oznacza, że cena oferty wybranej nie odbiega znacząco od cen rynkowych, w stopniu wskazującym na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, a tym samym zarzut rażąco niskiej ceny jest nieuzasadniony.

W dniu 23 listopada 2007 r. Odwołujący WINUEL S.A. złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę – Konsorcjum CONTROL PROCESS jako niezgodnej z ustawą Pzp,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł w odwołaniu o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia protestu w części dotyczącej reprezentacji Konsorcjum CONTROL PROCESS oraz złożonych do wniosku certyfikatów i oddalenia protestu w pozostałej części oraz o rozpoznanie merytoryczne protestu i odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum CONTROL PROCESS,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum CONTROL PROCESS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp

oraz ewentualnie o:

5. unieważnienie postępowania jako obarczonego wadą, uniemożliwiającą podpisanie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Ponadto w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego, przedstawionej w rozstrzygnięciu protestu, dotyczącej odrzucenia protestu w części, Odwołujący podniósł, że ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone w dniu 22 września 2005r. (TED 2005/S 183-181178), to w stanie prawnym mającym zastosowanie do niniejszego postępowania tj. sprzed nowelizacji w 2006r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy na mocy art. 96 ust. 3 Pzp mogli zapoznać się z treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po wyborze najkorzystniejszej oferty, a zatem termin do wniesienia protestu, w tym przypadku, należy liczyć od dnia 7 listopada 2007 r. tj. daty powiadomienia Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Protest został wniesiony w dniu 13 listopada 2007r. a więc w 6 dniu od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia.

Odwołujący podniósł także, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający był zobowiązany zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień.

Nadto w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przed ostatecznym rozstrzygnięciem innego protestu, wniesionego w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, dotyczącego zaniechania odtajnienia pełnej treści oferty, złożonej przez Konsorcjum CONTROL PROCESS.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku analizy dokumentów, przedłożonych do akt sprawy oraz wyjaśnień stron, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zgłoszony na rozprawie przez Zamawiającego zarzut dotyczący braku interesu prawnego ze strony Odwołującego, poprzez brak literalnego wyrażenia w odwołaniu wniosku o wybranie oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Izba stwierdziła, że skoro Odwołujący wniósł w proteście o wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu oraz w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum CONTROL PROCESS oraz dokonania ponownej oceny ofert, dodając, że podtrzymuje w pełnym zakresie stanowisko i

argumentację wyrażone w proteście, to należy uznać, że Odwołujący wykazał, że posiada interes prawny w niniejszym zamówieniu.

Izba uznała, że Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp nie wykazał, iż oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazując na jednolitą linię orzeczniczą ZA i SO, Izba podziela pogląd, że 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. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę.

W niniejszym postępowaniu wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego w dniu 9 czerwca 2005r. na kwotę 5 504 000,00zł (wartość netto). Rozpiętość cen złożonych ofert (ceny brutto) w niniejszym postępowaniu wynosi od 9 509 900,00 zł do 14 152 000,00 zł.

Kierując się doświadczeniem życiowym Izba podzieliła opinię Zamawiającego, że w okresie około dwóch lat od wszczęcia postępowania nastąpiła znacząca zmiana cen na rynku sprzętu informatycznego i usług informatycznych. W celu dokonania oceny, czy cena oferty wybranej jest rażąco niska należałoby odnieść tę cenę do aktualnych cen rynkowych lub średniej cen ofert najbardziej zbliżonych cenowo do oferty wybranej. Izba uznała, że Zamawiający wziął pod uwagę zmiany cen, o których mowa powyżej, planując kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 12 000 000,00 zł.

W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał okoliczności, które potwierdzałyby konieczność wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W orzecznictwie nie wykształcił się jednolity pogląd, co do wysokości różnicy ceny oferty, w porównaniu do wartości przedmiotu zamówienia (wraz z podatkiem VAT) lub średniej cen zbliżonych cenowo ofert, która powinna powodować wszczęcie procedury wyjaśniającej, określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podziela pogląd, że różnica ta powinna być znacząca, biorąc pod uwagę konkretny przedmiot zamówienia i sytuację rynkową.

W nin. postępowaniu złożone zostały trzy oferty, przy czym cena oferty wybranej jest o 15,3 % niższa od ceny drugiej oferty z kolei. Izba uznała, że różnica ta nie stanowiła podstawy do podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ponieważ przy tak dużej ilości sprzętu komputerowego oraz zakresu usług,

nawet niewielkie różnice w cenach jednostkowych mogą skutkować znaczącą różnicą w cenie za cały przedmiot zamówienia.

Izba uznała, że w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowej reprezentacji Konsorcjum CONTROL PROCESS i niespełnienia warunku udziału w postępowaniu (nie przedłożenie przez Konsorcjum wymaganego certyfikatu), odnoszących się do oceny treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący wniósł protest po terminie, określonym w art.180 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 05.10.2007r. wystąpił z pismem do Zamawiającego o udostępnienie ofert wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (pismo z dnia 04.10.2007r.). Pismem z dnia 08.10.2007r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w dniu 12.10.2007r. zostanie mu udostępniona dokumentacja tego postępowania. W trakcie rozprawy Zamawiający potwierdził, że w dniu 12.10.2007r. udostępnił Odwołującemu dokumenty, o które zwracał się Odwołujący, w tym oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący potwierdził pisemnie w dniu 12.10.2007r. fakt zapoznania się w tym samym dniu z „dokumentacją w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem”.

Izba uznała, że Odwołujący zapoznał się z ofertami i wnioskami złożonymi w niniejszym postępowaniu w dniu 12 października 2007 r., z wyłączeniem zastrzeżonej, co do jawności części oferty Konsorcjum CONTROL PROCES (czynność zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego części niejawnej oferty została następnie oprotestowana przez Wykonawcę i była przedmiotem odrębnego postępowania odwoławczego Sygn. akt KIO/UZP/0-1389/07). Zatem zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, siedmio - dniowy termin do wniesienia protestu należy liczyć od dnia 12.10.2007r. Termin ten upłynął Odwołującemu w dniu 19.10.2007r., w związku z czym wskazane w odwołaniu zarzuty, dotyczące oceny przez Zamawiającego treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie były rozpoznawane, jako wniesione po terminie.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego na rozprawie oraz wniosku o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z urzędu, Izba uznała, że na podstawie art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutu, który nie był zawarty w proteście, poprzedzającym odwołanie.

Zgodnie z brzmieniem art. 191 ust 3 zd. 2 ustawy Pzp, „okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zespół Arbitrów bierze pod uwagę z urzędu”. Izba wzięła pod uwagę sugestie Odwołującego, zgłoszone na rozprawie, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób wskazujący na konkretne znaki towarowe i marki producentów sprzętu komputerowego oraz oprogramowania, skutkującego zdaniem Odwołującego koniecznością unieważnienia postępowania.

Izba nie stwierdziła okoliczności skutkujących unieważnieniem niniejszego postępowania, zważywszy, co następuje:

Jednym z etapów postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem są negocjacje z Wykonawcami, dopuszczonymi do udziału w postępowaniu, których przedmiotem zgodnie z brzmieniem art. 58 ustawy Pzp są wymagania techniczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia oraz warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawcy, w tym Odwołujący, uczestniczący w niniejszym postępowaniu na etapie negocjacji uzgadniali z Zamawiającym warunki dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, w tym wymagań technicznych i jakościowych, dotyczących przedmiotu zamówienia. Z treści pisma Odwołującego z dnia 20.10.2006 r., wynika, że Odwołujący w trakcie etapu negocjacji przedłożył Zamawiającemu m.in. propozycję zastosowania jednolitego silnika baz danych wskazując markę Oracle, co miało zdaniem Odwołującego umożliwić „integrację z zewnętrznymi systemami wykorzystywanymi obecnie przez Zamawiającego, co wpłynie na zwiększenie bezpieczeństwa i spójności przechowywanych w nim danych”. Sugestią Wykonawcy Computerland S.A. było, aby w celu zapewnienia uczciwej konkurencji Zamawiający przyjął założenia i zdefiniował warunki, co do platformy (producent, technologia). W przeciwnym razie „na ceny ofert bardzo istotnie będą wpływać różnice w cenach sprzętu, faworyzując propozycje oparte o platformy raczej odbiegające od standardów, które są wykorzystywane w przemysłowych systemach informatycznych” (pismo z dnia 24.04.2006r.).

Strony potwierdziły fakt, że żaden z Wykonawców, uczestniczących w postępowaniu, w tym Odwołujący, nie wniósł do Zamawiającego protestu, dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto wszyscy Wykonawcy złożyli oferty, spełniające wymagania, określone w specyfikacji. Należy zatem uznać, że żaden z Wykonawców, uczestniczących w postępowaniu, nie miał zastrzeżeń co do sposobu opisanego przedmiotu zamówienia oraz nie uznał, że wskazanie przez Zamawiającego znaków towarowych przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, utrudnia lub uniemożliwia mu złożenie oferty.

W postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem krąg Wykonawców ogranicza się do Wykonawców, dopuszczonych do udziału w postępowaniu, wobec których Zamawiający zastosował te same wymagania, uwzględniając sugestie Wykonawców w zakresie uzasadnienia do wskazania znaków towarowych oraz jednocześnie dopuszczając możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, co Izba stwierdziła na podstawie treści dokumentu z dnia 14.09.2007 r., w którym Zamawiający odpowiedział na pytania zgłoszone przez Wykonawców.

Ponadto, Zamawiający w specyfikacji na stronie 53, w rozdziale Pt. „Wymagania dotyczące dostarczanego sprzętu informatycznego” określił, że „Specyfikowane w dalszej części SIWZ parametry techniczne oraz wymogi funkcjonalne sprzętu komputerowego są wymaganiami minimalnymi (z wyłączeniem parametru: typ obudowy)”, co oznaczało, że Wykonawcy mogą zaoferować urządzenia innych producentów, spełniające warunki minimalne lub lepsze.

Izba uznała, że Zamawiający wykazując uzasadnienie użycia konkretnych rozwiązań informatycznych względami technicznymi, tj. koniecznością zastosowania rozwiązań zgodnych ze środowiskiem IT Zamawiającego, nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, brak jest podstaw do stwierdzenia, że w postępowaniu miało miejsce naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, a wobec tego, że zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 poz. 177 ze zmianami), w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. nr 223 poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*