

Sygn. akt KIO/UZP 587/08

WYROK
z dnia 27 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Marek Koleśnikow Izabela Kuciak
Protokolant:	Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **R&G Plus Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, Mielec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, Poznań** protestu z dnia 2 czerwca 2008 roku

przy udziale **ALLIED Contruction & Engineering Sp. z o. o., ul. Młynarska 7, Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **R&G Plus Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, Mielec** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **R&G Plus Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, Mielec**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx;
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **R&G Plus Sp. z o.o., ul. Traugutta 7, Mielec**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę systemu stacjonarnych automatów biletowych”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 1 kwietnia 2008 r. pod numerem: 2008/S 63-085592.

Pismem z dnia 27 maja 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania, gdzie ofertę najkorzystniejszą złożył Wykonawca Allied Construction and Engineering Sp. z o.o. (zwany dalej Allied).

Pismem z dnia 2 czerwca 2008 roku Wykonawca R&G Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu protestu, w szczególności przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna być odrzucona oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty.

W uzasadnieniu wskazał, iż oferta Wykonawcy Allied jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Wykonawca Allied w tabeli Nr 2 „Formularza cenowego” w punkcie „dostawa dokumentacji” podał cenę „0” zł. Oznacza to, iż Wykonawca nie zaoferował w swojej ofercie niezbędnej dokumentacji techniczno-eksploatacyjnej, której wymagał Zamawiający. Oferta Wykonawcy Allied powinna również zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Gdyby przyjąć argumentację, iż Wykonawca zaoferował niezbędną dokumentację, a jedynie ich cena wynosi zero złotych to oferta podlega odrzuceniu, gdyż zgodnie z ustawą z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.), art. 2 pkt 1 przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Oferowanie usługi za „0” złotych, biorąc pod uwagę ilość materiałów, które należy przygotować celem dostarczenia niezbędnej dokumentacji techniczno-eksploatacyjnej, nie spełnia kryterium podanego wymogu ceny i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta Wykonawcy Allied powinna zostać także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający oszacował wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę 5 400 000 zł, co brutto wynosi 6 588 000 zł. Wartość oferty Wykonawcy Allied wynosi brutto 3 890 153 zł. Różnica pomiędzy wartością zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług a ceną oferty wynosi 2 697 847 zł, co stanowi

ponad 40% wartości zamówienia. Cena oferty Wykonawcy Allied znacznie odbiega od cen pozostałych ofert, dlatego też - zdaniem Protestującego - jest nierealistyczna i nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a w szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycie kosztów realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez Allied;
- 4) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

Pismem z dnia 5 czerwca 2008 roku Wykonawca Merona Poland Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 5 czerwca 2008 roku Wykonawca Allied Construction and Engineering Sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający, pismem z dnia 9 czerwca 2008 roku rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Zamawiający, uzasadniając swoją decyzję wskazał, iż w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca Allied w formularzu cenowym wpisał kwotę „0” zł, co nie oznacza, że Wykonawca ten nie zaoferował w swojej ofercie niezbędnej dokumentacji techniczno-eksploatacyjnej. Zamawiający uważa, że takie wypełnienie formularza cenowego oznacza jedynie, iż Wykonawca wycenił koszt dostarczenia dokumentacji na 0 zł. Obowiązek dostarczenia dokumentacji, określony jest w s.i.w.z. oraz wzorze umowy, a Allied nie zaoferował żadnego innego sposobu wykonania zamówienia – bez dostarczania dokumentacji, co więcej podpisał formularz ofertowy, w którym znajdują się oświadczenia o zaakceptowaniu wzoru umowy i przyjęciu w całości i bez zastrzeżeń s.i.w.z.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wskazał, iż analizując ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy Allied wziął pod uwagę wszystkie elementy składowe ceny, a nie jeden wybrany element – jak to zrobił Protestujący. Oznacza to, że nie można uznać oferty Allied za rażąco niską z tego powodu, że jedna z pozycji w formularzu cenowym została wyceniona na 0 zł. Zamawiający analizując ofertę pod tym kątem wziął pod uwagę cenę łączną. Odnośnie wyliczeń przedstawionych przez Protestującego dotyczących różnicy między wartością szacunkową zamówienia a ceną wybranej oferty, Zamawiający zwraca uwagę, że wartość szacunkowa obejmuje, zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych także wartość zamówień uzupełniających (50% wartości zamówienia podstawowego).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wskazał, iż złożenie oferty przez Wykonawcę Allied nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż to Protestujący powinien był wykazać na czym konkretnie polegał czyn nieuczciwej konkurencji, a tego nie dokonał. Dodatkowo Zamawiający wykazał, że przedmiotowa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co w tej sytuacji powoduje, że zarzut jest bezzasadny.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i w piśmie z dnia 16 czerwca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości, podtrzymując wszystkie żądania i zarzuty zgłoszone w proteście.

Pismem z dnia 20 czerwca 2008 roku Wykonawca: Merona Poland Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Pismem z dnia 23 czerwca 2008 roku Wykonawca: Allied Construction and Engineering Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić Wykonawcy Merona Poland Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego gdyż Przystępujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu przystąpienia. Przystępujący Merona przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Wykonawcę R&G Plus z siedzibą w Mielcu poparł żądania protestującego w zakresie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jak też odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Allied Construction and Engineering Sp. z o.o. Pozostałe żądania dotyczyły oferty Wykonawcy Merona Poland. Z uwagi na fakt, iż treść protestu Wykonawcy R&G Plus nie dotyczyła wykluczenia Wykonawcy Merona, nie mogły być brane pod uwagę. Zgodnie z przepisem art. 181 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazuje swój interes prawny i określa swoje żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Przystępujący złożył również samodzielny protest

dotyczący czynności wykluczenia Go z udziału w postępowaniu. Niezłożenie samodzielnego odwołania w powyższym zakresie powoduje, że żądania Przystępującego stają się bezprzedmiotowe, gdyż prawomocna stała się decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Przystępującego z przedmiotowego postępowania.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić Wykonawcę Allied Construction and Engineering Sp. z o.o. jako przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów postawionych przez Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez nieodrżucenie oferty Wykonawcy Allied jako, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3), gdyż Wykonawca Allied w tabeli Nr 2 „Formularza cenowego” w punkcie „dostawa dokumentacji” podał cenę „0” zł Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dział XI, Wykonawca sporządza ofertę zgodnie z wymogami s.i.w.z. (ust. 1). W ustępie 3 ww. działu Zamawiający wymienia dokumenty i załączniki, które składają się na ofertę. Między innymi w punkcie 1 Zamawiający wskazuje, że Wykonawca musi złożyć wypełniony i podpisany formularz ofertowy z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do s.i.w.z. Punkt 2 ww. ustępu wskazuje, iż Wykonawca musi także przedłożyć wypełniony i podpisany formularz cenowy z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik Nr 2 do s.i.w.z.

Zamawiający doprecyzowując ww. postanowienia, w dziale XIII opisał sposób obliczenia ceny oraz formę w jakiej ma zostać przedstawiona w ofercie. Ustęp 3 ww. działu stanowi, iż cenę oferty należy podać wg wzoru stanowiącego załącznik Nr 2 do s.i.w.z. „formularz cenowy”, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Treść oferty Wykonawcy Allied, opracowana zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego nie pozostaje w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarówno forma jak i zawartość merytoryczna oferty odpowiada wymogom stawianym przez Zamawiającego. Fakt, iż w formularzu cenowym, tabela Nr 2 wiersz pn. dostawa dokumentacji Przystępujący wpisał „0”, nie może stanowić o jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Zarzut Odwołującego, iż Przystępujący nie zaoferował w swojej ofercie niezbędnej dokumentacji techniczno-eksploatacyjnej, której wymagał Zamawiający jest chybiony. Zaoferowanie dokumentacji może nie wynika wprost z tabeli Nr 2 Formularza cenowego, ale wynika z treści oświadczeń złożonych w ofercie, przez Przystępującego, których interpretacja nie pozostaje obojętna w zakresie badania i oceny oferty. Zarówno oświadczenia z punktów 4, 5 czy też 6 Formularza oferty jak i w odniesieniu do oświadczenia złożonego w pkt 7 Formularza oferty, nie można mieć wątpliwości co do prawidłowości

złożonej oferty i zgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wzór umowy dołączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi jej integralną część, tym samym zawarte w nim postanowienia obowiązują wykonawcę w tym samym stopniu co postanowienia s.i.w.z. Powyższe potwierdził również Przystępujący w treści przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Wskazał, że sporną dokumentację techniczno-eksploatacyjną zaoferował i wycenił łącznie z dostawą poszczególnych elementów systemu.

Zwrócić również należy uwagę na treść przepisu art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, w którym ustawodawca wskazał, iż w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, a zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dział XIII ust. 4 Zamawiający określił, iż oferowana (przez Wykonawców) cena jest ceną ryczałtową.

Ponadto stwierdzić należy, że cena oferty Wykonawcy Allied została podana zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., do dwóch miejsc po przecinku i wynosi 3 890 153,00 zł.

Tak więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu stawianego przez Odwołującego, iż oferta Wykonawcy Allied winna również zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut ten jest bezzasadny.

Odwołujący stwierdził, że zaoferowanie usługi za „0” zł nie spełnia kryterium podanego wymogu ceny i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Powołał się przy tym na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 kwietnia 2006 roku sygn. akt UZP/ZO/0-925/06, w którym orzeczono, iż utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów jego zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest czynem nieuczciwej konkurencji. Powyższe stwierdzenie należy, w niniejszej sprawie rozpatrywać łącznie z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli nieodrzuconiem oferty, która zawiera rażąco niską cenę.

Rażąco niska cena to taka cena, która jest niewiarygodna, nierealistyczna, odnosząca się do całej oferty. Jak stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta (cała) 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.

Jak podkreślił Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, jak też wynika to wprost z protokołu postępowania ZP-1 oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia dział XXI Zamawiający zgodnie z przepisem art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidział udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tak więc przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnił również wartość zamówień uzupełniających.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w wysokości 5 400 000,00 zł. Przy uwzględnieniu 50% udziału zamówień uzupełniających, wartość zamówienia, jaka może być brana pod uwagę w przedmiotowym postępowaniu wynosi 3 600 000,00 zł. Jednakże analizując treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż ustawodawca przewidział rygor odrzucenia oferty jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak więc Odwołujący winien wykazać, że cała oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Brak wskazania podstaw oraz przedstawienia dowodów na tą okoliczność skutkuje uznaniem tego zarzutu jako bezzasadnego. Brak definicji ceny rażąco niskiej w ustawie Prawo zamówień publicznych czy też w ustawodawstwie UE uzasadniania posiłkowanie się w tej kwestii opinią Nr 1 UZP. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest jej porównanie z wartością zamówienia powiększoną o wysokość podatku od towarów i usług (VAT). Oferty pozostałych Wykonawców rażąco nie odbiegają cenowo od oferty Wykonawcy Allied. I tak odpowiednio oferta Odwołującego zawiera cenę w wysokości 4 850 870,06 zł brutto (netto 3 976 123,00 zł), Wykonawcy Allied 3 890 153,00 zł brutto (netto 3 188 650,00 zł), Merona 4 374 920,00 zł brutto (netto 3 586 000,00 zł).

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że zarzut dotyczący naruszenia zasad nieuczciwej konkurencji jest chybiony. Odwołujący stawiając zarzut dopuszczenia się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji powinien go udowodnić (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp) i uzasadnić przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 kwietnia 2003 roku (sygn. akt V Ca 522/03, niepubl.) dla oceny, czy oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należy mieć na uwadze wszystkie jej elementy łącznie.

Stosownie do przepisów art. 188 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 6 Kodeksu cywilnego, strona zobowiązana jest do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący, na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie zarzutów zawartych w treści

odwołania. Jedynie ustne oświadczenia oraz argumentacja przytoczona w treści protestu, powtórzona w treści odwołania, miały udowodnić błędne postępowanie Zamawiającego, tj. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże, w świetle powyższych ustaleń, wyłącznie oświadczenia strony nie mogą stanowić podstawy do uznania zarzutów za skuteczne.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wg norm przypisanych z uwagi na dyspozycję § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), zgodnie z którym do kosztów postępowania zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków. Zamawiający rachunku nie przedłożył.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*