

Sygn. akt: KIO 1422/12

**WYROK**  
**z dnia 18 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emil Kuriata**

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez **odwołującego** – "Qumak-Sekom" S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** - Poczta Polska S.A., Ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa,

przy udziale **wykonawcy** - Magic Service Robert Soldak, ul. Ołtaszyńska 44, 53-010 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego** - "Qumak-Sekom" S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** - "Qumak-Sekom" S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **odwołującego** - "Qumak-Sekom" S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, na rzecz **zamawiającego** - Poczta Polska S.A., Ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Poczta Polska S.A. w imieniu której działa Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie zadania pn. „usługi naprawy i/lub konserwacji sprzętu komputerowego” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 stycznia 2012 roku pod numerem 2012/S 18-029065.

Zamawiający dnia 28 czerwca 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 6 lipca 2012 roku wykonawca Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94; 00-807 Warszawa (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego w postaci:

1. Oceny oferty złożonej przez MS Magic Service Robert Soldak, ul. Ołtaszyńska 44, 53-010 Wrocław.
2. Zaniechanie odrzucenia oferty Magic Service z uwagi na rażąco niską cenę wszystkich cen jednostkowych stanowiących kryterium oceny ofert.
3. Błędne ustalenie stanu faktycznego.
4. Nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Magic Service jako zawierającą rażąco niską cenę.
2. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
3. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności oceny oferty Magic Service,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert,

- 3) odrzucenie oferty Magic Service na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 4 ustawy Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie Części I, II, III, VI.

Zdaniem odwołującego, oferta firmy Magic Service zawiera rażąco niską cenę, którą można uznać za niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów zamówienia. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, gdyż zamawiający dokonując oceny ofert z naruszeniem prawa zamówień publicznych uniemożliwił odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą we wszystkich częściach (I, II, III, IV, V, VI), ofertę Magic Service, pomimo iż oferta Magic Service powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Tym samym oczywiste jest wystąpienie szkody po stronie odwołującego w postaci pozyskania zamówienia, a co za tym idzie uzyskania określonego przychodu i zysku w wyniku realizacji zamówienia, jak również poszerzenia grona wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o podmiot, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 6 lipca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 9 lipca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 11 lipca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., ul. Wadowicka 12; 30-415 Kraków.

Dnia 12 lipca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca MS Magic Service Robert Soldak, ul. Ołtaszyńska 44, 53-010 Wrocław.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca Magic Service za cenę przedstawioną w swojej ofercie nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia, tym samym nie będzie w stanie pokryć kosztów poniesionych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2012 roku zwrócił się do wykonawcy Magic Service z żądaniem wyjaśnienia w zakresie elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny oferty.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2012 roku wykonawca Magic Service złożył zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, jednocześnie treść przedmiotowych wyjaśnień objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W wyjaśnieniach tych wykonawca Magic Service jasno i precyzyjnie wyjaśnił, iż dokonując kalkulacji poszczególnych elementów ceny oferty uwzględnił: koszty zużycia narzędzi, materiałów, koszty amortyzacji sprzętu diagnostycznego, koszty transportu, udziału czasu pracy technika oraz zysk, a także inne elementy oraz okoliczności, które wpłynęły na wysokość ceny, np.: znajomość sprzętu zamawiającego, posiadane zasoby materiałowe czy też posiadany sprzęt zastępczy.

Wykonawca Magic Service wskazał również na inny istotny aspekt, dotyczący przedmiotowego postępowania, a mianowicie zaoferowanie ceny na podobnym poziomie przez innych wykonawców (w tym odwołującego), które obecnie nie budzą wątpliwości po stronie odwołującego (dotyczy pozycji 1 i 12 we wszystkich obszarach oferty).

Izba za zasadne uznała stanowisko wykonawcy Magic Service wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 6 lipca 2012 roku, gdzie wykonawca ten podnosił, iż silna konkurencja na rynku usług serwisowych spowodowała, że ceny tych usług bardzo spadły. W powyższym zakresie wykonawca Magic Service powoływał się również na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie ceny bardzo zbliżone do obecnie oferowanych cen, znajdowały swoją rację bytu i wykonawca realizował i realizuje wskazane zamówienia bezproblemowo z zapewnieniem osiągnięcia zysku (dowód: zestawienie zamówień).

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 września 2011 roku, sygn. akt KIO 1836/11, w którym skład orzekający wskazał, iż *„cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”*.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 175/10 Z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że tryb przewidziany w tym przepisie wszczyna Zamawiający, gdy dokonując oceny ofert zająd wątpliwości, czy cena jest „rażąco niska”. Wnioskując a contrario postępowania w tym przedmiocie nie wszczyna się, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości, że oferta nie zawiera ceny „rażąco niskiej”. Istota problemu sprowadza się do prawidłowego określenia desygnatu pojęcia ceny „rażąco niskiej”. Przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej tego pojęcia, tudzież nie wskazują żadnych kryteriów wartościujących, umożliwiających ocenę, że cena zaoferowana przez konkretnego wykonawcę posiada taki przymiot. Należy się więc tutaj odwołać do potocznego rozumienia tego pojęcia. Zatem cena „rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna, znacząco odbiega od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. (...). Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez różnych wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame. (...). Cena Konsorcjum PKP nie jest „rażąco niska” w stosunku do wartości zamówienia. Nie świadczy o tym bynajmniej fakt, że jest ona niższa o 25,88 % od wartości zamówienia. Dowodem na to jest również cena zaoferowana przez Konsorcjum, która jest także niższa od

wartości zamówienia o 18,78 %. Różnica między tymi cenami jest nieznaczna. (...). W sytuacji więc, gdy dwie oferty: Konsorcjum i Konsorcjum PKP zawierały zbliżone do siebie ceny poniżej wartości zamówienia można wyciągnąć wniosek, że na rynku tego typu usług mamy do czynienia ze znaczną konkurencją, której wcześniej nie było. (...).

Nie można zgodzić się z twierdzenia Konsorcjum, że o „rażąco niskiej” cenie świadczy fakt wskazania przez Konsorcjum dzierżawy wagonów (...) ceny dzierżawy zdecydowanie odbiegających od cen innych wykonawców. Uszło bowiem uwadze Konsorcjum, że kryterium do ustalania ceny „rażąco niskiej” nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.”.

Izba stwierdziła, że oceny zaoferowania ceny rażąco niskiej należy dokonywać w konkretnym przypadku uwzględniając specyfikę danego zamówienia. Dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające jedynie matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość od ceny innego wykonawcy. Każdy wykonawca kieruje się inną strategią w prowadzeniu działalności i innymi kryteriami w obliczaniu zysku i rentowności firmy, na co składają się nie tylko czynniki finansowe. Duże firmy generujące więcej kosztów, nie są być może zorientowane na minimalny zysk, który dla małej firmy może mieć istotne znaczenie.

W wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2012 roku oraz na rozprawie wykonawca Magic Sercice wskazał również na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia oraz oszczędnościowe metody wykonania zamówienia, które Izba uznała za wiarygodne.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić dowody z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w postaci:

- zawiadomienia o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 25 lipca 2012 r., z dnia 12 lipca 2012 r., z dnia 1 czerwca 2012 r., z dnia 6 lutego 2012 r., z których wynika jedynie jakie ceny w innych postępowaniach osiągnęli inni zamawiający. Dowody te nie potwierdzają, że ceny tam prezentowane są cenami rynkowymi,

- cennika usług firmy Centrum Usług Comp S.A., z którego wynika jedynie, jakie stawki obowiązywały u tego wykonawcy od 21 października 2009 roku. Niemożliwym do ustalenia, na podstawie tego dowodu jest stwierdzenie, że są to ceny rynkowe i odnoszą się do przedmiotowego zamówienia,

- umów z dnia 9 sierpnia 2010 r., z dnia 13 sierpnia 2010 r., z dnia 16 sierpnia 2011 r. oraz z referencji z dnia 17 lipca 2012 r. (Kielce), z dnia 16 lipca 2012 r., z dnia 17 lipca 2012 r. (Lublin), z dnia 17 lipca 2012 r. (Kraków), z których wynika fakt zawarcia umów na świadczenia obejmujące swoim przedmiotem zakres podobny jak w przedmiotowym postępowaniu oraz że usługi i dostawy zostały wykonywane należycie i rzetelnie,

- wykazu postępowań (13), z którego wynika, że na rynku ukształtowała się tendencja do oferowania cen za usługi serwisowe w wysokości zbliżonej, a nawet niższej niż ceny zaproponowane przez wykonawcę Magic Service w zakresie obejmującym zamówienie w przedmiotowym postępowaniu,

- ofert handlowych wystawionych dla przystępującego, z których wynika okoliczność możliwej do zaoferowania ceny ofertowej przez uzyskanie od kontrahentów niższych cen części zamiennych, kosztów wysyłki i wydłużonego terminu płatności, w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe świadczy o rzetelnej wycenie oferty dokonanej przez przystępującego, który uwzględnił każdy aspekt wpływający na kalkulację zysku,

- protokołów naprawy, z których wynika, że średni czas naprawy może wynosić około 15 minut, co może dawać podstawy do kalkulacji ceny w sposób prezentowany na rozprawie.

KIO postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego stwierdzając, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki. Nadto przedmiotowy wniosek jest niezasadny, gdyż biegły z dziedziny informatyki zdaje się nie jest merytorycznie uprawniony do sporządzania opinii w zakresie zasadności zaproponowanej w ofercie ceny.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego możliwe jest ustalenie stanu faktycznego i wydanie orzeczenia.

KIO postanowiła oddalić wniosek odwołującego o odtajnienie treści wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2012 r. złożony przez przystępującego stwierdzając, że § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku, w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odnosi się do kwestii dowodowych zgłaszanych w toku postępowania odwoławczego, tj. zgłoszonych w odwołaniu, czy też zgłaszanych na rozprawie. Odmienne zastosowanie omawianego przepisu może prowadzić do sanowania zaniechania odwołującego w zakresie braku stawiania zarzutów w zakresie czynności zamawiającego polegających na zaniechaniu nieodtajnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 6 kwietnia 2012 roku. Wniosku o odtajnienie treści wyjaśnień odwołujący zamawiającemu nie składał.

Biorąc pod ocenę wszystkie okoliczności, na których wykonawca oparł swoją cenę Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania, dlatego też orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....