

WYROK
z dnia 12 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2011 r. przez **Konsorcjum „Potronics” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, IABG Polska Spółkę z graniczną odpowiedzialnością w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Komendę Główną Policji w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Teletra Komtrans Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Skarbowi Państwa - Komendzie Głównej Policji w Warszawie** unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie **Teletra Komtrans Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** do złożenia w wyznaczonym terminie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania **Skarb Państwa - Komendę Główną Policji w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum**

„Potronics” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, IABG Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi tytułem wpisu od odwołania

- 2.2 zasądza od **Skarbu Państwa - Komendy Głównej Policji w Warszawie** na rzecz **Konsorcjum „Potronics” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, IABG Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 – Skarb Państwa Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na serwis pogwarancyjny urządzeń teletransmisyjnych sieci wewnątrzwojewódzkich Vanguard i NetPerformer na terenie całego kraju (Nr 185/Błil/!!/EMi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 29 grudnia 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Potronics Sp. z o.o. w Łodzi oraz IABG Polska Sp. z o.o. w Łodzi (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w toku postępowania zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z powodu rażąco niskiej ceny,
 - 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy oraz
 - 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie części II zamówienia oraz innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania.
- Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie z postępowania firmy TeletraKomtrans Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i odrzucenia jej oferty.

Odwołujący się w uzasadnieniu podniósł, że jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanego przez Komendę Główną Policji w Warszawie w dniu 5.12.2011 r., zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w Zadaniu 2 kwotę 1 263 500,00 zł brutto (słownie: jeden milion dwieście sześćdziesiąt trzy tysiące pięćset zł). Firma TeletraKomtrans Sp. z o.o. zaoferowała w swojej ofercie kwotę 1 227 540, 00 brutto (słownie: jeden milion dwieście dwadzieścia siedem tysięcy pięćset czterdzieści zł), a w aukcji elektronicznej przeprowadzonej do powyższego postępowania przeprowadzonej w dniu 19.12.2011 r. kwotę 190 000, 00 zł brutto (słownie: sto dziewięćdziesiąt tysięcy zł). Cena zaoferowana przez TeletraKomtrans Sp. z o.o. w toku aukcji odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia o ponad 80% ale także od ceny

zaoferowanej przez wykonawcę w ofercie złożonej w przetargu nieograniczonym. Okoliczność ta powoduje, iż w ocenie wnoszących odwołanie zamawiający winien co najmniej zażądać od TeletraKomtrans Sp. z o.o. udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie, po stwierdzeniu, że cena oferty jest rażąco niska, odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Odwołujący się zaznaczył, że złożył ofertę w powyższym przetargu nieograniczonym na kwotę 541 046,25 zł brutto (słownie: pięćset czterdzieści jeden tysięcy czterdzieści sześć zł 25/100) (a więc ponad dwukrotnie wyższą od oferty TeletraKomtrans Sp. z o.o. w toku aukcji), a zamawiający zwrócił się wówczas do odwołującego się w dniu 29.11.2011 r. o wyjaśnienie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący się odpowiedział na pismo Komendy Głównej Policji w Warszawie w dniu 2.12.2011 r. obszernie uzasadniając przesłanki zaoferowania powyższej kwoty.

Cena zaoferowana na aukcji elektronicznej przez TeletraKomtrans Sp. z o.o. w wysokości 154 471,54 zł netto (słownie: sto pięćdziesiąt cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt jeden zł 54/100) oznacza wpływy dla powyższej spółki w wysokości zaledwie 10 300,00 zł miesięcznie, przy założeniu 15 miesięcznego okresu serwisu. Zapewnienie serwisu 425 urzędzeń NetPerformer przez 24 godziny 7 dni w tygodniu w lokalizacjach w całej Polsce jest, zdaniem odwołującego się, nierealne za tę kwotę. Podkreślenia wymaga, iż firma TeletraKomtrans Sp. z o.o. zaoferowała podczas aukcji elektronicznej kwotę mniejszą o 35% od kwoty odwołującego się, który został wezwany do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem odwołującego się zaoferowanie rażąco niskiej ceny można zakwalifikować także jako czyn nieuczciwej konkurencji, który stanowi oddzielną przesłankę odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4). Wskazane wyżej przez odwołującego się fakty spełniają przesłanki, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zmianami), tj. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu oraz modyfikacją treści SIWZ z dnia 28.10.2011 r. zamawiający wymagał od wykonawców, aby spełniali warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności, aby każdy z wykonawców w zakresie Zadania 1 wykazał, iż:

a) należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę, odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (poprzez usługę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia zamawiający rozumie świadczenie usług

serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego urządzeń), o wartości co najmniej 1.000 000, 00 zł brutto,

b) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 zł.

oraz nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp. zaś w zakresie Zadania 2;

a) należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę, odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (poprzez usługę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie świadczenie usług serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego urządzeń), o wartości co najmniej 400.000,00 zł brutto,

b) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 300.000,00 zł. z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp.

Zgodnie z zapisami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Firma TeletraKomtrans Sp. z o.o. przedstawiła zobowiązanie firmy NextiraOne Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, ul. Chmielna 85/87 do oddania niezbędnych zasobów wiedzy, doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania powyższego zamówienia na okres niezbędny do wykonania zamówienia przez NextiraOne Sp. z o.o.. a nie przez TeletraKomtrans Sp. z o.o

Złożone przez TeletraKomtrans Sp. z o.o. oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa dostatecznie, która z firm będzie wykonywała zamówienie, jest więc niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jako dowód rzeczywistego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Tymczasem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zobowiązanie o przedstawionej treści (kopia w załączeniu) nie wykazuje zatem we właściwy sposób, że zasoby zostaną udostępnione.

W związku z powyższym TeletraKomtrans Sp. z o.o. nie spełnia warunków art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, mówiącej o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W dniu 2 stycznia 2012 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Teletra Komtrans Sp. z o.o. w Poznaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (druk ZP-PN) przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem udzielanym w częściach, a wartość udzielanego zamówienia została ustalona na kwotę 4.227.642,28 zł, co stanowi równowartość 1.101.235,29 euro.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w zadaniu 2 kwotę 1.263.500,00 zł brutto. Przystępujący zaoferował w swojej ofercie kwotę 1.227.540,00 zł brutto, a w aukcji elektronicznej przeprowadzonej do powyższego postępowania w dniu 19 grudnia 2011 roku – kwotę 190.000,00 zł brutto.

Izba uwzględniając odwołanie wzięła pod uwagę fakt, że istotnie cena przystępującego zaoferowana w toku aukcji elektronicznej znacząco odbiega od ceny, jaką przystępujący zaoferował w ofercie oraz od wartości określonej przez zamawiającego w postępowaniu, co może uzasadniać podejrzenie, że jest rażąco niska. Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp 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. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia »rażąco niska cena«. Słownik języka polskiego PWN opisuje przymiotnik »rażący« jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zniżoną. Tę zniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia

wartości. Izba wskazuje tu na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: "Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia".

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż cena uzyskana w toku aukcji elektronicznej nie może być badana pod względem tego, czy jest ona rażąco niska. Przemawiają za tym następujące argumenty:

Ustawodawca mocą art. 91c ust. 1 ustawy Pzp wyłączył możliwość stosowania art. 89 jedynie do postąpień składanych w toku prowadzonej aukcji elektronicznej. W zakresie czynności, jakie zamawiający obowiązany jest dokonać w toku i po zakończeniu aukcji elektronicznej ustawodawca w art. 91c ust. 5 ustawy odsyła do odpowiedniego zastosowania art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest odesłanie do art. 80 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. W ocenie Izby istotnym jest, iż ustawodawca w art. 91c ust. 5 ustawy Pzp stwierdził, że przepis art. 80 ust. 2 ustawy Pzp stosuje się odpowiednio, a nie wprost. W literaturze i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że odpowiednie stosowanie przepisów prawa oznacza bądź stosowanie odnośnych przepisów bez żadnych zmian do innego zakresu odniesienia, bądź stosowanie ich z pewnymi zmianami, bądź też niestosowanie tych przepisów do innego zakresu odniesienia (por. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2006 r., III CZP 56/06, OSNC 2007, nr 3, poz. 43). W ocenie Izby przepis art. 80 ust. 2 ustawy Pzp ma zastosowanie wprost jedynie w sytuacji, gdy oferta najkorzystniejsza nie budzi zastrzeżeń co do ceny pod względem tego, czy jest ona rażąco niska czy nie. W odmiernej sytuacji zamawiający winien zbadać, czy cena najkorzystniejszej ofert jest rażąco niska. Zwrócić też należy uwagę na fakt, iż ustawodawca nie dokonał odesłania do art. 81 ustawy Pzp, zgodnie z którym do licytacji elektronicznej nie stosuje się przepisu art. 90 ustawy Pzp.

W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2011 roku sygn. akt KIO 2206/11, 2217/11, 2218/11

Z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie mogła uwzględnić żądania odwołującego się co do nakazania odrzucenia oferty przystępującego się. W przypadku

zaistnienia wątpliwości co do zaferowania rażąco niskiej ceny obowiązkiem zamawiającego jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Dalsze czynności zamawiającego powinny wynikać z ustaleń dokonanych na podstawie przeprowadzonego postępowania.

W zakresie drugiego z podniesionych zarzutów Izba uznała, że został on wniesiony z uchybieniem terminu. Termin na wniesienie w tym zakresie zarzutu należało liczyć od dnia 13 grudnia 2011 roku, czyli od dnia, w którym odwołujący się dowiedział się o zaproszeniu przystępującego do uczestnictwa w aukcji elektronicznej. Wniesienie odwołania w dniu 29 grudnia 2011 roku oznacza, że termin na podniesienie tego zarzutu nie został dotrzymany. Z uwagi na fakt, że ustawa Pzp nie przewiduje instytucji odrzucenia odwołania w części Izba zarzut ten pozostawiła bez rozpoznania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....