

Sygn. akt: KIO 1093/12

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 roku przez wykonawcę **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów z siedzibą w Bogatyni**

przy udziale wykonawcy:

ENERGOTEST Spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu** i
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu **28 maja 2012 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu.**

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w dniu **18 maja 2012 roku** jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy ENERGETEST Spółki z o.o. z siedzibą w Gliwicach.

Zamawiającemu zarzucono:

- 1) naruszenie art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ENERGETEST Spółki z o.o., która nie odpowiada treści SIWZ,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy ENERGETEST Spółki z o.o., mimo iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wybranego wykonawcy, mimo iż uznać należy, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, albowiem istniały uzasadnione zastrzeżenia wskazujące na przyjęcie w ofercie rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były niepełne i niedostateczne dla uznania, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) względnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wybranego wykonawcy, mimo, iż w dniu oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oferta tego wykonawcy nie była zabezpieczona wadium, a nadto wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszono o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty wykonawcy ENERGETEST Spółki z o.o.,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzućenia wykonawcy ENERGETEST Spółki z o.o., względnie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu wskazano, iż Odwołujący wziął udział w powyższym postępowaniu. Pismem z dnia 23 lutego 2012 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu

pozytywnej oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, w związku z czym zaprosił Odwołującego do złożenia oferty, co Odwołujący uczynił.

W postępowaniu zostały złożone 2 oferty - Odwołującego oraz ENERGOTEST Spółki z o.o. z siedzibą w Gliwicach (zwanej dalej ENERGOTEST).

Po otwarciu ofert, pismem z dnia 11 kwietnia 2012 roku Zamawiający zwrócił się do ENERGOTEST - na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - o udzielenie pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pismem z dnia 17 kwietnia 2012 roku ENERGOTEST wskazał, że nie występują przesłanki do uznania zaoferowanej przez niego ceny za rażąco niską i wyjaśnił, iż *„oferta firmy ENERGOTEST Sp. z o.o. skalkulowana została w oparciu o sprzęt elektroniczny powszechnie dostępny na rynku produkowany przez światowych liderów w produkcji sprzętu elektronicznego z uwzględnieniem maksymalnych rabatów udzielanych nam przez naszych poddostawców jako stałemu odbiorcy. Firma Mikronika prawdopodobnie opiera się w tym zakresie na jednostkowych, autorskich rozwiązaniach produktowych dedykowanych dla konkretnego typu obiektów. Rozwiązania te znane nam są z innych realizacji firmy Mikronika np. na stacjach elektroenergetycznych należących do PSE i zakładów energetycznych, gdzie stale konkurujemy. Ponadto pragniemy również podkreślić, że zaoferowany przez naszą firmę sprzęt i oprogramowanie są uniwersalne i pozwalają na dowolną ich rekonfigurację i przeprogramowanie wg życzeń Zamawiającego przy udziale firm trzecich. Natomiast autorskie rozwiązania firmy Mikronika wymagają udziału w tym zakresie wyłącznie specjalistów tej firmy.”*

Pismem z dnia 18 maja 2012 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty ENERGOTEST, z uwagi na zaoferowanie przez wybranego wykonawcę najkorzystniejszej ceny, która była jedynym kryterium wyboru (waga kryterium: 100%). Zamawiający wskazał przy tym, że w postępowaniu złożono 2 oferty niepodlegające odrzuceniu: ofertę ENERGOTEST, który zaoferował cenę 750.300,00 zł brutto oraz ofertę Odwołującego, który zaoferował cenę 1.376.247,00 zł brutto.

W ocenie Odwołującego wybór jako najkorzystniejszej oferty ENERGOTEST nastąpił mimo to, iż treść wyjaśnień przesłanych pismem z dnia 17 kwietnia 2012 roku nie tylko nie usuwała wątpliwości co do rażąco niskiej ceny przyjętej w ofercie, ale nadto przede wszystkim jednoznacznie wskazywała, że oferta ta nie odpowiada wymogom SIWZ, wobec czego winna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację zamówienia, wobec czego złożył w postępowaniu ofertę, która nie została odrzucona i znalazła się na drugim miejscu w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy ENERGOTEST, mimo iż oferta ta winna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ, a nadto zawierająca rażąco niską cenę - uniemożliwia wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego (która to oferta znalazła się na drugim miejscu) i w konsekwencji powoduje utratę możliwości udzielenia zamówienia Odwołującemu. Uwzględnienie natomiast żądań Odwołującego spowoduje, iż to jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący spełnia również drugą przesłankę statuującą jego uprawnienie do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych na wstępie przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę, wyrażającą się w szczególności w utraceniu możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utraceniu możliwości uzyskania referencji.

W zakresie zarzutów niezgodności oferty ENERGOTEST z wymogami SIWZ i złożenia nieprawdziwych informacji, wskazano, że w pkt 4 SIWZ Zamawiający określił, iż „Przedmiotem zamówienia jest wykonanie systemu nadzoru i wizualizacji rozdzielnic 110kV i 20kV w stacji RT 396 dla PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA - Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów. Zakres zamówienia obejmuje:

- 1) opracowanie dokumentacji projektowej nawiązującej do istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS;
- 2) wykonanie (konfiguracja) oraz dostawa systemu nadzoru i sterowania rozdzielnic 110 i 20kV w stacji RT 396;
- 3) wykonania i montaż połączeń kablowych do wszystkich urządzeń stacji, przygotowanie stanowiska dyspozytorskiego;
- 4) uruchomienie systemu, próby funkcjonalne i pomiary;
- 5) sporządzenie dokumentacji powykonawczej w tym: protokołów z przeprowadzonych pomiarów i prób funkcjonalnych.”

Kod według Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 38810000, 72212100, przy czym Zamawiający wskazał jednocześnie, iż „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 2 do specyfikacji.”

W treści załącznika nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający postawił w szczególności następujące wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia:

- pkt 1) zakresu dostaw: „wykonanie projektu systemu sterowania i nadzoru R110kV / R20kV, nawiązującego do istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS, wraz z adaptacją istniejących i projektami nowych obwodów wtórnych i pomocniczych na potrzeby systemu (projekt musi być przyjęty do realizacji przez PGE GiEK SA Oddział KWB Turów) - 3 egz. w wersji papierowej + CD”.

- pkt 14) zakresu dostaw: „wykonanie uzupełnienia istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS-RV o obsługę kolejnych baterii kondensatorów poprzez urządzenia USP-115 (uruchomienie i wykonanie prób funkcjonalnych dla 1 stacji trzysiekcyjnej, 2 stacji dwusekcyjnych i 2 stacji jednosekcyjnych). ”
- pkt 4 Specyfikacji systemu i sprzętu: „Serwer systemu zapewni wzajemne rezerwowanie (także w zakresie transmisji GPRS) z istniejącym serwerem systemu SYNDIS-RV nadzorującym baterie kondensatorów. ”
- pkt 7 Specyfikacji systemu i sprzętu: „System sterowania i nadzoru R110kV/R20kV powinien być zintegrowany na poziomie bazy danych i ekranów z istniejącym systemem nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS. ”
- pkt 11 Specyfikacji systemu i sprzętu: „Wizualizacja w czasie rzeczywistym stanów pracy rozdzielni R110kV / R20kV na istniejącym stanowisku nadzoru baterii kondensatorów (Dział Głównego Elektryka). ”

Spełnienie powyższych wymagań możliwe jest wyłącznie we współpracy z Odwołującym (firmą MIKRONIKA), albowiem to Odwołujący jest autorem systemu SYNDIS. Wykonawca ENERGOTEST nie jest w stanie samodzielnie wykonać wyżej wymienionych prac zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Przykładem są prace wynikające z cytowanego wyżej postanowienia SIWZ, a mianowicie pkt 4 Specyfikacji systemu i sprzętu (załącznik nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ). Wymóg zapewnienia funkcji redundancji powoduje konieczność prac w istniejącym systemie SYNDIS (autorstwa Mikroniki), a prac tych ENERGOTEST samodzielnie nie może wykonać. Podkreślenia wymaga, iż powyższe potwierdził również sam wykonawca ENERGOTEST wskazując w skierowanym do Zamawiającego piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 roku, iż „autorskie rozwiązania firmy Mikronika wymagają udziału w tym zakresie wyłącznie specjalistów tej firmy.”

Tymczasem Wykonawca ENERGOTEST nie zwrócił się do Odwołującego z żadnym wnioskiem dotyczącym współpracy w powyższym zakresie. Wykonawca wybrany nie wskazał również powyższego zakresu prac jako prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy, jak również nie wskazał takiego podwykonawcy, co jest sprzeczne z wymogami SIWZ. Stosownie bowiem do pkt 6.2 SIWZ: „Ofertę należy przygotować zgodnie z treścią formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do specyfikacji. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 4 ustawy zamawiający żąda, aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom”. Natomiast we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, Zamawiający zamieścił w § 5 postanowienie: „Wykonawca może zlecić wykonywania Usług lub ich części Podwykonawcom wskazanym w ofercie Wykonawcy. Zmiana Podwykonawcy jest możliwa po uzyskaniu zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności”, z którego wynika że w ofercie należało nie tylko podać

zakres prac, który zostanie powierzony podwykonawcom, ale też wskazać podwykonawców. Treść wyjaśnień przesłanych pismem z dnia 17 kwietnia 2012 roku, razem z treścią oferty, jednoznacznie zatem wskazywała, że oferta ENERGOTEST nie odpowiada wymogom SIWZ. Skoro bowiem wykonawca nie jest w stanie samodzielnie wykonać wymienionych prac, a jednocześnie nie wskazał, aby prace w tym zakresie zamierzał powierzyć podwykonawcy, oczywistym jest, że wymienione prace nie będą wykonane zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w SIWZ.

Co więcej, brak podania podwykonawcy dla wymienionych prac w połączeniu ze sporządzeniem kalkulacji bez uwzględnienia cen sprzętu Mikroniki, zaoferowaniem sprzętu i oprogramowania uniwersalnego z pominięciem produktów Mikroniki, wskazaniem braku własnej kompetencji do konfiguracji urządzeń i oprogramowania produktów Mikroniki (co wynika a contrario ze stwierdzenia, że przy rozwiązaniach Mikroniki mogą wykonywać czynności jedynie jej pracownicy), skutkuje nadto koniecznością uznania, że oferent ten złożył nieprawdziwe informacje co do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że oferta Wykonawcy ENERGOTEST nie zapewnia realizacji prac określonych w cytowanych powyżej punktach, a zatem jest niezgodna z SIWZ.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że Zamawiający naruszył zarówno art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ENERGOTEST, która nie odpowiada treści SIWZ, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty tego wykonawcy, mimo iż jego oferta nie odpowiada treści SIWZ, względnie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy ENERGOTEST, mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny wskazano, że zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego przy otwarciu ofert, Zamawiający przewidział na realizację zadania kwotę ponad 2 500 000 zł brutto. Z uwagi na to, że Zamawiający jest podmiotem profesjonalnym, korzystającym z systemu, którego m.in. dotyczy niniejsze zamówienie, przyjąć należy, że wartość ta została oszacowana z należytą dbałością.

Jakkolwiek nawet znaczna różnica pomiędzy oferowaną ceną a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia sama w sobie nie przesądza o rażąco niskiej cenie oferty, to jednak stanowi ona wystarczającą przesłankę do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Mając zatem na uwadze dysproporcję pomiędzy kwotą przewidzianą na realizację zamówienia (jak również ceną wskazaną przez drugiego oferenta - Odwołującego) a ceną przyjętą przez ENERGOTEST, Zamawiający prawidłowo zażądał od ENERGOTEST udzielenia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający dokonał jednak niewłaściwej oceny tych wyjaśnień i niezasadnie uznał, iż treść przesłanych wyjaśnień usuwa wątpliwości co do rażąco niskiej ceny przyjętej w ofercie ENERGOTEST. Podkreślenia bowiem wymaga, że wyjaśnienia te były niepełne i niedostateczne. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że wykonawca nie wskazał w swoich wyjaśnieniach w zasadzie żadnych obiektywnych cenników cenotwórczych. Wykonawca - zamiast złożyć wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie elementów swojej oferty mających wpływ na wysokość podanej przez siebie ceny, tj. elementów cenotwórczych - w znacznej części odnosi się do oferty Mikroniki (Odwołującego), snując przypuszczenia na temat prawdopodobnych czynników cenotwórczych dotyczących oferty Mikroniki. Taki zakres wyjaśnień udzielanych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy za niedopuszczalny. Warto przy tym na marginesie wskazać, że nawet gdyby poddać analizie przedstawione wywody ENERGOTEST - w porównaniu z domniemaną kalkulacją cenową oferty Mikroniki – to argumentacja ENERGOTEST prowadzi do odmiennych wniosków, niż zaprezentowane przez ENERGOTEST:

- logicznym bowiem jest, iż skoro oferowane przez ENERGOTEST rozwiązanie realizowane jest przy „udziale firm trzecich”, a „autorskie rozwiązania firmy Mikronika wymagają udziału w tym zakresie wyłącznie specjalistów tej firmy”, to okoliczność taka stanowi czynnik cenotwórczy przemawiający na niekorzyść ENERGOTEST (a nie Mikroniki), albowiem to ENERGOTEST musi uwzględniać w swojej kalkulacji koszt wynagrodzenia firm trzecich, jako kolejna firma w łańcuchu producent-dystrybutor-wykonawca, w którym każde ogniwo nalicza swój zysk;
- Mikronika jest producentem oferowanych produktów, wobec czego ma z natury niższe ceny niż wykonawca zakupujący produkty innego producenta, ponieważ w takim przypadku łańcuch podmiotów przy realizacji dostaw i usług jest najkrótszy;
- nadto wywody ENERGOTEST - świadczące o rzekomej przewadze cenowej uniwersalnego sprzętu i oprogramowania nad rozwiązaniami dedykowanymi - są o tyle niewłaściwe, że rozwiązania dedykowane do określonego zakresu są zasadniczo tańsze, albowiem taki jest cel tworzenia rozwiązań dedykowanych. Zastosowanie rozwiązań uniwersalnych wymaga natomiast poniesienia dodatkowych kosztów i nakładów zmierzających do dopasowania ich do danego celu oraz do zapewnienia wymaganych w danym sektorze funkcjonalności, których uniwersalne rozwiązania nie posiadają. Jednocześnie rozwiązania uniwersalne posiadają nadmiarowe wyposażenie i funkcjonalności, nie wymagane w danym zastosowaniu, które powodują również niepotrzebne koszty, które musi opłacić końcowy odbiorca;

Z powyższych względów własne, kompleksowe rozwiązania Mikroniki są z natury tańsze niż rozwiązania ENERGOTEST, który korzysta z producentów rozwiązań

uniwersalnych innych producentów. Dowodzą tego wyniki wielu przetargów w PSE i spółkach dystrybucyjnych, o których wspomina ENERGOTEST w swoich wyjaśnieniach i w których jest zwykle przegrywającym z firmami oferującymi własne dedykowane rozwiązania (w tym również z Mikronika).

W pozostałym zakresie „wyjaśnienia” ENERGOTEST ograniczają się do prostego podziału zaoferowanej ceny pomiędzy poszczególne elementy oferty. Poza dokonaniem „podziału” łącznej kwoty na poszczególne pozycje, ENERGOTEST nie przedstawia jednak w dalszym ciągu ani sposobu kalkulacji tak podzielonych kwot, ani czynników, które wpłynęły na przyjęte stawki cenowe. Podkreślenia przy tym wymaga, że podział ten został przeprowadzony dość dowolnie i przypadkowo. Suma bowiem poszczególnych pozycji odpowiada łącznej kwocie podanej przez ENERGOTEST w ofercie (tj. 750.300,00 zł brutto). Tymczasem wymienione pozycje nie wyczerpują zakresu prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia; jak bowiem wskazano na stronie 4 załącznika nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, zakres prac obejmuje „w szczególności” prace wymienione w poz. 1-7. Katalog prac wskazany w poz. 1 - 7 nie jest zatem zamknięty, a pracami, które wchodzi w zakres zamówienia, a nie zostały ujęte w tychże pozycjach są przykładowo prace w systemie SYNDIS, z którym zamawiany system ma być powiązany i prace związane z integracją obu systemów. Podzielenie przez ENERGOTEST ceny wyłącznie pomiędzy wskazane pozycje, bez pozostawienia kwoty na pozostałe „inne” prace (ceny przyporządkowane zostały przez ENERGOTEST do podanego przez Zamawiającego wykazu przedstawiającego, jakie prace należy wykonać w szczególności, a nie wymieniającego wszystkie prace) wprost potwierdza, że cena oferty ENERGOTEST została niedoszacowana. Cena oferty ENERGOTEST nie obejmuje bowiem ceny całego przedmiotu zamówienia, skoro podane ceny częściowe, których suma jest równa cenie oferty, nie pokrywają wszystkich dostaw i usług wymaganych przez Zamawiającego

Na zniżenie ceny oferty ENERGOTEST wskazuje również analiza cen jednostkowych pozostałych pozycji, w tym pozycji nr 14) Zakresu dostaw (załącznik nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ). Cena podana przez ENERGOTEST to łącznie 25.953,00 zł brutto za 9 sztuk wymaganych przez Zamawiającego urządzeń USP-115. Tymczasem - jak wynika z wcześniej realizowanych zamówień przez Mikronikę - cena z pracami za 9 sztuk wyniosłaby co najmniej 128.564,20 zł brutto według cen wcześniejszych realizacji, a więc ponad 100 tys. zł więcej, przy czym podana cena uwzględnia rabat dla stałych partnerów handlowych Odwołującego, do których ENERGOTEST nie należy.

Podobnie wyraźnie zniżona została cena pozycji nr 4 Zakresu Dostaw. ENERGOTEST wycenił dostawę całości (za cały system) na kwotę 51.291,00 zł brutto, podczas gdy wynagrodzenie Mikroniki za samo uruchomienie funkcji redundancji stanowi koszt ok. 70 tys. (samo oprogramowanie). ENERGOTEST nie uwzględnił zatem dostaw

sprzętu i oprogramowania produkcji Mikroniki oraz usług związanych z tymi dostawami, zaniżając w ten sposób oferowaną cenę produktów i usług o co najmniej o 200 tys. zł brutto (tj. istotnie do oferowanej ceny) i to tylko z tytułu nieuwzględnienia właściwej wielkości cen urządzeń USP-115 , oprogramowania serwera rezerwowego systemu SYNDIS koniecznego do umieszczenia na serwerze zamawianego systemu, rekonfiguracji i przeprogramowania elementów systemu SYNDIS, istniejących i dostarczonych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, co dowodzi podanie przez ENERGOTEST rażąco niskiej ceny (poniżej koniecznych do poniesienia kosztów).

Wyjaśnienia ENERGOTEST zawarte w piśmie z dnia 17 kwietnia 2012 roku należało zatem z całą pewnością uznać za niepełne i niedostateczne, a przedłożone szczątkowe wywody i dane nie tylko nie usuwają wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie ENERGOTEST, ale wprost potwierdzają że jest ona rażąco niska.

Podkreślić przy tym należy, że ENERGOTEST nie ma obecnie możliwości uzupełnienia złożonych wyjaśnień. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r. (sygn. akt: X Ga 127/08) istnieje wykształcona w orzecznictwie zasada odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec tego - jak zauważył Sąd - powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania czynności składania wyjaśnień naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie odrzucając oferty wykonawcy ENERGOTEST, mimo iż istniały uzasadnione podejrzenia wskazujące na zastosowanie w ofercie rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były niepełne i niedostateczne dla uznania, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu braku zabezpieczenia oferty ENERGOTEST wadium przez cały okres trwania postępowania, wskazano, że oferta ta zabezpieczona została wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, nr 3024938/8401 wystawionej w dniu 2 marca 2012 r. przez HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 powyższej gwarancji ubezpieczeniowej „Niniejsza gwarancja ubezpieczeniowa ważna jest od dnia 09 marca 2012 do dnia 07 maja 2012 włącznie i wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem nie zostało przekazane Gwarantowi w tym terminie.”

W dokumentacji przetargowej, którą udostępniono Odwołującemu, brak jest potwierdzenia, iż wykonawca ENERGOTEST przedłużył termin ważności wadium, w szczególności poprzez dostarczenie stosownego oświadczenia ubezpieczyciela.

Tymczasem Zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

dopiero w dniu 18 maja 2012 roku. Oznacza to, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, która już od dnia 8 maja 2012 roku nie była zabezpieczona wadium.

Takie zachowanie Zamawiającego uznać należy za naruszające przepisy Pzp (m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 7 kwietnia 2006 r., sygn. akt: I Ca 601/05). W tym stanie rzeczy uznać należy, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy ENERGOTEST, mimo iż w dniu oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oferta tego wykonawcy nie była zabezpieczona wadium.

Wskazane powyżej argumenty potwierdzają zdaniem Odwołującego zasadność zarzutów i żądań Odwołującego, wobec czego wniesienie odwołania jest w pełni uzasadnione.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł, a kopię dowodu jego uiszczenia dołączył do odwołania. Odwołujący przekazał także kopię odwołania Zamawiającemu pocztą elektroniczną, faksem oraz pocztą w ustawowym terminie.

W dniu 29 maja 2012 roku, na wezwanie Zamawiającego z 28 maja 2012 roku, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **ENERGOTEST Spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach**. Wykonawca wskazał, że legitymuje się interesem faktycznym i prawnym w przystąpieniu, ponieważ jego oferta jest najkorzystniejszą w postępowaniu i została wybrana przez Zamawiającego w wyniku badania i oceny ofert nie odrzuconych złożonych przez wykonawców nie wykluczonych z postępowania. Kopia przystąpienia została skutecznie i prawidłowo przekazana stronom postępowania odwoławczego.

4 czerwca 2012 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnioskując o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zaznaczył, że wykonawca był związany ofertą do dnia 7 maja 2012 roku (p. 10.1 SIWZ). Wykonawca nie skorzystał z dyspozycji art. 85 ust 2 ustawy Pzp i nie przedłużył terminu związania ofertą. Odwołanie zostało wniesione w dniu 28 maja 2012 roku, tj. po upływie terminu związania ofertą, więc zgodnie z jednolitą linią orzecznictwa KIO utracił on status wykonawcy i tym samym nie ma interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na „Wykonanie systemu nadzoru i wizualizacji rozdzielnic 110kV i 20kV w stacji RT 396” prowadzi Zamawiający **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów w Bogatyni**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2012/S 5-007610 z dnia 10.01.2012 roku. Termin składania ofert ustalono ostatecznie na dzień 15 marca 2012 roku na godz. 12:00. Przedmiot zamówienia obejmował:

- 1) opracowanie dokumentacji projektowej nawiązującej do istniejącego systemu nadzoru baterii kondensatorów SYNDIS;
- 2) wykonanie (konfiguracja) oraz dostawa systemu nadzoru i sterowania rozdzielnic 110 i 20 kV w stacji RT 396;
- 3) wykonanie i montaż połączeń kablowych do wszystkich urządzeń stacji, przygotowanie stanowiska dyspozytorskiego;
- 4) uruchomienie systemu, próby funkcjonalne i pomiary;
- 5) sporządzenie dokumentacji powykonawczej, w tym: protokołów z przeprowadzonych pomiarów i prób funkcjonalnych.

Przy wyborze oferty zaznaczono, że jedynym kryterium jest cena, waga 100%. Zgodnie z przepisem 36 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający żądał, aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

Ustalono, że wykonawca będzie związany ofertą do dnia 7 maja 2012 roku. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 570 700,00 zł. W postępowaniu złożono dwie oferty: Odwołującego za cenę 1 376 247,00 zł oraz Przystępującego za cenę 750 300,00 zł.

W dniu 11 kwietnia 2012 roku Zamawiający wezwał wykonawcę ENERGOTEST do złożenia pisemnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny, a więc odnośnie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi, wykonawca w dniu 17 kwietnia 2012 roku złożył wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny. Wskazał, że jego cena ofertowa jest realna i adekwatna za wykonanie całości dostaw i prac z zakresu realizacji przedmiotu zamówienia (...). Cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (...) i nie występują przesłanki do uznania jej jako rażąco niskiej. (...) Podniesiono, że oferta została skalkulowana w oparciu o sprzęt elektroniczny powszechnie dostępny na rynku produkowany przez światowych liderów w produkcji takiego sprzętu z uwzględnieniem maksymalnych rabatów udzielonych przez poddostawców jako stałemu odbiorcy. Odniesiono się do oferty

przeciwnika w postępowaniu, zaznaczając, że prawdopodobnie opiera się ona w tym zakresie na jednostkowych, autorskich rozwiązaniach produktowych dedykowanych dla konkretnego typu obiektów. Podkreślono również, że zaoferowany sprzęt i oprogramowanie są uniwersalne i pozwalają na dowolną ich rekonfigurację i przeprogramowanie według życzeń Zamawiającego przy udziale firm trzecich. Natomiast autorskie rozwiązania firmy Mikronika wymagają udziału w tym zakresie wyłącznie specjalistów tej firmy. Zwrócono uwagę, że w piśmie wzywającym do wyjaśnień Zamawiający nie określił jakie elementy oferty wzbudzają uzasadnione podejrzenia co do zaoferowania ceny rażąco niskiej, stąd wykonawca nie wie jakie konkretnie elementy cenowe oferty Zamawiający poddaje w wątpliwość. Dodatkowo do wyjaśnień załączono rozbięcie cenowe oferty na poszczególne składniki zgodnie z załącznikiem nr 1 do projektu umowy ZP 14/11.

Dodatkowo ustalone, że w dniu 2 maja 2012 roku wykonawca ENERGOTEST poinformował Zamawiającego o przedłużeniu ważności oferty do dnia 7 lipca 2012 roku włącznie, składając jednocześnie aneks do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 2 marca 2012 roku jako zabezpieczenie wadialne w postępowaniu przetargowym.

Oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą nie złożył wykonawca Odwołujący się (brak dowodu w aktach sprawy). Wadium w wysokości 41 800,00 zł zwrócono temu wykonawcy 23 maja 2012 roku.

18 maja 2012 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 28 maja 2012 roku w postępowaniu wniesiono odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania złożonego przez Zamawiającego. Wnioskodawca wskazywał na upływ terminu związania ofertą w przypadku wykonawcy wnoszącego odwołanie i utratę przez niego statusu wykonawcy oraz brak interesu we wniesieniu odwołania. W związku ze zgłoszonym wnioskiem zauważyć należy, iż interes w uzyskaniu zamówienia, który wykazać należy podczas korzystania ze środków ochrony prawnej, stanowi materialnoprawną przesłankę określoną art. 179 ustawy Pzp, a więc przesłankę merytoryczną, nie zaś formalną, która warunkować mogłaby odrzucenie odwołania. Z tych powodów odwołanie nie podlegało odrzuceniu i skierowano je do merytorycznego rozpoznania na rozprawę.

Odwołanie nie mogło jednak zostać uwzględnione z uwagi na stwierdzony przez Izbę po stronie Odwołującego **brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość**

poniesienia szkody we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11).

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie ma i nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że nie przedłużył terminu związania ofertą, co oznacza, że nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji utracił możliwość uzyskania zamówienia.

Z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający określił termin związania ofertą sztywną datą wyznaczając jego koniec na 7 maja 2012 roku. Bieg terminu rozpoczął się z dniem składania ofert, który wyznaczono na 15 marca 2012 roku. Nawet nie biorąc pod uwagę zapisów SIWZ, które nie odpowiadają w pełni przepisom ustawy Pzp dotyczącym

terminu związania ofertą, który wynosić może w zależności od wartości postępowań 30 lub 60 dni, w przedmiotowym postępowaniu 60- dniowy termin (do takiej bowiem liczby dni związania ofertą chciał dążyć Zamawiający) upłynąłby w dniu 13 maja 2012 roku. W dniu 2 maja 2012 roku drugi z wykonawców, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, złożył oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą do 7 lipca 2012 roku włącznie, przedłużając jednocześnie gwarancję wadialną. 18 maja 2012 roku wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostali zawiadomieni o wyborze oferty najkorzystniejszej, w dniu 23 maja 2012 Odwołującemu zostało zwrócone wadium wniesione w formie gotówkowej. Postępowanie odwoławcze wszczęto przez wniesienie odwołania w dniu 28 maja 2012 roku. Do tej daty wykonawca Odwołujący się nie złożył jakiegokolwiek oświadczenia w zakresie przedłużenia związania ofertą, ani przed upływem tego terminu, ani po wyborze oferty najkorzystniejszej, czy też w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, (...). Przepis ten daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy przedłużenia terminu związania ofertą. To zatem wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o dalszym udziale w postępowaniu. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązany jest do działania z należytą starannością cięży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, tym samym utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie legitymuje się więc interesem w uzyskaniu tego zamówienia. Nie wykazał bowiem istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący bowiem miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania powstałego wyłącznie po stronie samego Odwołującego. Wykonawca, w tym przypadku Odwołujący, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą, tym samym powodując iż Odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestała go wiązać. Nie może więc już ubiegać się o udzielenie tego konkretnego zamówienia, nie może go także uzyskać, nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę. Tym samym należy uznać, iż ze względu na niepodjęcie przez Odwołującego w terminie wymaganym ustawą Pzp i w sposób przez nią określony czynności przedłużenia okresu

związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie tylko w dacie wnoszenia odwołania nie miał możliwości uzyskania zamówienia, ale już w dacie dokonywania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, był tej możliwości pozbawiony. Skoro bowiem nie złożył on oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i tym samym nie wyraził - w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp - zgody na przedłużenie tego okresu, podlegać powinien wykluczeniu z postępowania.

Reasumując stwierdzić należy, iż Odwołujący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia a w konsekwencji nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Jeżeli więc art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotowe rozstrzygnięcie znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, na co wskazują choćby następujące wyroki: wyrok z dnia 28 grudnia 2010 roku, sygn. akt KIO/2678/10; wyrok z dnia 29 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1304/11; wyrok z dnia 16 września 2011 roku, sygn. akt KIO 1900/11.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący