

Wyrok
z dnia 13 sierpnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NTT System S.A. z siedzibą w Zakręcie, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt, 05-077 Warszawa-Wesoła (lider)** i **Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Centrum Projektów Informatycznych, ul. Syreny 23, 01-150 Warszawa**,

przy udziale - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Piotrowskiego 7A, 85-098 Bydgoszcz (lider)** i **AP-FLYER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Gen. Tadeusza Bora-Komorowskiego 33, 03-982 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NTT System S.A. z siedzibą w Zakręcie (lider)** i **Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NTT System S.A. z siedzibą w Zakręcie (lider)** i **Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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

Centrum Projektów Informatycznych (zwane dalej: „Zamawiającym”) prowadzi, w oparciu o umowę ramową, zawartą w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 60-CPI-WZP-2244/14 w ramach części 2 zamówienia, postępowanie na realizację zadania pn.: *Zakup Urzędzeń na potrzeby zintegrowanego systemu informatycznego powiadamiania ratunkowego, umożliwiającego przyjęcie i obsługę zgłoszeń na numer alarmowy 112 oraz inne numery alarmowe w szczególności urządzenia do karettek*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Przedmiot zamówienia podzielony został na 4 części. Ogłoszenie o zamówieniu, dotyczące zawarcia umowy ramowej, zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2014 roku pod numerem 2014/S 236-414901. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 8 lipca 2015 roku Zamawiający wystosował do wykonawców z którymi zawarł umowę ramową w wyniku postępowania nr 60-CPI-WZP-2244/14 zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 53-CPI-WZP-2244/15, do którego załączył specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami.

W dniu 24 lipca 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia – za pośrednictwem poczty elektronicznej – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1, 2, 3 i 4 zamówienia.

W dniu 3 sierpnia 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NTT System S.A. z siedzibą w Zakręcie (lider) i Computex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej łącznie: „Odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (lider) i AP-FLYER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej łącznie: „Konsorcjum LOGON – AP-FLYER”) w części I, II, III i IV postępowania;
2. zaniechaniu wezwania Konsorcjum LOGON – AP-FLYER do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie części I, II, III i IV postępowania;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER w zakresie części I, II, III i IV postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum LOGON – AP-FLYER do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo, że cena oferty ww. wykonawcy wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi ze zobowiązania wykonawcy;
2. art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER w zakresie Części I, II, III i IV postępowania pomimo jej niezgodności z SIWZ.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. wezwanie Konsorcjum LOGON – AP-FLYER na podstawie art 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez ww. wykonawcę ceny;
4. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER w zakresie Części I, II, III i IV postępowania;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum LOGON – AP-FLYER do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie części I, II, III i IV Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie zachodziły przesłanki do wszczęcia przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśniał, że mimo, iż Konsorcjum LOGON – AP-FLYER zaoferowało realizację zamówienia w części I za cenę 5 280 070,20 zł brutto, w części II za cenę 5 079 924,60 zł brutto, w części III za cenę 4 920 494,46 zł brutto, w części IV za cenę 5 357 705,34 zł brutto, co przy szacunkowej wartości zamówienia, jak i przy średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w ramach poszczególnych części zamówienia oraz po uwzględnieniu progu procentowego wskazanego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (30%), nie musiało stanowić podstawy do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to jednak cena oferty tego wykonawcy powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że to, iż w myśl z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, oznacza to wyłącznie tylko tyle, iż jest to przykład sytuacji zobowiązującej Zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu, w której stwierdzono m.in., że: *„Określony w art 90 ust 1 PZP próg „30%” stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.”* W ocenie Odwołującego były podstawy do powzięcia wątpliwości w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny, ponieważ cena oferty Konsorcjum LOGON – AP-FLYER jest niższa o więcej niż 20 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert - w zakresie części I, II, i IV, natomiast w zakresie części III cena oferty Konsorcjum LOGON – AP-FLYER jest niższa o więcej niż 18 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odwołujący przedstawił w formie tabelarycznej szczegółowe obliczenia na potwierdzenie jego twierdzeń.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, że ceny zaoferowane w postępowaniu przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER są niższe niż ceny zaoferowane na etapie postępowania nr 60-CPI-WZP-2244/14 dotyczącego zawarcia umowy ramowej. Podkreślił, że oferta Konsorcjum LOGON – AP-FLYER na etapie postępowania nr 60-CPI-WZP-2244/14 opiewała na kwotę 27 077 240,00 zł (dla 2000 zestawów), czyli cena zestawu wynosiła ponad 13,5 tys. zł, podczas gdy w niniejszym postępowaniu - cena wynosi już tylko 20 638 199,40 zł (dla 1725 zestawów), czyli cena za zestaw wynosi poniżej 12 tys. zł. Zauważył też, że oferty Odwołującego oraz pozostałych dwóch wykonawców zawierają zbliżone ceny, a jedynie oferta Konsorcjum LOGON – AP-FLYER zawiera ceny znacznie niższe, gdyż różniące się o 18% (część III postępowania] oraz ponad 20 % (pozostałe części postępowania). Odwołujący podniósł, że mimo tak znacznych różnic, Zamawiający nie wezwał Konsorcjum LOGON – AP-FLYER do złożenia stosownych wyjaśnień.

Następnie Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych wskazuje się, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”, ani nie określa, jakie kryteria Zamawiający powinien brać pod uwagę przy dokonywaniu kwalifikacji ofert pod względem rażąco niskiej ceny. Również znowelizowana ustawa Pzp nie definiuje tego pojęcia, a jedynie zawiera przykładowy i otwarty katalog okoliczności obligujących Zamawiającego do przyjęcia,

że w stosunku do konkretnego wykonawcy należy wszcząć procedurę wyjaśniającą. Odwołujący zauważył też, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż punktem odniesienia dla pojęcia „rażąco niskiej ceny” może być przedmiot zamówienia i jego wartość oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, powołał się przy tym na postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt: II Ca 2194/05). Stwierdził ponadto, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przytoczył także wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), w którym wskazano, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne i, że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Tym samym ustalenie, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu, nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Odwołujący zauważył, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości, wskazywał, że cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-295/89, wyrok ETS w sprawie 76/81 ("Transportroute"), wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 ("Fratelli Costanzo")), z czego wynika, iż w pełni uzasadnione jest stanowisko co do konieczności indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej. Powołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

Odwołujący podniósł, że porównanie ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu tylko do wartości szacunkowej zamówienia, nie jest wystarczające dla uznania, czy Zamawiający powinien wszcząć procedurę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jego zdaniem wartość szacunkowa zamówienia jest zaledwie pewną projekcją Zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odzwierciedlenie w treści cen składanych w warunkach konkurencji, natomiast istotne jest to czy, ceny złożonych w postępowaniu ofert mają charakter realnych, pozwalających na wykonanie zamówienia. Podkreślił, że ustalenie tej okoliczności powinno odnosić się nie tylko do wartości szacunkowej, ale także do cen oferowanych na rynku, dlatego też, Zamawiający winien poddać szczegółowej weryfikacji ceny z uwzględnieniem stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia oraz oferowanych przez wykonawców rozwiązań.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał wystąpienia do Konsorcjum LOGON – AP-FLYER z wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty, które miały wpływ za cenę oferty, co w jego ocenie, wobec treści zobowiązania

ww. wykonawcy zawartego w ofercie, warunków rynkowych realizacji przedmiotu zamówienia i w przedstawionym stanie faktycznym, stanowi naruszenie dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zaistniały przesłanki uzasadniające zbadanie oferty wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny.

Z kolei uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER w części I, II, III i IV Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w SIWZ w rozdziale 7, pkt 7.6., ppkt 7.6.3 określił, iż w gwarancji wadialnej musi być zawarty następujący element: *„zobowiązanie gwaranta do wypłacenia pełnej kwoty wadium niezwłocznie. na pierwsze wezwanie Zamawiającego”*.

Natomiast Konsorcjum LOGON – AP-FLYER w swoich gwarancjach ubezpieczeniowych zapłaty wadium w zakresie części I, II, III oraz IV w § 2 pkt 2 zamieściło zapis, iż: *„Gwarant zapłaci w terminie: 14 (słownie: czternastu) dni licząc od dnia otrzymania pierwszego wezwania do zapłaty spełniającego wymogi określone w § 3 ust 2, ze wskazaniem tej okoliczności”*.

Zdaniem Odwołującego poprzez określenie „niezwłocznie” powinno rozumieć się sytuację, która *„następuje w jak najkrótszym czasie, natychmiast, od razu”*, a zatem według Odwołującego Konsorcjum LOGON – AP-FLYER nie spełnia wymagań Zamawiającego, ponieważ treść gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium nie jest zgodna z treścią SIWZ.

W oparciu o powyższe okoliczności Odwołujący wnosił jak w petitum pisma.

W dniu 6 sierpnia 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (lider) i AP-FLYER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej łącznie: *„Przystępującym”* lub *„Konsorcjum LOGON – AP-FLYER”*) doręczyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu - pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2015 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu – pocztą elektroniczną - zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią. Izba ustaliła ponadto, że pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa powyżej, doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w przewidzianej ustawowo formie, w ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony. Nadto, do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia został załączony dowód przekazania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawcy skutecznie dokonali zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tym samym stając się uczestnikami tego postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w całości w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), ofert złożonych w postępowaniu oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba pominęła dowody z dokumentów przekazanych przez Zamawiającego faksem do Izby w dniu rozprawy, zawierające zestawienia cen w postępowaniu, a nie stanowiące dokumentacji postępowania, co do których Zamawiający wnosił o zaliczenie w poczet materiału dowodowego, gdyż zostały przedłożone bez odpisów dla Odwołującego

i Przystępującego, a zgodnie z § 24 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (j.t. Dz.U. z 2014 r., poz. 964) *Pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnosi się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.*

Nadto, Izba rozważyła stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach i ustnie do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum LOGON – AP-FLYER do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo, że cena oferty ww. wykonawcy wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi ze zobowiązania wykonawcy.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Przed wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się do Przystępującego (Konsorcjum

LOGON – AP-FLYER) o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Oczywiście, słusznie podnosił Odwołujący, że sytuacja określona w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a dotycząca wskazania progu procentowego, kiedy to Zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a mianowicie wówczas, gdy cena oferty jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ma charakter jedynie przykładowy. W konsekwencji również, gdy cena oferty jest niższa o mniej niż 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w danym postępowaniu (nawet przykładowo jest niższa tylko o 10 %, jak to podawał Odwołujący za przywołaną przez niego opinią Urzędu Zamówień Publicznych), Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli będą zachodziły przesłanki, określone w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. jeżeli cena oferty będzie się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i będzie budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Jednakże, to Odwołujący powinien wykazać, że Zamawiający bezzasadnie zaniechał wszczęcia procedury wyjaśniającej. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Zatem, to na Odwołującym, który domaga się wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie ceny zaoferowanej przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER, spoczywał ciężar dowodu, że w okolicznościach niniejszego postępowania, Zamawiający miał obowiązek dokonania czynności wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powinien był zatem wykazać, że cena oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie części 1, 2, 3 i 4 zamówienia wydaje się być rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że jednocześnie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie jest jednak wystarczająca dla przyjęcia, że po stronie Zamawiającego istniał obowiązek wezwania Konsorcjum LOGON - AP-FLYER do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący bowiem uzasadniając w treści odwołania podnoszony zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, podkreślał, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego w ramach części 1, 2, 3 i 4 zamówienia, gdyż cena tej oferty jest niższa o więcej niż 20% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w zakresie części 1, 2 i 4 oraz o więcej niż 18% dla części 3 oraz, że oferty złożone przez pozostałych wykonawców, w tym przez Odwołującego, zawierają zbliżone ceny, a jedynie oferta Przystępującego zawiera ceny znacznie niższe. A nadto, wskazywał, że ceny zaoferowane przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu są niższe od cen zaoferowanych przez niego w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

Odwołanie się do różnicy cen zawartych w ofercie Przystępującego w ramach części 1, 2, 3 i 4 zamówienia w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu w ramach danej części, w sytuacji, gdy różnice te kształtują się od 18 % do 20 %, a zatem nie osiągają poziomu 30 %, który bezpośrednio został wskazany przez ustawodawcę, nie może być argumentem przemawiającym, za koniecznością wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej czy cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

Nie jest również takim argumentem, to, że ceny zaoferowane w tym postępowaniu przez Przystępującego są niższe niż cena zaoferowana przez niego na etapie postępowania dotyczącego zawarcia umowy ramowej (postępowanie nr 60-CPI-WZP-2244/14). Odwołujący podnosił, że oferta Konsorcjum LOGON – AP-FLYER na etapie postępowania nr 60-CPI-WZP-2244/14 opiewała na kwotę 27 077 240,00 zł (dla 2000 zestawów), czyli cena zestawu wynosiła ponad 13,5 tys. zł, podczas, gdy w niniejszym postępowaniu - już tylko 20 638 199,40 zł (dla 1725 zestawów), czyli cena za zestaw wynosi poniżej 12 tys. zł. Nie ulega jednak wątpliwości, że w przypadku ofert na zawarcie umów wykonawczych do umów ramowych są często określone niższe ceny niż w samym postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Jak stanowi bowiem przepis art.101 ust. 1 pkt 1 ustawy *Pzp Zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową: wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową, na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej; przepis art. 68 ust. 1 stosuje się odpowiednio.* Powyższe oznacza, że Zamawiający może zawrzeć umowę wykonawczą, której przedmiot objęty jest umową ramową za cenę niższą, ale na pewno nie za cenę wyższą niż określona w umowie ramowej. Słusznie podnosił Przystępujący w złożonym przez siebie piśmie procesowym, jak i w toku rozprawy, że sam Odwołujący, jak i pozostali wykonawcy, w sposób znaczący obniżyli zaoferowane przez siebie ceny w stosunku do cen zaoferowanych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Przystępujący wskazywał, że on obniżył swoją cenę z kwoty 27 077 240,00 zł (za 2000 zestawów) do kwoty 20 638 199,40 zł (za 1725 zestawów), zaś Odwołujący obniżył cenę z kwoty

41 979 900,00 zł (za 2000 zestawów) do kwoty 26 664 985,30 zł (za 1725 zestawów), co oznacza różnicę w przypadku oferty Przystępującego na poziomie 1 574,4392 zł za zestaw, a w przypadku oferty Odwołującego – 5 531,9875 zł za zestaw. Nie sposób uznać zatem, że ceny wskazane w ofercie Konsorcjum LOGON – AP-FLYER, dotyczące poszczególnych części zamówienia, powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, tylko dlatego, że są niższe niż cena zaoferowana w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej.

Dodatkowo należy podnieść, że Odwołujący dopiero na etapie rozprawy powoływał się na okoliczność, iż przedmiot zamówienia obejmuje usługi o ujednoczonych standardach, co ogranicza możliwość znacznego obniżenia cen w stosunku do cen oferowanych przez innych wykonawców, jak i, że ceny jednostkowe oferowanych przez Przystępującego terminali mobilnych są nieadekwatne do cen rynkowych, co w konsekwencji, jego zdaniem oznacza, że zaoferowana cena nie jest ceną realną. Jak również powoływał na to, że trudno wyobrazić sobie szczególne i wyjątkowe okoliczności, które pozwoliłyby Przystępującemu na zaoferowanie ceny niższej, niż zaoferowali to pozostali wykonawcy. Natomiast, Odwołujący w ogóle nie powoływał się na te okoliczności w swoim odwołaniu, a zatem w tym zakresie stanowi to niedopuszczalne rozszerzanie podstaw zarzutów odwołania. Podkreślić bowiem należy, że o konstrukcji zarzutu stanowią zarówno okoliczności prawne, jak i faktyczne, a Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2014 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 2326/14, iż *„Dostrzec bowiem trzeba, że zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych, obejmujący stosownie do art. 180 ust. 1 i 3 P.z.p., co najmniej wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych, z których odwołujący wywodzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie jest rolą Izby domniemywanie treści zarzutu, gdyż ustalenie granic zaskarżenia jest samodzielnym dyspozytywnym aktem odwołującego się wykonawcy.”*

Tym samym, Izba oceniła, jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, dowody przedkładane przez Odwołującego i Zamawiającego, a dotyczące ofert handlowych i cen jednostkowych tabletów przemysłowych oferowanych na rynku.

Ponadto, Odwołujący w toku rozprawy powoływał się na przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp zgodnie, z którym: *Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:*

1) *wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;*

2) *zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

Odwołujący, odnosząc się do brzmienia przepisu, o którym mowa powyżej, wywodził, iż Przystępujący jest zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Jednak, podkreślić należy, że sytuacja, w której Zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy nie została objęta dyspozycją przepisu art. 190 ust. 1 a ustawy Pzp, ponieważ przepis ten odnosi się do sytuacji, gdy badanie ceny oferty zostało już dokonane przez Zamawiającego i kwestionowane są wyłącznie wyniki tego badania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 166/15).

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, Odwołujący, w ramach zarzutu podniesionego w odwołaniu, w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum LOGON – AP-FLYER do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Argumentacja prezentowana przez Odwołującego nie potwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy istnieją przesłanki do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego za cenę ofert oraz, że ta cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym, że istnieją przesłanki do zastosowania procedury wyjaśniającej w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Zarzut art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER w zakresie Części I, II, III i IV postępowania pomimo jej niezgodności z SIWZ.

W ocenie Izby także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* Z kolei przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W pierwszej kolejności podnieść należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada pod względem merytorycznym treści SIWZ, np. co do zakresu czy sposobu realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lutego 2015 r. wydanym w sprawach połączonych o sygn.

akt: KIO 282/15 i KIO 295/15, wskazała, że: *Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Z kolei w wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 77/15 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.”*

Dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nie stanowi treści oferty. Jest to dokument zabezpieczający interesy Zamawiającego. Również w doktrynie wskazuje się, że *„Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5”* (por. Bazan A., Nowicki J.E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz., LEX, 2014).

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum LOGON – AP-FLYER w zakresie części 1, 2, 3 i 4 zamówienia pomimo jej niezgodności z SIWZ z uwagi na to, że zdaniem Odwołującego, treść gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium złożonych przez Przystępującego nie jest zgodna z treścią SIWZ, jest całkowicie chybiony.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że złożone przez Przystępującego gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium z dnia 15 lipca 2015 roku o numerach: Gwo/3043/2015/081-05-01-00, Gwo/3044/2015/081-05-01-00, Gwo/3045/2015/081-05-01-00, Gwo/3046/2015/081-05-01-00 nie uchybiają warunkom, określonym przez Zamawiającego.

Zgodnie bowiem z pkt 7.6. ppkt 7.6.3. SIWZ: *„Zamawiający uzna wymóg wniesienia wadium w formach innych niż pieniężna za spełniony, gdy umowa zabezpieczająca zostanie złożona w formie oryginału wraz z ofertą (zaleca się nie łączyć jej w sposób trwały z ofertą) i będzie zawierała co najmniej następujące elementy: (...) 7.6.3. zobowiązanie gwaranta do wypłacenia pełnej kwoty wadium niezwłocznie na pierwsze wezwanie zamawiającego”*.

Z kolei postanowienie § 2 ust. 2 gwarancji ubezpieczeniowych, o których mowa powyżej brzmi następująco: *„Gwarant zapłaci w terminie 14 (słownie: czternastu) dni licząc od dnia otrzymania pierwszego wezwania do zapłaty spełniającego wymogi określone w § 3 ust. 2 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności określonych w § 1 ust. 2, ze wskazaniem tej okoliczności”*.

Zdaniem Izby określony w gwarancji ubezpieczeniowej 14-dniowy termin zapłaty wadium nie stoi w sprzeczności z określonym przez Zamawiającego wymogiem, aby umowa zabezpieczająca zapłatę wadium zawierała element zobowiązania gwaranta do wypłacenia pełnej kwoty wadium niezwłocznie na pierwsze wezwanie Zamawiającego.

Termin 14-dniowy jest terminem skonkretyzowanym i w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego. Można nawet powiedzieć, że jest korzystniejszy niż termin „niezwłoczny”, który jest nieskonkretyzowany, a tym samym może powodować trudności w ocenie z jakim dniem materializuje się obowiązek gwaranta do zapłaty wadium. W praktyce często może okazać się, że zapłata wadium w terminie „niezwłocznym” nastąpi w dacie późniejszej niż na podstawie dokumentu zobowiązującego do zapłaty kwoty wadium w terminie 14 dni licząc od dnia otrzymania pierwszego wezwania.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego są całkowicie nieuzasadnione a odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania w niniejszej sprawie wynosi 15 000 zł. Natomiast z brzmienia przepisu § 3 pkt 1 Rozporządzenia, o którym mowa powyżej, wynika, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. Izba wzięła również pod uwagę przepis § 5 ust. 4 powołanego Rozporządzenia, zgodnie z którym: *W przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.* Mając na uwadze powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: