

Sygn. akt KIO/UZP 1144/09

WYROK

z dnia 29 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

**Członkowie: Małgorzata Rakowska
Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. oraz Kema Quality Polska Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** protestu z dnia 24 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **„ZETOM-CERT” Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. oraz Kema Quality Polska Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. oraz Kema Quality Polska Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. oraz Kema Quality Polska Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie audytów w podmiotach starających się o rejestrację lub zarejestrowanych w rejestrze prowadzonym przez PARP pod nazwą Krajowy System Usług dla Małych i Średnich Przedsiębiorstw (KSU) - oraz w ośrodkach prowadzących Punkty Konsultacyjne KSU. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2009 r. pod numerem 2009/S 85-122823.

W dniu 14 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ZETOM-CERT Sp. z o.o.

Protest wobec ww. czynności Zamawiającego wniósł w dniu 24 lipca 2009 r. wykonawca Konsorcjum firm: Ernst&Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. oraz Kema Quality Polska Sp. z o.o. zwane dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez nieprawidłowe badanie i ocenę ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej mimo zaistnienia przesłanek wskazujących na konieczność wezwania ZETOM-CERT Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r., seria L 134/114) przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy ZETOM-CERT Sp. z o.o. w celu wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy istniały przesłanki do stwierdzenia, że oferta ZETOM-CERT Sp. z o.o. może zawierać rażąco niską cenę,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZETOM-CERT Sp. z o.o. z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący podniósł zarzut niestarannego badania przez Zamawiającego złożonych w postępowaniu ofert stawiając przy tym tezę o zaferowaniu przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia. Odwołujący wskazał na obowiązek

Zamawiającego wyływający z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 55 dyrektywy 2004/18/WE zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w każdym przypadku, gdy zachodzi podejrzenie rażącego zaniżenia ceny. Odwołujący przywołał orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88. Przekonanie, iż zaoferowana przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. cena jest nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego oraz racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców. Odwołujący wywiódł z przedstawionych poniżej okoliczności.

Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe, aby zaoferowane przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. ceny jednostkowe C2 i C3 w wysokości 244 zł brutto (200 zł netto) pokrywały wszystkie koszty związane z uzyskaniem oraz utrzymaniem certyfikatu systemu zarządzania jakością, które będą obowiązywały ośrodki KSU zgodnie z pkt 3.1 ppkt. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (str. 4/15) oraz jakie wiążą się z procesem certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy. Nie jest także możliwe, w ocenie Odwołującego, aby ZETOM-CERT Sp. z o.o. była w stanie przeprowadzić audyt w ramach procesu certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy przy tak ograniczonych kosztach. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w zestawieniu kosztów podanym w części technicznej oferty w tabeli 1 (str. 18) oraz w tabeli nr 2 (str. 23) ZETOM-CERT Sp. z o.o. podała koszt re-audytów rejestrujących w wysokości 2 900,00 zł netto (dla podmiotów jedno-oddziałowych) oraz w wysokości 5 800,00 zł netto (dla podmiotów wielo-oddziałowych). Ponadto, jak zauważył Odwołujący, zaoferowany koszt audytu dokumentacji (300,00 zł netto) jest wyższy od proponowanej w ofercie kwoty całego procesu certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy (200,00 zł netto). Powyższe może być związane, jak stwierdził Odwołujący, z ograniczeniem liczby dni audytowych, co z kolei jest działaniem niezgodnym z wymaganiami normy PN-EN ISO/IEC 17021 :2007 obowiązującej wszystkie akredytowane jednostki certyfikacyjne i może w konsekwencji stanowić zagrożenie dla utrzymania akredytacji przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. Posiadanie akredytacji jest natomiast, jak zauważył Odwołujący, warunkiem koniecznym do spełnienia przez wykonawcę zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wywiódł ponadto, iż nawet jeśli w wyniku realizacji usługi prowadzenia audytu dla KSU przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. w latach 2005-2008 wydane zostały certyfikaty ISO 9001 dla wszystkich istniejących KSU i w obecnej chwili (tj. w 2009 r.) nie ma potrzeby dodatkowego obciążania audytowanych podmiotów kosztami procesu certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy, to ważność tych certyfikatów zakończy się na pewno przed dniem 30 czerwca 2012 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż okres ważności certyfikatu dotyczy tylko 3 lat (pkt 9.1.1 – PN - EN ISO/IEC 17021:2007 - Ocena Zgodności Wymagania dla jednostek prowadzących audytowanie i certyfikację systemów zarządzania), a dla jego utrzymania konieczne jest przeprowadzenie procesu re-certyfikacji, którego koszty i następnie koszty utrzymania certyfikatu w okresie 3 kolejnych lat (audytu nadzoru) nie zostały przewidziane w ofercie ZETOM-CERT Sp. z o.o.

Dodatkowo, Odwołujący poinformował, iż z posiadanych przez niego informacji wynika, że co najmniej 16 podmiotów KSU ma certyfikaty wydane przez inne instytucje niż ZETOM-CERT Sp. z o.o., w związku z czym niezbędne jest przeprowadzenie re-audytów weryfikujących, których koszt jednostkowy w części technicznej oferty ZETOM-CERT Sp. z o.o. został określony na 3 538 zł (2 900 zł + 22% VAT). Łączny koszt re-audytów weryfikujących wynosi zatem 56 608 zł. Co więcej, co najmniej 15 podmiotów KSU ma certyfikaty, których ważność upływa w 2010 r., w związku z czym niezbędne jest przeprowadzenie audytów odnawiających w 2010 r., których minimalny koszt jednostkowy w części technicznej oferty ZETOM-CERT Sp. z o.o. został określony na 6 588 zł (5 400 zł + 22% VAT), a także audytów nadzoru w 2011 r., których minimalny koszt jednostkowy w części technicznej oferty ZETOM-CERT Sp. z o.o. został określony na 4 392 (3 600 zł + 22% VAT). Łączny koszt audytów odnawiających oraz audytów nadzoru wynosi więc 164 700 zł.

Jak obliczył Odwołujący, minimalny łączny koszt związany z procesem certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy, który będzie musiała ponieść ZETOM-CERT Sp. z o.o. wynosi co najmniej 221 308 zł. Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, ZETOM-CERT Sp. z o.o. wskazała w ofercie łączną cenę brutto C2 określającą koszt procesu certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy w ramach prowadzenia audytów weryfikujących spełnienie standardów KSU PK w wysokości 65 880 zł brutto, co sprawia, że łączna cena brutto w formularzu ofertowym jest niższa niż koszt określony w części technicznej o co najmniej 155 428 zł brutto.

Odwołujący wskazał również na postanowienia § 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stwierdzając, iż ceny C2 i C3 należy rozumieć jako ceny jednostkowe dla procesów certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy. Ww. ceny powinny zawierać taki koszt procesów certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy, jaki miałby zastosowanie w ujęciu jednostkowym, gdyby taki proces był przeprowadzany (str. 7/15 Specyfikacji). Powyższe postanowienie Specyfikacji prowadzi do wniosku, jak stwierdził Odwołujący, że o ile samo rozliczenie z wykonawcą za wykonane

usługi uwzględnia stan faktyczny wykonanych audytów, o tyle cena w ofercie (C2 i C3) powinna zawierać koszty procesów certyfikacji/nadzoru/re-certyfikacji/rozszerzenia zakresu usługi na zgodność z wymaganiami normy w sytuacji, gdyby pełen audyt był wymagany dla danego ośrodka. W przypadku zaistnienia sytuacji, w której z różnych powodów takie procesy nie będą konieczne, wykonawca nie otrzyma za nie wynagrodzenia.

Odwołujący podniósł także, że w przypadku, gdyby jeden z wykonawców (podmiot, który prowadził projekt oceny ośrodków KSU w poprzednim okresie, tj. ZETOM-CERT Sp. z o.o.) z powodu wydania wcześniej certyfikatów ISO miał możliwość podania w ofercie innej ceny C2 i C3 niż pozostali wykonawcy (skalkulowanej przy pełnej wiedzy, które z ośrodków posiadają certyfikaty ISO oraz przy założeniu, że poprzednie prace w zakresie audytów ISO były wykonane przez tego wykonawcę), miałyby miejsce rażąco naruszenie zasad uczciwej konkurencji, polegające na uprzywilejowanej pozycji jednego wykonawcy na rynku.

Odwołujący zwrócił też uwagę na brak wiedzy Zamawiającego co do liczby i terminów ważności certyfikatów ISO posiadanych przez poszczególne ośrodki, co wynika z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców. Okoliczność ta potwierdza, zdaniem Odwołującego, przyjętą przez Odwołującego interpretację postanowień Specyfikacji odnośnie cen C2 i C3.

Jednocześnie z uwagi na fakt, iż zarówno cena całkowita, jak i jej poszczególne składniki stanowią kryteria oceny ofert, Odwołujący uznał ofertę ZETOM-CERT Sp. z o.o. za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ze względu na zastosowane podejście do kalkulacji cen oraz rozbieżności w formularzu cenowym i ofercie technicznej.

W ocenie Odwołującego, cena zaproponowana przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. pozostaje w rażącej dysproporcji do szacunkowej wartości zamówienia – stanowi 72% szacunkowej wartości przyjętej przez Zamawiającego. Jak podkreślił Odwołujący, za rażąco niską należy uznać nie tylko cenę całkowitą za realizację całego przedmiotu zamówienia zaoferowaną przez ZETOM-CERT Sp. z o.o., ale także ww. ceny jednostkowe.

Odwołujący wywiódł również, że złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 oraz 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. zm.). Odwołujący zwrócił też uwagę na opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. p.t. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240), w której stwierdzono, że „Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce

wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

Odwołujący podniósł również zarzut dotyczący braku wykazania przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. W ocenie Odwołującego, osoby wskazane przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. w pozycjach 17-28 wykazu (str. 220-231 oferty) nie posiadają doświadczenia w realizacji audytów finansowych zgodnego z opisanym w § 6 pkt 1.2)c) Specyfikacji. Jak zauważył Odwołujący, dla wszystkich osób wskazanych w poz. 17-28 wykazu jako doświadczenie podane zostały przez wykonawcę „audyty finansowe (na podstawie dokumentów księgowych) na zgodność z wymaganiami Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27.01.2005 w sprawie Krajowego Systemu Usług dla MSP w podmiocie, o zakresie świadczenia usług: informacyjnych/finansowych/doradczych/szkoleniowych.” Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż te same audyty zostały określone przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. jako „audyty na zgodność z wymaganiami normy PN-EN ISO 9001:2001 oraz Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia z dnia 27.01.2005 w sprawie Krajowego Systemu Usług dla MSP w podmiocie, o zakresie świadczenia usług: informacyjnych/finansowych/doradczych/szkoleniowych” dla osób wskazanych w poz. 1-16 wykazu osób (str. 200-202 oferty), które to osoby spełniają wymóg określony w §6 pkt 1.2)b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z obowiązującymi standardami audytorskimi, audyty zgodności z wymaganiami regulacyjnymi (takimi jak np. Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27 stycznia 2005 r.) nie są audytami finansowymi i stanowią odrębną kategorię prac audytorskich, podobnie jak audyty podatkowe, prawne, informatyczne czy energetyczne. Audyt finansowy, według Odwołującego, jest to sprawdzanie poprawności ksiąg rachunkowych i sprawozdań finansowych, którego istotą jest uzyskanie dowodów do oceny czy księgi rachunkowe są prawidłowe, a sprawozdanie finansowe rzetelnie i jasno przedstawia sytuację badanego podmiotu w odniesieniu do określonych standardów sprawozdawczości. Odwołujący przytoczył też definicje audytu finansowego podane w literaturze fachowej.

Potwierdzeniem faktu, iż prace wymienione jako doświadczenie osób wskazanych do realizacji przedmiotu zamówienia dotyczyły wyłącznie „przeprowadzenia audytów rejestrujących w podmiotach ubiegających się o rejestrację z całego kraju, przeprowadzenia

audytów sprawdzających w podmiotach już zarejestrowanych w KSU oraz opracowania szczegółowej metodologii prowadzenia audytów w ośrodkach Krajowego Systemu Usług” (str. 155) i polegały wyłącznie na „przeprowadzeniu audytu certyfikującego/rejestrującego na zgodność z wymaganiami Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27.01.2005 w sprawie Krajowego Systemu Usług dla MSP oraz wydaniu certyfikatu” (str. 148-154) jest, jak wskazał Odwołujący, wykaz wykonanych zamówień (usług) oraz potwierdzenie należytego wykonania umowy (str. 148-155 oferty). Odwołujący zauważył też, że ZETOM-CERT Sp. z o.o. w części technicznej oferty w „Opisie organizacji i zasobów Oferenta” również szczegółowo określiła charakter przeprowadzonych prac jako audyty akredytacyjne, audyty rejestrujące i sprawdzające (str. 8-10 oferty).

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ZETOM-CERT Sp. z o.o.,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- wezwanie ZETOM-CERT Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- wykluczenie ZETOM-CERT Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy,
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu i ofert odrzuconych.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 29 lipca 2009 r. wykonawca ZETOM-CERT Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 30 lipca 2009 r. (pismem z dnia 29 lipca 2009 r.) rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi przez obu wykonawców wynosi 13,27%. Zdaniem Zamawiającego, rażąca różnica pomiędzy wartościami to 20%, wobec czego w przedmiotowym stanie faktycznym brak było podstaw do wszczęcia procedury określonej w art. 90 ustawy Pzp. Działanie, którego wymaga Odwołujący Zamawiający uznał w warunkach przedmiotowego zamówienia za sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem dotyczącym spełniania przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. warunku dotyczącego potencjału technicznego. Zauważył, iż w Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia audyt finansowy został zdefiniowany jako audyt prowadzony na podstawie dokumentów księgowych. Definicja ta, jak przyznał Zamawiający, jest dość szeroka, jednak została skonstruowana świadomie, z poszanowaniem zasady wspierania konkurencji oraz w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia. Wobec zdefiniowania przedmiotowego pojęcia w Specyfikacji, interpretowanie go w sposób inny niż przyjęty w Specyfikacji na etapie oceny ofert stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z treści oferty ZETOM-CERT Sp. z o.o., zdaniem Zamawiającego wynika, że wszyscy audytorzy wymienieni w ofercie posiadają ponad dwuletnie doświadczenie w realizacji audytów finansowych na podstawie dokumentów księgowych.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 10 sierpnia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 91 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 w zw. z art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący powtórzył argumentację przytoczoną w proteście. Podkreślił również, iż błędnym jest postępowanie Zamawiającego polegające na porównywaniu ceny oferty najkorzystniejszej z ceną zaoferowaną przez Odwołującego, bowiem punktem wyjścia przy ocenie czy cena jest rażąco niska powinna być szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT. Odnoszenie ceny badanej do cen zaoferowanych przez innych wykonawców jest działaniem właściwym tylko wtedy, gdy ofert tych jest co najmniej kilka i możliwe jest ustalenie średniej ceny grupy ofert o najbardziej zbliżonych do siebie cenach.

Odwołujący podniósł też, że z uwagi na brak określenia zakresu zamówienia w sposób wiążący (§ 3 ust. 3 Specyfikacji) oraz ustalenia zakresu wszystkich prac możliwych do wykonania, a co za tym idzie, z uwagi na charakter ceny za realizację przedmiotu zamówienia jako maksymalnej wartości, do której mogą być udzielane zlecenia przez Zamawiającego, dla oceny czy cena oferty nie jest rażąco niska konieczne jest dokonanie badania cen zaoferowanych za poszczególne audyty (cen jednostkowych).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego spełniania przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Odwołujący stwierdził, iż wbrew twierdzeniom zawartym w rozstrzygnięciu protestu, Zamawiający nie zdefiniował w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pojęcia „audyt finansowy” na użytek niniejszego postępowania - użycie wyrazów „na podstawie dokumentów księgowych” w żadnym razie nie stanowi koniecznego elementu definicji pojęcia „audyt finansowy”. Zdaniem Odwołującego, w Specyfikacji konstytuującej określone mechanizmy postępowania, tak jak w akcie normatywnym, wszelkie definicje powinny zostać zamieszczone

np. w postaci „definicji nawiasowych”, które polegają „na dopisaniu do charakterystyki pewnych sytuacji czy zdarzeń ich nazwy, poprzez jej ujęcie w nawiasach. Zwrot zawarty w nawiasie pełni rolę nazwy definiowanej (definiendum), która jest w przepisie w ten sposób określona, iż charakteryzuje się w nim pewne stany czy zdarzenia kształtujące czyjeś sytuacje prawne, a w końcu nazywa je w formie skrótu opisu tych sytuacji”. Wobec powyższego, nie sposób, zdaniem Odwołującego, uznać, iż Zamawiający zawarł w Specyfikacji definicję nawiasową pojęcia „audyt finansowy”, stwierdził jedynie fakt, że audyt finansowy jest sporządzany na podstawie dokumentów księgowych. Odwołujący podkreślił, że „audyt finansowy” może być pojęciem definiowanym tylko przez upoważnione do tego instytucje, tj. w Polsce Krajową Izbę Biegłych Rewidentów oraz Ministerstwo Finansów, a na świecie International Auditing and Assurance Standards Board.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ZETOM-CERT Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wezwania ZETOM-CERT Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wykluczenia ZETOM-CERT Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu i ofert odrzuconych.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 17 września 2009 r. wykonawca ZETOM-CERT Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert złożonych w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego,

jako wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem uwzględnienie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego dawałoby mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz dyrektywy 2004/18/WE przez zaniechanie przeprowadzenia badania ceny zaoferowanej przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. jako rażąco niskiej Izba dokonała następujących ustaleń.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 17 marca 2009 r. na kwotę 2 358 338,2950 zł, co stanowi równowartość 608 273,7858 euro. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 877 172,72 zł. W przedmiotowym postępowaniu w terminie składania ofert oferty złożyło trzech wykonawców, jedna z ofert została odrzucona. Ranking wszystkich ofert złożonych w postępowaniu pod względem zaoferowanych cen kształtuje się następująco:

1. ZETOM-CERT Sp. z o.o. – 2 093 520 zł,
2. Konsorcjum: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. oraz Kema Quality Polska Sp. z o.o. – 2 414 014 zł,
3. Konsorcjum: Centrum Rozwoju Administracji Sp. z o.o. i Germanischer Lloyd Industrial Services Sp. z o.o. – 2 488 000 zł.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do wdrożenia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy zaistnieją podstawy uzasadniające przypuszczenie, że dana oferta taką cenę zawiera. Punktem odniesienia powinna być przy tym, stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz stanowiska doktryny i orzecznictwa, przede wszystkim szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT, a także ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż brak było podstaw do wszczęcia przez Zamawiającego procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zważyć bowiem należy, iż cena za realizację przedmiotu zamówienia zaoferowana przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. stanowi ponad 72% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT. Podkreślenia wymaga przy tym jednak fakt, iż zgodnie z postanowieniem § 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, szacunkowa wartość zamówienia uwzględnia zamówienia uzupełniające stanowiące do 50% wartości zamówienia podstawowego. Jednocześnie brak jest podstaw do stwierdzenia,

iż ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia straciła na aktualności, bowiem na rynku usług będących przedmiotem zamówienia nie zaistniała sytuacja, która mogłaby spowodować jej znaczącą zmianę. Odwołujący także nie kwestionował prawidłowości ustalenia wartości zamówienia przez Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, porównanie ceny podanej przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. z szacunkową wartością zamówienia nie stanowiło podstawy do przypuszczenia, iż zachodzą przesłanki do zbadania rażąco niskiej ceny.

Biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotem zamówienia są usługi oraz charakter tych usług, co pozostawia wykonawcom pewną dowolność w kształtowaniu cen, podstawy do ustanowienia domniemania zaoferowania przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. ceny rażąco niskiej nie stanowi różnica pomiędzy ceną podaną przez tego wykonawcę, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego i trzeciego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu, którego oferta została odrzucona, stanowiąca odpowiednio około 14% i 16%. Nie sposób uznać, w ocenie Izby, iż cena całkowita określona przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. jest ceną nierealną, niewiarygodną, za którą nie jest możliwa należyta i zgodna z wymaganiami realizacja przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że podstawę do badania ceny jako rażąco niskiej może stanowić jedynie całkowita cena za realizację zamówienia, nie poszczególne ceny jednostkowe. Wysokość cen jednostkowych C2 i C3, z uwagi na fakt, iż zgodnie z § 13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowią one kryterium oceny ofert (odpowiednio 40% i 10%) i w tym zakresie mogłyby stać się polem do manipulacji wykonawców w celu zdobycia zamówienia, mogą być przedmiotem rozpoznania pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co podniósł Odwołujący w swoim proteście. Ww. przepisy definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a także jako utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. ZETOM-CERT Sp. z o.o. wyjaśniła, iż w cenie C2 i C3 ujęte zostały wyłącznie koszty administrowania procesem certyfikacji, bowiem koszty audytu skalkulowane zostały w cenach X2 i X3. Jak podkreślił Przystępujący, niezasadne byłoby podwójne naliczanie tych samych kosztów w sytuacji, gdy prowadzony byłby audyt weryfikujący wraz z procesem certyfikacji. Izba stwierdziła, iż poszczególne pozycje formularza cenowego zostały w sposób różny zinterpretowane przez obu wykonawców, jednakże wobec nie pozostawienia wykonawcom przez Zamawiającego jasnych wskazówek w zakresie składników poszczególnych cen,

nieuprawnione byłoby wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec Przystępującego, który konstruując cenę za realizację zamówienia skorzystał z pozostawionej przez Zamawiającego dowolności w interpretacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zdaniem Izby, Odwołujący na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) nie wykazał popełnienia przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte dowodami. Zważyć bowiem należy, iż sprzedaż towaru czy usługi przez danego wykonawcę poniżej kosztów własnych nie stanowi przesłanki do zakwalifikowania postępowania wykonawcy do czynu nieuczciwej konkurencji – konieczne jest wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba rozpoznając zarzuty nie może opierać się wyłącznie na domniemaniach i przypuszczeniach, a Odwołujący nie wykazał przesłanek do stwierdzenia zaistnienia naruszenia prawa w tym zakresie.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący braku wykazania przez ZETOM-CERT Sp. z o.o. spełnienia warunku w zakresie potencjału kadrowego. Izba stwierdziła, iż formułując warunek w § 6 ust. 1 pkt c Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zdefiniował pojęcie audytu finansowego jako audytu realizowanego na podstawie dokumentów księgowych. Izba przychyliła się do stanowiska, iż pojęcie to jest bardzo szerokie, jednak inna interpretacja ww. pojęcia na obecnym etapie postępowania byłaby nieuprawniona. Wobec powyższego, brak jest podstaw do uznania, iż ZETOM-CERT Sp. z o.o. nie spełnia spornego warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....