

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **25 lipca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **14 lipca 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1. BTC Business Technology z siedzibą w Oldenburgu Escherweg 5, 26121 Oldenburg, Niemcy, 2. Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice, 3. BTC Business Technology Consulting Sp. z o. o., ul. Małe Garbary 9, 61-756 Poznań, wchodzących w skład konsorcjum, w których imieniu jako lider działa: BTC Business Technology Consulting Sp. z o.o., ul. Małe Garbary 9, 61-756 Poznań, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: ENION S.A. Oddział w Bielsku-Białej, ul. Batorego 17a, 43-300 Bielsko-Biała, przy udziale wykonawcy:**

**Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań.**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - konsorcjum: 1. BTC Business Technology z siedzibą w Oldenburgu Escherweg 5, 26121 Oldenburg, Niemcy, 2. Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice, 3. BTC Business Technology Consulting Sp. z o. o., ul. Małe Garbary 9, 61-756 Poznań,**

wchodzących w skład konsorcjum, w których imieniu jako lider działa: **BTC Business Technology Consulting Sp. z o.o., ul. Małe Garbary 9, 61-756 Poznań, kwoty 15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Dostawę oraz wdrożenie systemu SCADA dla sieci dystrybucyjnej wysokiego napięcia ENION S.A.” (Dz. Urz. UE 2011/S 59-096171 z 25.03.2011 r.), w dniu 14 lipca 2011 r. zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1. BTC Business Technology z siedzibą w Oldenburgu, Niemcy, 2. Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach, 3. BTC Business Technology Consulting Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia odwołującego o wynikach przetargu w dniu 4 lipca 2011 roku za pośrednictwem faksu tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - wykonawcy: Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu, z jednoczesnym zawiadomieniem o sklasyfikowaniu, spośród ofert nieodrzuconych, na drugiej pozycji oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: ENION S.A. Oddział w Bielsku-Białej naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji polegające na wyborze oferty, co do której istnieją podstawy do uznania jej za zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na zaniechanie żądania wyjaśnień w trybie przewidzianym w przepisach art. 90 ustawy Pzp,
2. art. 7 ust. 3 Pzp, wskutek udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów ustawy, przez brak wezwania wykonawcy MIKRONIKA do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości czy cena zaoferowana nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 90 ust. 1 Pzp, przez brak jego zastosowania w sytuacji, gdy istnieją podstawy dla twierdzenia, że oferta wykonawcy MIKRONIKA zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem istniał obowiązek uzyskania wyjaśnień w trybie przewidzianym we wskazanym przepisie.

W związku z powyższymi zarzutami, odwołujący powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy MIKRONIKA jako najkorzystniejszej,

- 2) wezwania wykonawcy MIKRONIKA do złożenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w sytuacji braku udowodnienia rynkowości oferowanej ceny, nakazanie odrzucenia tej oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- 3) ponownego przeprowadzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty konsorcjum BTC,
- 4) utrzymania w mocy czynności odrzucenia oferty ELKOMTECH S.A. z siedzibą w Łodzi, względnie ponownego jej odrzucenia,
- 5) ponadto, odwołujący wnosił o przyznanie konsorcjum BTC zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania tj. opłaty w kwocie 15 000,00 zł.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający zaniechał wezwania Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” (zwanej dalej „MIKRONIKA”) w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo że istniały do tego podstawy, ponieważ oferta MIKRONIKI była trzykrotnie niższa niż kwota, jaką zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w zakresie ceny oferty brutto była ona prawie dwukrotnie niższa, niż cena drugiej w kolejności oferty, a w odniesieniu do kosztu 3-letniej umowy serwisowej była ona 6,81 razy niższa niż cena zaproponowana przez drugiego w kolejności wykonawcę, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyjaśnienia, czy oferta MIKRONIKI zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i czy powinna zostać ona odrzucona. Odwołujący wyjaśniał, iż na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 1 968 000,00 zł brutto. W toku postępowania wpłynęło 5 ofert:

Lp.	Oferent	Cena oferty brutto	Koszt 3-letniej umowy serwisowej
1.	„ELKOMTECH” S.A.	1 521 018,- zł	110 700,- zł
2.	SIEMENS Sp. z o.o.	2 742 900,- zł	1 494 450,- zł
3.	BTC	1156 200,- zł	376 380,- zł
4.	„MIKRONIKA”	659 280,- zł	16 236,- zł
5.	PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o.	1 279 200,- zł	3 099 600,- zł

Zestawienie ceny zaofertowanej przez MIKRONIKĘ z kwotą, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia dowodzi, w ocenie odwołującego, że stanowi ona jedynie 33,5 % tej kwoty. Cena oferty brutto zaofertowana przez MIKRONIKĘ w zestawieniu z kolejną najniższą ceną (zaofertowaną przez BTC), wskazuje, że stanowi ona jedynie 57,02 % tej kwoty. Natomiast koszt 3-letniej umowy serwisowej zaofertowany przez MIKRONIKĘ w

zestawieniu z kolejną najniższą ceną zaoferowaną przez „ELKOMTECH” S.A. odpowiada 14,66 % tej ceny. Dodatkowo zestawienie oferty MIKRONIKI z pozostałymi ofertami wskazuje, że zaoferowane w niej ceny są znacząco niższe od cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania. Odwołujący przytoczył postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stanowiące, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W celu wyeliminowania uznaniowości w tym zakresie i w konsekwencji stosowania tego przepisu jedynie w uzasadnionych przypadkach ustawodawca wprowadził w przepisach art. 90 ustawy Pzp tryb pozwalający na wyjaśnienie, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Celem wskazanej regulacji jest ochrona uczciwej konkurencji rozumianej w ten sposób, że nieuczciwym zachowaniem jest zaniżanie ceny w stosunku do cen rynkowych, ponieważ ogranicza to dostęp do rynku pozostałych oferentów. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO i wypracowane kryteria wskazujące, kiedy zaoferowana cena jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2011 roku (KIO/UZP 2745/10, KIO/UZP 2762/10) wskazano, że za „rażąco niską cenę” można uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Innymi słowy „rażąco niską ceną” jest cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych na rynku, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Dokonując oceny czy zaoferowana cena wypełnia znamiona „rażąco niskiej ceny” zamawiający nie powinni dokonywać tylko porównań do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. W wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2011 roku (KIO/UZP 2697/10) podkreślono, że „Rażąco niska cena odnosi się zarówno do wartości szacunkowej zamówienia, jak i do wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający w celu stwierdzenia czy cena jest rażąco niska, powinien przeprowadzić porównanie jej z cenami rynkowymi podobnych zamówień i na podstawie otrzymanych wyników, jeżeli uzasadniają one podejrzenie świadomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, powinno to skutkować wszczęciem przez zamawiającego procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.” W przedmiotowym postępowaniu cena zaoferowana przez MIKRONIKĘ, jak zaznaczał odwołujący, rażąco odbiegała nie tylko od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, ale także od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Cenę tą uznał również za rażąco niską w porównaniu z cenami stosowanymi na rynku w odniesieniu do podobnych zamówień. W konsekwencji w przedmiotowym postępowaniu wypracowane w orzecznictwie KIO przesłanki pozwalające na zastosowanie przepisów art. 90 ustawy Pzp, zostały spełnione, zatem jak argumentował odwołujący, obowiązkiem zamawiającego było zwrócenie się do MIKRONIKI o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Istnienie takiego obowiązku zamawiającego zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 23

lutego 2011 roku (KIO/UZP 270/11, KIO/UZP 275/11), w którym zaakcentowano, że: „Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z konsekwencjami wynikającymi z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia, czy cena zaproponowana w ofercie przez wykonawcę, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustalenia powyższego dokonuje Zamawiający, po uprzednim zwróceniu się do wykonawcy, którego oferta jest badana o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.” Zaniechaniem powyżej opisanego obowiązku, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył przepisy art. 90 ustawy Pzp, przez jego niezastosowanie w zaistniałej sytuacji. Odwołujący podkreślił, że na wykonawcy MIKRONIKA spoczywałby ciężar dowodu udowodnienia rynkowości zaproponowanej ceny oraz konsekwencje braku niewykazania realności zaoferowanej ceny (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r. KIO/UZP 228/11). Odwołujący wywodził, iż zamawiający naruszył jednocześnie przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, postępowanie nie zostało bowiem przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zaznaczał, że na równi z czynem nieuczciwej konkurencji należy traktować zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny, ponieważ utrudnia to innym przedsiębiorcom dostęp do rynku (E. Norek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009, Wyd. IV, uwaga 12 do art. 89). W związku z tym brak wyjaśnienia wątpliwości, co do rynkowego charakteru ceny oferty, która zostaje następnie wybrana jako najkorzystniejsza, prowadzi do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a w następstwie do dokonania wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, czyli z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 tej ustawy.

Rozpatrując sprawę na posiedzeniu z udziałem stron i przystępującego, Izba ustaliła co następuje.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 15 lipca 2011 r. przekazane drogą elektroniczną, a następnie przekazane ponownie w dniu 19 lipca 2011 r. wraz z kompletną treścią odwołania, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - z kopią przesłaną stronom, zgłosił przystąpienie w formie pisemnej w dniu 20 lipca 2011 r. wybrany wykonawca: Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” w Poznaniu, a więc z zachowaniem 3-dniowego ustawowego terminu, określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Z przedstawionych względów Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” w Poznaniu do udziału w sprawie, z oznaczeniem przystąpienia po stronie zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 25 lipca 2011 r. o godzinie 9:50 wpłynęło pismo zamawiającego z oświadczeniem złożonym ze skutkiem prawnym przez osoby umocowane do działania w imieniu zamawiającego na podstawie przedstawionych pełnomocnictw, w którym „w całości uwzględniono zarzuty przedstawione w odwołaniu.” Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sposób, o jakim mówi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do „całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.” W takim przypadku, zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jednocześnie pełnomocnicy przystępującego złożyli również oświadczenie, iż przystępujący nie korzysta z prawa do wniesienia sprzeciwu w trybie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, co do uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż przy braku sprzeciwu, (w sytuacji gdy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił inny wykonawca), co do uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 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), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przed rozpoczęciem wyznaczonego posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczonego wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach, zaistniałych w niniejszej sprawie, podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

**Przewodniczący:**

.....

