

Sygn. akt KIO 408/15

Sygn. akt: KIO 408/15

WYROK
z dnia 17 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015r. przez **wykonawcę:** S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka Sławomir Owczarczyk ul. Bohaterów Modlina 48 /14; 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Świercze ul. Pułtуска 47; 06-150 Świercze

przy udziale wykonawców:

- 1) PIDIKOM Sp. z o.o. Sp.k.; ul. Augustówka 11G/5; 02-981 Warszawa; zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- i
- 2) ITprojekt Sp. z o.o.; ul. Szturmowa 2; 02-678 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

1

Sygn. akt KIO 408/15

2. kosztami postępowania obciąża S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O. ul. Bohaterów Modlina 48 /14; 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O. ul. Bohaterów Modlina 48 /14; 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki i tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O. ul. Bohaterów Modlina 48 /14; 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki kwotę 3.600 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz ITprojekt Sp. z o.o.; ul. Szturmowa 2; 02-678 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego po stronie zamawiającego.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 408/15

Uzasadnienie

Odwołanie złożone zostało dnia 2 marca 2015 roku przez S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RAXEL Telekomunikacja

Mazowiecka S. O. ul. Bohaterów Modlina 48 lok. 14; 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki zwany dalej „odwołującym”.

Odwołanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego z oprogramowaniem wraz z platformą i usługą szkoleniową w zakresie obsługi komputera i usługą dostępu do Internetu w ramach projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie Gminy Świercze realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013, działanie 8.3 - dalej Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu eInclusion” zwane „postępowaniem”.

Postępowanie prowadzi Gmina Świercze ul. Pułtуска 47; 06-150 Świercze zwana dalej „zamawiającym” za którego występuje przystępujący po jego stronie ITprojekt Sp. z o.o.; ul. Szturmowa 2; 02-678 Warszawa zwany dalej „przystępującym po stronie zamawiającego”.

Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania przywołuje art. 180 ust 1 w zw. z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp.” w związku z czynnościami zamawiającego podjętymi w postępowaniu i polegającymi na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest ofertą najkorzystniejszą,
2. wyborze oferty wykonawcy ITprojekt Sp. z o.o. zwanej dalej „ITprojekt” lub „wykonawcą wybranym”, pomimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ oraz nie jest ofertą najkorzystniejszą,
3. zaniechaniu wykluczenia oferty wykonawcy ITprojekt, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art 22 ust 1 pkt 1 ustawy pzp oraz nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art 24 ust 1 pkt. 3 pzp,
4. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp.:

- 1.art 89 ust 1 pkt 4 poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3

Sygn. akt KIO 408/15

2. art 24 ust 2 pkt 3 w z w. z art. 22 ust 1 pkt. 1 poprzez brak wykluczenia wykonawcy ITprojekt z postępowania pomimo braku posiadania przez tego wykonawcę uprawnień do wykonywania działalności telekomunikacyjnej,
 - 3.art 24 ust 1 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITprojekt z postępowania pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę braku podstaw do wykluczenia,
 - 4.art 89 ust 1 pkt 2 poprzez wybór oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
 - 5.art 89 ust 1 pkt 6 poprzez wybór oferty, która podlega odrzuceniu, z uwagi na błędy w obliczeniu ceny,
 - 6.art 91 ust 1 poprzez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
 - 7.art 7 ust 1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.
- W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:
- 1.uwzględnienie odwołania,
 - 2.unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego,
 - 3.unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 - 4.nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
 - 5.wykluczenie wykonawcy wybranego z postępowania ewentualnie odrzucenie oferty tego wykonawcy,
 - 6.nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Co do interesu prawnego do wniesienia odwołania to podniesiono.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, z uwagi na fakt, że odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która nie podlega odrzuceniu, mimo to

zamawiający odrzucił ofertę odwołującego. Oferta złożona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Na skutek wskazanych czynności podjętych przez zamawiającego Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia publicznego. W związku z powyższym w interesie odwołującego pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygnięcia, które pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Co do terminu wniesienie odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający pismem przesłanym dnia 19 lutego 2015 r. drogą faksową poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. W związku z powyższym

4

Sygn. akt KIO 408/15

10-dniowy termin na wniesienie odwołania, który upływa dnia 2 marca 2015 roku, został przez odwołującego zachowany.

W uzasadnieniu przedstawiono następujący stan faktyczny i prawny.

I. Stan faktyczny

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2014 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia.

Zamawiający jako podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej przyjął kryterium cenowe.

W punkcie 13 SIWZ („Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert!”) Zamawiający wskazał:

„Złożone oferty będą oceniane przez zamawiającego przy zastosowaniu następujących kryteriów:

Cena wykonania zamówienia Etap I (C1) -40%

Cena wykonania zamówienia Etap II (C2)- 40%

Długość okresu gwarancji - 20%”.

Przeprowadzony przez zamawiającego podział zamówienia na etapy miał charakter sztuczny i był dokonany jedynie w celu wyodrębnienia dwóch cenowych kryteriów oceny ofert W sensie faktycznym zarówno etap I, jak i etap II były funkcjonalnie częściami jednego i tego samego projektu, odnosiły się do jednego przedmiotu zamówienia i musiały być zrealizowane łącznie przez tego samego wykonawcę.

Oferta odwołującego zawierała cenę ofertową w wysokości 1.891.506,50 zł (słownie: jeden milion osiemset dziewięćdziesiąt jeden tysięcy pięćset sześć złotych 50/100), w tym:

-1.891.506,30 zł za realizację etapu I oraz

- 0,20 zł za realizację etapu II.

W toku badania i oceny ofert pismem z dnia 23 stycznia 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp. między innymi do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny zaoferowanej za II etap zamówienia.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 23 stycznia 2015 r.

Dnia 26 stycznia 2015 r. odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Dowód: pismo odwołującego z dnia 26 stycznia 2015 r.

Pismem z dnia 19 lutego 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Itprojekt oraz odrzuceniu oferty odwołującego. Jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, iż w zakresie II etapu zamówienia oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Zdaniem Zamawiającego:

5

Sygn. akt KIO 408/15

„W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający w ramach całego zamówienia wyraźnie rozgraniczył etap I i etap II, w ramach których wykonawca przeprowadził odrębną kalkulację kosztów. Kwoty przewidziane na sfinansowanie każdej z części były podane na otwarciu ofert Każda z tych cen powinna zatem być rozpatrywana w odniesieniu do danego etapu, są to bowiem ceny globalne, za które wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot

zamówienia".

W ocenie Odwołującego przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja jest nieprawidłowa.

II. Uzasadnienie prawne .Rażąco niska cena.

Zgodnie z art 90 ust 1 pzp okoliczność, czy w danym przypadku cena jest rażąco niska ocenia się w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wydaje się, iż osią sporu pomiędzy stronami jest okoliczność, czy w przypadku niniejszego postępowania przedmiotem zamówienia był cały jego zakres przedmiotowy czy też - tak jak to sugeruje Zamawiający - pomimo, iż mamy do czynienia z jednym postępowaniem w jego skład wchodziły dwa odrębne przedmioty zamówienia.

Należy wskazać, iż cena ofertowa zaproponowana przez Odwołującego wynosiła 1.891.506,50 zł, w odniesieniu do tej ceny - traktowanej jako całość - Zamawiający nie podniósł zarzutu rażąco niskiej ceny.

Taki zarzut został sformułowany jedynie w odniesieniu do części oferty Odwołującego tj. do zakresu prac wskazanych do wykonania w ramach etapu II.

Odwołujący w wyżej wskazanym piśmie (tj. pismo Odwołującego z dnia 26 stycznia 2015 r.) zwracał uwagę na brak podstaw po stronie Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny jedynie co do etapu II zamówienia, a nie w odniesieniu do całej oferty.

Powyższe stanowisko było wielokrotnie potwierdzane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła, że: „Choćby nawet cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niskiej ceny całej oferty”. Powyższe zostało wykazane również w innym orzeczeniu, w którym Izba stwierdziła, że „nie może podlegać ocenie pod kątem istnienia rażąco niskiej ceny jedynie wycinek oferty” .

W kolejnym z wyroków Izba stanęła na stanowisku, że: „Fakt, iż pewna część oferty czy pewna usługa mogłaby być uznana za cenę rażąco niską, nie skutkuje uznaniem ceny całej oferty za rażąco niską, a tym samym koniecznością odrzucenia takiej oferty jako oferującej cenę rażąco niską”*. Izba orzekła również, że „Zaniżona czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty nie przesądza, że cała cena ofertowa jest rażąco niska.

Wskazać również należy, że zgodnie z utrwalonym poglądem wyrażonym w doktrynie przy badaniu rażąco niskiej ceny punktem wyjścia do rozważań może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe, czy ceny poszczególnych elementów

6

Sygn. akt KIO 408/15

składających się na cały przedmiot zamówienia. Mając na uwadze powyższe należy dojść do wniosku, że Zamawiający nie może odrzucić oferty z powodu zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie stanowiącym element oferty, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen obowiązujących na rynku, czy też cen innych ofert. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO, w którym Izba stwierdziła: „Zawarta w art 3 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach definicja oznacza, że poszczególne składniki ceny samą ceną jednak nie są. Ustalenie jednego czy kilku z nich na niższym poziomie nie przesądza o tym, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę. Aby mówić o rażąco niskiej cenie musi ona w sposób zauważalny odbiegać in minus zarówno od cen innych złożonych ofert, jak i ustalonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, przy czym zawsze należy brać pod uwagę cenę globalną, powstałą w wyniku podliczenia jej wszystkich elementów składowych” . Wskazać należy, że w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie wziął pod uwagę ceny globalnej złożonej oferty, a jedynie cenę za etap II, co w kontekście wyżej przywołanego wyroku KIO, należy uznać za nieuzasadnione.

Ponadto, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO „Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., szczególnie w sytuacji gdy zamawiający określając postanowienia s.i.w.z. nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w s.i.w.z. skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. O niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego”. Zatem Izba dopuściła możliwość podania w zakresie jednej pozycji nawet stawki 0 zł, co z kolei nie może zostać zakwalifikowane jako

rażąco niska cena. W kolejnym wyroku Izba podtrzymała swoje stanowisko i stwierdziła, że: „Badania rażąco niskiej ceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, (ceny całkowitej oferty), a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych. Wykonawca nie ma obowiązku wykazania rentowności w każdym szczegółowym elemencie kosztu realizacji zamówienia. Pojęcie rażąco niskiej ceny może być zatem odnoszone do ceny całkowitej ofert y”. Ponadto, „kryterium oceny ofert może być jedna cena, nie zaś kilka cen, czy też poszczególne składniki ceny”.

Należy także zwrócić uwagę, że KIO rozpatrując analogiczną sytuację (tj. zamówienie podzielone na dwa etapy - z podaniem odrębnej ceny w ofercie dla każdego z nich) wskazała, że należy zastrzec przy tym również należy, iż w rozpoznawanym przypadku, w szczególności ze względu na ryczałtowy charakter ceny, ważką okolicznością jest to, że w przepisie art 90 ustawy Pzp mowa jest o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro wykonawca oferuje wykonanie pełnego zakresu zlecanego mu do

7

Sygn. akt KIO 408/15

zrealizowania zadania za jedną, z góry określoną i niezmienną kwotą (ryczałt), to rozstrzygnięcie o rażąco niskim charakterze oferowanej przez niego ceny zapaść powinno po dokonaniu oceny złożonych przez niego wyjaśnień przez pryzmat całego przedmiotu zamówienia - wyjaśnień o takiej właśnie treści (dokumentujących w sposób wiarygodny ujęcie wszystkich elementów istotnych dla obliczenia ceny, które ujęte zostały w pkt 10.7 IDW) oczekiwał Zamawiający, co wprost wynika z treści pisma z dnia 2 lipca 2013 r. Dlatego też ocenie powinny podlegać wyjaśnienia co do całkowitej ceny zawartej w ofercie”. Co istotne, jak wynika z przywołanego wyżej wyroku KIO Zamawiający powinien wskazać, że żąda wyjaśnień co do wszystkich elementów oferty, a nie jedynie ceny za etap II.

W tym miejscu wskazać również należy, że Odwołujący co prawda udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na pismo wzywające do złożenia wyjaśnień, jednak od samego początku wskazywał, że wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny tylko odnośnie II etapu postępowania jest bezzasadne. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Odwołujący posiada legitymację do kwestionowania zasadności odrzucenia oferty. Niniejsze odwołanie nie stanowi zatem zakwestionowania złożonych wcześniej wyjaśnień, ale jest kontynuacją i potwierdzeniem stanowiska Odwołującego. Podkreślić należy, że w niniejszym przypadku od początku mamy do czynienia z jedynym przedmiotem zamówienia. Powyżej wskazana okoliczność nie ulega wątpliwości.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, że jeśli faktycznie w przedmiotowym postępowaniu występowałyby dwa odrębne przedmioty zamówienia (tj. przedmiot zamówienia byłby podzielny) to Zamawiający powinien skorzystać z opisanej w art. 88 pzp instytucji ofert częściowych - jak wskazuje przepis art 83 ust 2 pzp: „Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny”.

Jednak w tym przypadku Zamawiający wskazał na jeden przedmiot zamówienia, który precyzyjnie opisał w Szczegółowym opinie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ). Dokument ten opisuje pełen zakres prac bez dokonywania jakiegokolwiek podziału.

Powyższe potwierdza, iż sam Zamawiający literalnie przyznał, iż na przedmiot zamówienia składają się etapy I i II.

W związku z powyższym ustalając desygnat pojęciowy pojęcia „przedmiot zamówienia” należy stwierdzić, iż w niniejszym przypadku przez to pojęcie należy rozumieć łącznie etap I i etap II. Powyższe prowadzi do wniosku, iż ewentualny przypadek wystąpienia rażąco niskiej ceny należy weryfikować w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia (etapów I i II), a nie do jego sztucznie wyodrębnionego fragmentu. Dodatkowo należy podnieść, iż w opisanej sytuacji istnieje pełna paralelność z sytuacją, w której jednej lub kilku pozycji kosztorysowej można przypisać rażąco niską cenę, podczas gdy jednocześnie cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską. W związku z tym powoływane wcześniej orzecznictwo ma pełne zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego.

8

Sygn. akt KIO 408/15

W tym miejscu należy także podnieść, że zgodnie z poglądem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą „Fakt zaoferowania przedmiotu zamówienia za cenę niższą niż uczynił to

inny wykonawca, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku, i nie przesądza o obowiązku zastosowania przepisu art 89 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w przypadku oferty złożonej przez Odwołującego nie można mówić o rażąco niskiej cenie, a Zamawiający nie miał podstawy, aby wezwać Odwołującego do złożenia w tym względzie wyjaśnień. Należy przede wszystkim wskazać, że w piśmie z dnia 23 stycznia 2015 roku Zamawiający zażądał od Odwołującego jedynie wyjaśnień w zakresie ceny w II etapie zamówienia, a nie całkowitej ceny oferty. Z kolei, wyjaśnienia w zakresie braku podstaw do takiego wezwania były przekonujące, odpowiednio umotywowane, a także wyraźnie wskazujące, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

2. Podstawy wykluczenia wykonawcy Iłprojekt SIWZ

1) Brak uprawnień do wykonywania określonej działalności.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że Zamawiający w pkt 5.1. SIWZ wskazał, że:

7.1. „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się o Wykonawcy; którzy spełniają warunki z art 22 ust 1 ustawy Pzp dotyczące:

7.1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania: Zamawiający nie precyzuje w tym zakresie żadnych wymagań, których spełnianie Wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób szczególny.

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, że mimo braku sprecyzowania przez Zamawiającego wymagań, które wykonawcy powinni byli wykazać, nie ulega wątpliwości, iż w SIWZ został sprecyzowany warunek podmiotowy udziału w postępowaniu, który powinien być spełniony przez wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia. Ponadto, należy również zauważyć, że w pkt 3 [„Opis przedmiotu zamówienia”) ppkt 3.1.10. SIWZ Zamawiający wskazał, że „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi dostępu do Internetu beneficjentom ostatecznym oraz jednostkom podległym Gminie Świercze”.

W tym miejscu podnieść należy, że wykonywanie usług będących przedmiotem zamówienia wymaga posiadania uprawnień przewidzianych przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Zgodnie z art 10 ust 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 243, z późn. zm.; dalej jako „pr. tel.”) działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Z kolei, zgodnie z art. 2 pkt 27 pr. tel. przedsiębiorcą telekomunikacyjnym jest „przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów,

9

Sygn. akt KIO 408/15

który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci

usług lub świadczeniu świadczeniu usług telekomunikacyjnych, towarzyszących telekomunikacyjnych, przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny, uprawniony do:

- a) świadczenia usług telekomunikacyjnych, zwany jest „dostawcą usług”,
- b) dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenia usług towarzyszących, zwany jest „operatorem”.

Ponadto, zgodnie z art 2 pkt 41 pr. tel. przez świadczenie usług telekomunikacyjnych należy rozumieć „wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług”. Z przywołanych wyżej przepisów wprost wynika, że wykonawca realizujący zamówienie powinien posiadać status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Wskazać jednak należy, że wykonawca Iłprojekt, ani żaden z podmiotów używających mu swych zasobów (tj. Konsaltech S.C., Consland A. P., Netlans Sp. z o.o.) nie jest wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonym przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Co istotne, Iłprojekt w złożonej ofercie zawarł oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art 22 ust 1 pzp. Jednak mając na uwadze przywołane wyżej okoliczności należy stwierdzić, że przedmiotowe oświadczenie nie jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ wykonawca nie spełnia warunku, o którym mowa w art 22 ust. 1 pkt. 1 pzp (tj. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności). W związku z tym, w ocenie

Odwolującego, zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy Itprojekt na podstawie art 24 ust. 2 pkt 3 w z w. z art 24 ust 1 pkt 1 pzp, tj. złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

2) Dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający w pkt 6.3 ppkt 6.3.4. SIWZ wskazał, że:

6.3. „W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, Zamawiający żąda dołączenia do oferty następujących dokumentów:

6.3.4. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert’.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że wykonawca Itprojekt do złożonej w postępowaniu oferty załączył nieaktualną informację z ZUS. Wskazać należy, iż

10

Sygn. akt KIO 408/15

przedmiotowy dokument został wystawiony dnia 3 października 2014 r., zatem termin 3 miesięcy od jego wystawienia upłynął dnia 3 stycznia 2015 r., z kolei termin składania ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 16 stycznia 2015 r. Należy zatem podkreślić, że Itprojekt nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a co za tym idzie zachodzą przesłanki, aby tego wykonawcę z postępowania wykluczyć na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 3 pzp. Zgodnie z wyżej przywołanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

3. Niezgodność oferty Itprojekt z SIWZ

1) Niezgodność oferowanego sprzętu z wymogami Zamawiającego W tym miejscu należy wskazać, że oferta złożona przez wykonawcę ItProjekt nie jest zgodna z SIWZ, tj. nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego. Po pierwsze należy wskazać, że Zamawiający w Załączniku Nr 1 do SIWZ („Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”) pkt II ppkt 8 („Ergonomia”) określił następujący wymóg: głośność zaoferowanych komputerów stacjonarnych (deklarowana i mierzona zgodnie z normami ISO 9296 lub równoważne i ISO 7779 lub równoważne) w zaoferowanej konfiguracji z pozycji operatora w trybie „idle” wynosi/ maksymalnie 24 dB - dokumenty poświadczające należy załączyć do oferty”.

W ocenie Odwołującego z treści wyżej przywołanego wymogu wynika, że Zamawiający jasno precyzuje, iż głośność oferowanego komputera nie powinna przekraczać 24 dB w oferowanej konfiguracji.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż z załączonego przez wykonawcę Itprojekt do oferty dokumentu „THE ECO DECLARATION” (str. 80 oferty) Lenovo nie wynika w jakiej konfiguracji został przebadany oferowany przez Itprojekt komputer.

Po drugie, należy podkreślić, że Zamawiający pkt. III ppkt 3 („Podtrzymanie zasilania”) wskazał następujący warunek: „UPS do montażu w szafie rack 19' wysokość 2U lub 3U, moc pozorna 1000VA, rzeczywista 650 Wat, czas przełączenia na baterię 3ms, czas podtrzymania dla obciążenia 100% - 3,5 min, zimny start, 4xIEC320 C13 (10A)M.

Z oferty złożonej przez It-projekt wynika że wykonawca ten zaoferował sprzęt o następujących parametrach: „Ever ECO Pro 1000 CDS do montażu w szafie rack 19' wysokość 2U, moc pozorna 1000VA, rzeczywista 650 Wat, czas przełączenia na baterię 3ms, czas podtrzymania dla obciążenia 100% - 3,5 min, zimny start, 4xIEC320 C13 (10A)n. Jednakże wykonawca Itprojekt zaoferował sprzęt, który dla obciążenia 100% posiada czas podtrzymania 3 min. Z informacji uzyskanych od producenta sprzętu oferowanego przez firmę Itprojekt oraz ulotki produkcyjnej wynika, że nie ma możliwości przedłużenia czasu obciążenia do 3,5 min. w oferowanym przez Itprojekt sprzęcie.

11

Dowód: Ulotka producenta (w załączeniu).

Po trzecie, należy podnieść, że Zamawiający w pkt. IV lit. a („Urządzenie do dostępu do Internetu”) wskazał minimalne wymagania techniczne sprzętu, które były następujące:- wbudowana antena o zysku min 18 dbi,-Szerokość wiązki promieniowania anteny do 20 stopni,- dopuszczalna temperatura pracy -30 +70.

W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania urządzeń umożliwiających dostęp do Internetu o parametrach równoważnych. Jako urządzenia równoważne Zamawiający rozumiał urządzenia dostępne stosowane dla innych niż opisana w SIWZ technologii (tj. dla innej częstotliwości niż 5Ghz lub 2,4GHz np. LTE). W związku z tym Itprojekt zaoferował urządzenie umożliwiające dostęp do Internetu w technologii LTE.

Wskazać przy tym należy, że z oferty złożonej przez Itprojekt wynika, iż wykonawca ten zaoferował sprzęt o cechach odmiennych od wymogów Zamawiającego, tj. posiadający wbudowaną antenę o zysku do 3dbi, a powinno być zastosowane urządzenie w technologii LTE z anteną o zysku 18dbi, które są dostępne na rynku. Ponadto, Itprojekt zaoferował sprzęt który jest wyposażony w antenę dookólną, która ma wiązkę 360 stopni, co również nie odpowiada treści SIWZ. Co istotne, sprzęt zaoferowany przez Itprojekt pracuje w temperaturze od 0 do +40 stopni, z kolei Zamawiający wymagał aby dopuszczalna temperatura pracy wynosiła: od -30 do +70.

2)Dokumenty sporządzone w języku obcym złożone bez tłumaczenia

W tym miejscu podnieść należy, że Zamawiający w pkt 10.7. SIWZ wskazał, że:

„Postępowanie prowadzone jest w języku polskim. Oznacza to, że oferta, oświadczenia oraz każdy dokument złożony wraz z ofertą sporządzony w innym języku niż język polski winien być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski”.

Ponadto, zgodnie z § 7 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art 9 ust 3 ustawy. Jak z kolei wynika z przywołanego wyżej zapisu SIWZ (tj. pkt. 10.7. SIWZ) Zamawiający przedmiotowej zgody nie wyraził, z kolei Itprojekt załączył do oferty (str. 75-76, 78- 84) dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu sporządzone w języku angielskim, bez wymaganego tłumaczenia. W związku z powyższym należy stwierdzić, że oferta złożona przez Itprojekt nie odpowiada w tym zakresie wymogom Zamawiającego określonym w SIWZ i powinna zostać odrzucona.

Podsumowując należy stwierdzić, że z oferty złożonej przez Itprojekt nie wynika, aby oferowany przez tego wykonawcę sprzęt spełniał wymogi określone przez Zamawiającego w

12

SIWZ. W związku z tym należy stwierdzić, iż zachodzą przesłanki odrzucenia oferty złożonej przez Itprojekt na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 pzp.

4. Błędy w obliczeniu ceny

W tym miejscu należy wskazać, że Itprojekt w pkt 6 poz. 14 formularza ofertowego wskazał, że oferowane w ramach niniejszego postępowania przeprowadzenie kursu podstawowej obsługi komputera i posługiwania się Internetem dla Beneficjentów Ostatecznych projektu jest opodatkowane podatkiem od towarów i usług w wysokości 0,23. Itprojekt podał przy tym cenę brutto za wykonanie tej usług w kwocie 135.168,66 zł. Należy jednak wskazać, że polski system prawny, a w szczególności ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t jedn. Dz. U. z 2011, Nr 177, poz. 1054, z późn. zm.) nie przewiduje stawki podatku VAT we wskazanej przez Itprojekt wysokości. W związku z powyższym, wykonawca wskazał błędną wartość brutto w pkt 6 poz. 14 formularza ofertowego (powinna być 160 782,45 zł - z zastosowaniem stawki 23% VAt). Powyższy błąd w obliczeniu ceny wskazanej wyżej pozycji wpływa również na błędne obliczenie całej ceny ofertowej.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt. 6 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.

Powyższe zostało również potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła, że „Stawka podatku VAT objęta jest zakresem sposobu obliczenia ceny ofertowej, który z kolei podlega weryfikacji przez zamawiającego w ramach procedury badania i oceny ofert Błąd w stawce podatku VAT, a tym samym błąd w obliczeniu ceny skutkuje zatem koniecznością odrzucenia oferty”¹⁴. Izba potwierdziła swoje stanowisko również w kolejnym orzeczeniu, w którym stwierdziła, że: Jeżeli zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art 89 ust 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny”¹⁵.

W związku z powyższym w opinii Odwołującego, wniesienie niniejszego odwołania jest prawnie uzasadnione.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 6 marca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Pidikom sp. z o.o. Sp. kom. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Wykonawca ten wskazuje na okoliczność odrzucenia jego oferty i

13

Sygn. akt KIO 408/15

odwołującego z tych samych przyczyn. W sytuacji gdy odwołanie zostanie uwzględnione to oferta odwołującego jak i oferta przystępującego nie będzie podlegała odrzuceniu.

Z kolei pismem z dnia 4 marca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany ITprojekt Sp. z o.o.; ul. Szturmowa 2; 02-678 Warszawa, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 10 marca 2015r. zamawiający wnosząc odpowiedź na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Pismem z dnia 13 marca 2015r. przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw na uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Na rozprawie na podstawie przeprowadzonych dowodów z dokumentów wskazanych przez strony i uczestnika Izba dokonała ustaleń jak poniżej.

Pismem z dnia 19 lutego 2015 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach wykluczonych z postępowania oraz o ofertach odrzuconych.

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy: Itprojekt sp. z o.o. ul. Szturmowa 2; 02-678 Warszawa zwany dalej „Itprojekt” lub „przystępujący po stronie zamawiającego”, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Zamawiający w wyżej wymienionym piśmie z dnia 19.02.2015r. podał ranking złożonych ofert.

W postępowaniu tym złożone zostały trzy oferty.

Oferta wykonawcy przystępującego po stronie odwołującego to jest spółki PIDIKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę: **Etap I** 1.966. 594, 11 zł. **Etap II** 1,23 zł.

Oferta odwołującego S. O. Raxel Telekomunikacja Mazowiecka ul. Bohaterów Modlina 48 lok.14; 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki zwany dalej „Raxel” lub też „odwołujący” wyceniona następująco: **Etap I**: 1.537.810,30 zł. podatek VAT 353.696,30 zł. cena brutto 1.891.506,30 zł. **Etap II**: 0,20 zł. podatek VAT 0,00zł. cena brutto:0,20zł.

Ostatnia trzecia oferta to jest wykonawcy wybranego Itprojekt Sp. z o.o. przedstawia następujące podziały wynagrodzenia za poszczególne etapy:

14

Etap I: 1.525.440,72zł. netto i podatek VAT 325.237,58zł. oraz cena brutto 1.850.678,30zł.

Etap II: 13.740,00zł. netto 3.160,20 zł. cena brutto 16.900,20zł.brutto (dane z oferty Itprojekt).

Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu dwóch ofert: oferty PIDIKOM Sp. z o.o. Sp. k. oraz odwołującego Raxel.

W części uzasadnienia odnoszącego się do odrzucenia oferty odwołującego Raxel zamawiający przedstawił następujące przyczyny.

Zamawiający przywołał wezwanie Raxel z dnia 23 stycznia 2015r. do złożenia wyjaśnień w związku z treścią pkt 4 ppkt e SIWZ- Termin wykonania zamówienia" utrzymanie trwałości projektu rozumianego jako utrzymanie sprzętu (w tym jego naprawy, konserwacje itp.), dostawy Internetu i wszystkich usług świadczonych w I etapie, które muszą być nadal świadczone w II etapie, w szczególności: obsługa Platformy, Help Desk. Zgodnie z punktem 3.1.14 SIWZ- Opis przedmiotu zamówienia „Koszty utrzymania projektu w II etapie a w szczególności utrzymanie sprzętu komputerowego, dostępu do Internetu i innych usług niezbędnych do utrzymania efektów osiągniętych w I etapie, w etapie II. Wobec powyższego zamawiający w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. jeżeli cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa od 30 % od wartości zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, złożenie dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w II etapie projektu, w szczególności w zakresie: a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartości przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art.2 ust.3-5 ustawy z 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz 2005r. Nr 157, poz. 1314); b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa zgodnie z przepisami ustawy Pzp. na wykonawcy. W związku z udzielonymi przez odwołującego Raxel wyjaśnieniami z dnia 26 stycznia 2015r. zamawiający doszedł do wniosku, że odwołujący nie wyjaśnił ani nie udowodnił, że cena zaoferowania za II etap zamówienia na poziomie 0,20 zł.za okres pięciu lat nie jest ceną rażąco niską. Zławsza jeżeli chodzi o utrzymanie sprzętu w tym jego napraw i konserwacji oraz dostarczanie Internetu za tak zaoferowaną cenę. Zamawiający przewidział dwa etapy realizacji zamówienia. Ceny oferowane za poszczególne etapy były podawane na otwarciu ofert. Wykonawcy powinni wykonać dla każdego etapu odrębną kalkulację. Zamawiający również przywołał okoliczność, że

15

dwuetapowość usługi jest odzwierciedlona również w ramach kryteriów oceny ofert. Cenie za drugi etap przyznano w ramach kryteriów oceny ofert 40 procent na 100 procent. W ocenie zamawiającego 0,20 zł za drugi etap świadczy o nierealności takiej ceny. Natomiast cena podana za drugi etap jest istotnym elementem składanej oferty, ponieważ ma istotny wpływ na to kto wygra przetarg.

W piśmie z dnia 19.02.2015r. zamawiający informuje, że oferta podlega odrzuceniu także na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. w związku z zakwalifikowaniem postępowania odwołującego również jako czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze złożeniem takiej oferty wobec obowiązujących kryteriów oceny ofert. Czyn taki ma miejsce w związku z ustalonymi kryteriami oceny ofert, gdzie za drugi etap zamawiający ustanowił wagę 40 procent. Propozycja ceny złożona przez odwołującego stanowi manipulowanie kryteriami oceny ofert. Wykonawca zamierzał uzyskać w ten sposób korzystną ocenę w stosunku do wykonawców, którzy rzetelnie wycenili drugi etap zamówienia. W ten sposób odwołujący zamierzał uzyskać zamówienie kosztem innych wykonawców. W konsekwencji stanowi to utrudnienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia. Takie działania zamawiający kwalifikuje do czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art.15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazując na uzasadnienie prawne odrzucenia oferty zamawiający

podał także art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

Z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego wynika, że zamawiający odrzucił jego ofertę z następujących podstaw prawnych: art. 90 ust.3; art. 89 ust.1 pkt 4 i pkt 3 ustawy Pzp.

Przy czym Izba ustaliła, że odwołujący przed czynnością odrzucenia jego oferty został w dniu 23 stycznia 2015r. wezwany przez zamawiającego do wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. w związku z wyceną II Etapu wykonania zamówienia, z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Termin odwołującemu na udzielenie odpowiedzi zamawiającemu wyznaczono do dnia 26 stycznia 2015r. do godziny jedenastej.

Odwołujący udzielił w wyznaczonym terminie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z tymże nie przedłożył ani wyjaśnień, ani dowodów na okoliczność podanej w ofercie ceny za II etap zamówienia. W piśmie tym odwołujący podważa pytanie zamawiającego, ponieważ uważa, że rażąco niska cena może odnosić się do wartości całej oferty czyli do obydwu etapów zamówienia a nie tylko do II etapu zamówienia. Poza tym nawet użycie w części wyceny pozycji na poziomie zero nie dyskwalifikuje oferty jako niezgodnej z SIWZ. Przywołał w jego ocenie istotne rozstrzygnięcia Izby z których wynika, że zamawiający może zarzucić rażąco niską cenę ale do wyceny całego przedmiotu zamówienia a nie do wyceny jego części. Podkreślił również, że jako podmiot działający już na terenie zamawiającego nie

16

Sygn. akt KIO 408/15

będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów w związku z usługą dostępu do Interentu. Także nie będzie ponosił dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem dodatkowych osób. Również wykupiona gwarancja na sprzęt komputerowy nie będzie powodowała kosztów po jego stronie na etapie użytkowania.

Na rozprawie złożono szereg dokumentów w tym odwołujący złożył na okoliczność sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ oferty wykonawcy wybranego oraz podstaw do wykluczenia wykonawcy wybranego z tytułu braku doświadczenia zawodowego a także na okoliczność świadczenia nieodpłatnie utrzymania sprzętu komputerowego tj. konserwacja i przeglądy serwisowe oraz na temat bezpłatnego konfigurowania, utrzymania i serwisowania dostarczonej platformy e-learningowej przez cały okres realizacji projektu odwołującego (oferta Computer Sp. z o.o. Sp.k. z 08.01.2015r.; oferta Plocman sp. z o.o. z dnia 12.12.2014r. i 19.12.2014r.; korespondencja mailowa z EVER M. W.; Computex Sp. z o.o. Sp.k. M. S., HUAWEI S. C.; ulotki handlowe EVER dla ECO Pro CDA 19" 2U, ulotki handlowe lenovo B50 ; pismo odwołującego do zamawiającego z dnia 16.02.2015r.; ogłoszenie o zamówieniu Gmina Chojna z 27.01.2012r.2012/S 18-029066; korespondencja mailowa z 17 marca 2015r. do sprzętu Huawei).

Odnosząc się do przedstawionych dowodów Izba stwierdza, że nie podważają one słuszności decyzji zamawiającego co do odrzucenia oferty odwołującego. Przede wszystkim Izba nie przyjmuje w poczet dowodu Ogłoszenia o zamówieniu w Gminie Chojna, na okoliczność braku doświadczenia wykonawcy wybranego, ponieważ odwołanie nie zawiera zarzutu braku wymaganej doświadczenia zawodowego po stronie wykonawcy wybranego czyli Itprojekt sp. z o.o. Ponadto złożone dowody w postaci oświadczeń podwykonawców odwołującego o nieodpłatnym świadczeniu usług w drugim (II) etapie na rzecz odwołującego nie mają znaczenia przy ocenie prawidłowości wyceny II etapu przez odwołującego. Oczywistym jest, że koszty wynikające z II etapu zostały przez podwykonawców umieszczone w I etapie postępowania. W ocenie Izby zaproponowanie za 5 lat serwisu, napraw dostarczonego sprzętu oraz zapewnienie dostępu do Internetu 20 groszy wynagrodzenia jest ewidentnym przykładem nieuczciwej konkurencji a tylko ze względu na obowiązujące przepisy ustawy Pzp. zamawiający miał obowiązek wyjaśniania oferty w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. co też uczynił.

Izba również nie przyjmuje w poczet dowodów korespondencji mailowej o niejednoznacznej treści oraz kompetencji osób, którą je prowadziły z odwołującym a także braku wiarygodności korespondencji mailowej jako dokumentu mającego służyć jako dowód w sprawie.

Z kolei wykonawca wybrany Itprojekt, przystępujący w sprawie złożył również szereg dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia jego z postępowania jak co do

Sygn. akt KIO 408/15

zgodności treści zaoferowanej oferty z treścią SIWZ (szereg ulotek handlowych Think Centre M93/ M93pSFF, Intel Core i5-4590, Intel Core i7-4510U; oświadczenie Itprojekt z 16.03.2015r. na okoliczność częściowego tłumaczenia dokumentu THE ECO DECLARATION z załączonym dokumentem, pismo Itprojekt z dnia 16 marca 2015 o przestaniu do zamawiającego aktualnego dokumentu z ZUS oraz tłumaczenia dokumentów z języka angielskiego wraz z wymienionymi dokumentami. Otrzymanie dokumentów potwierdził na rozprawie zamawiający stwierdzając, że wykonawca z własnej inicjatywy przesłał do niego te dokumenty. Ponadto przystępujący przedstawił oświadczenie EVER z dnia 9 marca 2015r. o spełnieniu wymagań sprzętu oferowanego do postępowania zamawiającego wraz z ulotką EVER oraz oświadczenie Lenovo z dnia 9 marca 2015r. do zamawiającego. Izba przyjęła dowody Itprojekt jako wiarygodne i wypełniające obowiązek zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art.87 ust. 1 ustawy Pzp. co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Izba również jak wyżej przyjęła w zakresie uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp to jest aktualnego na dzień składania ofert zaświadczenia z ZUS jak i tłumaczenia w pozostałym zakresie dokumentu Deklaracji, które to zarzuty wobec oferty Itprojekt podniósł odwołujący Raxel..

Izba zważyła

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń oraz treści odwołania i zawiadomienia z dnia 19 lutego 2015r. o odrzuceniu oferty odwołującego Izba zważyła jak poniżej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odwołaniem nie objęto wszystkich przyczyn odrzucenia oferty odwołującego a z tego powodu czynność zamawiającego odrzucenia oferty uprawomocniła się.

Odwołujący składając odwołanie nie zaskarżył swoimi zarzutami wszystkich czynności podjętych przez zamawiającego w stosunku do jego oferty w związku z jej odrzuceniem a co Izba przedstawi poniżej.

Jak wynika z zarzutów odwołania objęto nim art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. to jest zarzut odrzucenia oferty w związku z faktem, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z czym odwołujący się nie zgadza. Nie objęto natomiast przedmiotem zarzutów art. 90 ust.3 ustawy Pzp jak i art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp., które również były podane jako okoliczności odrzucenia oferty odwołującego. Z powyższego wynika, że odwołujący z tymi okolicznościami wywiedzionymi przez zamawiającego w stosunku do jego oferty zgadza się.

Sygn. akt KIO 408/15

W myśl art.90 ust.3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę w sytuacji gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień jak i gdy udzielone wyjaśnienia i przedstawione dowody wskazują na rażąco niską cenę.

Z kolei w myśl art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Co do przedmiotu odwołania to jak wyżej Izba wskazała odwołujący kwestionuje zakwalifikowanie jego ceny jako rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Druga część zarzutów podniesiona w odwołaniu odnosi się już tylko do oferty wybranej to jest oferty przystępującego Itprojekt. Oprócz sprecyzowania we wstępie odwołania: naruszeń przepisów ustawy Pzp jak i zarzutów pod adresem zamawiającego w związku z dokonanymi czynnościami jak i w związku z sformułowanymi żądaniami, opisem interesu prawnego i terminu do zaskarżenia, odwołanie zawiera uzasadnienie. Uzasadnienie odwołania podzielone jest na następujące części: stan faktyczny, uzasadnienie prawne dzielące się na: 1. Rażąco niska cena 2. Podstawy wykluczenia wykonawcy Itprojekt dzielący się z kolei na: 1) brak uprawnień do wykonywania określonej działalności, 2) dokumenty na

potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia; 3. Niezgodność oferty z SIWZ w tym 1) niezgodność oferowanego sprzętu z wymogami zamawiającego; 2) dokumenty sporządzone w języku obcym złożone bez tłumaczenia. 4. błędy w obliczeniu ceny.

Sam podział wskazuje na to, że odwołujący oprócz zaskarżenia rażąco niskiej ceny i to nie w pełnym zakresie bo tylko co do naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp ale bez art.90 ust.3 ustawy Pzp, całkowicie pomija okoliczność, iż odrzucenie jego oferty nastąpiło w związku z czynem nieuczciwej konkurencji to jest art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Izba dokonała ustaleń co do przyczyn odrzucenia oferty odwołującego na podstawie wyżej wspomnianego i przedstawionego co do treści pisma zamawiającego z dnia 19 lutego 2015r. powyżej w części uzasadnienia odnoszącego się do ustaleń Izby.

Izba również nie dopatrzyła się w uzasadnieniu odwołania w części odnoszącej się do oferty odwołującego powoływania się na okoliczności wskazujące na zakwalifikowanie złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji z przywołaniem podstawy prawnej art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Co prawda wśród przywoływanych w uzasadnieniu przez odwołującego orzeczeń KIO znalazł się cytat wyroku KIO o Sygn. akt 1121/14 z dnia 18 czerwca 2014r. o nieuczciwej konkurencji w związku z rażąco niską ceną ale skwitowanie tego wyroku odniosło się tylko do rażąco niskiej ceny i nieuprawnionym wezwaniu do wyjaśnień a nie do czynu nieuczciwej konkurencji jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego (ostatni akapit str. 5 i pierwszy akapit strona 6 odwołania). Po za tym w żadnym innym miejscu nie ma odniesienia się do czynu nieuczciwej konkurencji a zwłaszcza postawienia zarzutu nieuprawnionej kwalifikacji w tym zakresie przez zamawiającego.

19

Sygn. akt KIO 408/15

Reasumując Izba stwierdza, że nawet szczegółowa analiza uzasadnienia odwołania nie wskazuje na zaskarżenie, jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego, czynu nieuczciwej konkurencji w myśl art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, że związku z instytucją rażąco niskiej ceny również art.90 ust.3 ustawy Pzp stanowi odrębną podstawę do odrzucenia odwołania i stanowiło to również powód odrzucenia oferty odwołującego (pismo zamawiającego z dnia 19 lutego 2015r.)

Reasumując okoliczność nie zaskarżenia odrzucenia oferty z powodu art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. jak również nie zaskarżenia odrzucenia na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp stanowi brak uniemożliwiający powoływanie się na interes w uzyskaniu zamówienia co wiąże się brakiem możliwości składania odwołania.

Skoro odwołujący nie zaskarżył czynności odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji oraz złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny to znaczy, że zgadza się z zamawiającym w tym zakresie.

W związku z tym bezprzedmiotowe jest rozstrzyganie o pozostałych zarzutach odwołania to jest co do naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. czy też zarzutach co do nie wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy wybranego I etapu.

Bowiem odwołujący nie zaskarżając w pełnym zakresie czynności odrzucenia jego oferty pozbawił się prawa do wniesienia odwołania, które przysługuje tylko tym, którzy mają interes w uzyskaniu zamówienia w myśl art.179 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem prawo do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który wskutek naruszeń przepisów ustawy Pzp utracił prawo do uzyskania zamówienia co naraża go na szkodę. Skoro odwołujący nie zaskarżył faktu odrzucenia jego oferty w związku z czynem nieuczciwej konkurencji oraz oceną wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny to oferta jego pozostaje skutecznie odrzucona, po upływie terminu na wniesienie odwołania a co już nastąpiło w tej sprawie. Tylko zaskarżenie wszystkich okoliczności czyli naruszeń ustawy Pzp., w związku z odrzuceniem oferty, uprawnia odwołującego do rozpoznania zarzutów jego odwołania.

Niemniej Izba wobec przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie i dokonanych ustaleń na okoliczności podnoszone w odwołaniu odniesie się poniżej co do podniesionych zarzutów.

Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie zaskarżenia czynności odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny jak i złożonych w tym zakresie wyjaśnień oraz braku przedstawionych jakichkolwiek dowodów. Przywoływane orzecznictwo KIO co do rażąco niskiej ceny jako odnoszącej się tylko do całości przedmiotu zamówienia nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie gdzie zamawiający ustalając kryteria oceny oferty wyceniał osobno każdy z etapów (Etap I i Etap II). W ocenie Izby nie był to ani sztuczny podział to

Sygn. akt KIO 408/15

dwadzieścia groszy jest nawet bez badania rażąco niską ceną. Złożone nas rozprawie dowody nieodpłatnego świadczenia przez podwykonawców są wręcz dowodem na nieuczciwą konkurencję poprzez ograniczanie dostępu innym wykonawcom, przy świadczeniu usług dla zamawiającego na koszt innych to jest dotychczasowych odbiorców usług albo przerzucaniem kosztów do I etapu. Bowiem kosztów w drugim etapie nie da się uniknąć i obowiązkiem wykonawców było je wycenić bez względu na podwykonawców i nieodpłatnego ich świadczenia. Przeciwnie zachowanie, to jest oferowanie usługi bezpłatnie lub za 20 groszy jak w tej sprawie, wypełnia znamiona nieuczciwej konkurencji i stanowi próbę uzyskania zamówienia kosztem pozostałych uczciwych oferentów. Reasumując w tej sprawie wykonawcy, z uwagi na obowiązujące kryteria oceny ofert, nie mogli tłumaczyć się ujęciem kosztów w innych pozycjach kalkulacji. Natomiast koszty do poniesienia w II etapie, w ocenie łączy, są bezdyskusyjne.

Co do zarzutu nie posiadania wymaganych uprawnień w myśl art. 21 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp to według SIWZ zamawiający ich nie sprecyzował określając obowiązek wykazania stosownych uprawnień do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Bowiem dopóki zamawiający nie określi wymaganych uprawnień w SIWZ w tym dokumentów je potwierdzających, nawet wymaganych w myśl bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, to nie może skutecznie ich domagać się od oferentów.

Co do dalszych zarzutów to obie strony to jest odwołujący jak i przystępujący przedstawiły sprzeczne co do treści ulotki handlowe to jest zarówno potwierdzające jak i nie potwierdzające wymagane parametry. Natomiast przystępujący Itprojekt dodatkowo przedstawił oświadczenie EVER Sp. z o.o. Swarzędz. o tym, że produkt zaoferowany przez firmę Itprojekt będzie spełniał minimalne wymagania SIWZ w tym czas podtrzymywania 3,5 minut dla 100% obciążenia. Jednocześnie Ever jako producent informuje, że dokona modyfikacji urządzenia na etapie produkcji. Oświadczenie pisemne wydano na prośbę Itprojekt. Odwołujący z kolei powoływał się na ulotki oraz korespondencję mailową co jest w ocenie łączy niewiarygodne wobec oświadczenie producenta EVER o spełnieniu wymagań minimalnych SIWZ.

W związku z tym, że nie podniesiono zarzutu co do oferowanego przedmiotu tylko co do kart katalogowych lub innych ulotek z Internetu, które mają charakter informacyjny a nie merytoryczny dla oceny oferty łączy nie stwierdza sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ Wykonawca wybrany przedstawił aktualne zaświadczenie ZUS oraz tłumaczenie całego tekstu Deklaracji a otrzymanie tych dokumentów zamawiający potwierdził na rozprawie. W związku z tym jest już bezprzedmiotowe wzywanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. w szczególności w związku z brakiem prawa odwołującego do złożenia odwołania.

21

Sygn. akt KIO 408/15

Nie potwierdził się również zarzut co do nieprawidłowego naliczenia stawki podatku VAT w ofercie wykonawcy wybranego, ponieważ podatek vat naliczono w obowiązującej wysokości 23 procent.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie po myśli art.197 ust.1 ustawy Pzp z powodu nie posiadania przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia co uprawnia do wniesienia odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 2 w związku z ust.4 § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty

postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 zł. od odwołującego na rzecz przystępującego po stronie zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: