

WYROK
z dnia 19 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **konsorcjum w składzie: ARGOS - 1 Sp. z o.o., Agencja Ochrony Herkules S.C. z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. 1 Maja 72, 25-511 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Onkologii, ul. Trawińskiego 3, 25-734 Kielce** protestu z dnia 2 grudnia 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Securitas Polska Sp. z o.o. i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Świętokrzyskie Centrum Onkologii, ul. Trawińskiego 3, 25-734 Kielce**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **konsorcjum w składzie:**

ARGOS - 1 Sp. z o.o., Agencja Ochrony Herkules S.C. z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. 1 Maja 72, 25-511 Kielce,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Świętokrzyskie Centrum Onkologii, ul. Trawińskiego 3, 25-734 Kielce** na rzecz **konsorcjum w składzie: ARGOS - 1 Sp. z o.o., Agencja Ochrony Herkules S.C. z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. 1 Maja 72, 25-511 Kielce**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **konsorcjum w składzie: ARGOS - 1 Sp. z o.o., Agencja Ochrony Herkules S.C. z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. 1 Maja 72, 25-511 Kielce.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę osób i mienia oraz dostarczenie, zainstalowanie, konserwację sprzętu audiowizualnego w Świętokrzyskim Centrum Onkologii, prowadzonym przez zamawiającego - Świętokrzyskie Centrum Onkologii, konsorcjum firm w składzie Argos - 1 Sp. z o.o. (lider) oraz Agencja Ochrony Herkules s.c., zwane dalej protestującym lub odwołującym, złożyło protest na wybór oferty najkorzystniejszej, tj. Securitas Polska Sp. z o.o., która z mocy ustawy podlega odrzuceniu, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Protestujący zażądał:

1. odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy wobec niezgodności jego oferty z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i ceny, stanowi czyn zaoferowania która nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
 2. anulowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
 3. dokonania wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej.
-

Protestujący podał, że oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna w zakresie wymogu wskazanego przez zamawiającego w pkt. 2 - System monitoringu wizyjnego (1. cyfrowe kamery kolorowe minimum 500 linii pracujące w trybie dzień/noc z promiennikiem, które mają być podłączone do istniejącego systemu z pełną rejestracją na cyfrowych rejestratorach i archiwizacją przez okres 30 dni. 2. Analogowe urządzenia rejestrujące zastąpić urządzeniami do rejestracji cyfrowej - w załączniku 1 A do SIWZ zamawiający wskazał, iż posiada 4 urządzenia podlegające wymianie tj. 9-wejściowy multiplexer LTC2632/90 (szt. 1), 16-wejściowy multiplexer LTC2652/90 (szt. 1), 4-wejściowy multiplexer EP4 BDX (szt. 1) oraz quad EP4 BQ (szt. 1).

Dodatkowo protestujący wskazał na wymóg, iż wykonawca będzie wykonywał swoje obowiązki wyłącznie poprzez osoby figurujące w jego aktualnym wykazie pracowników ochrony zatrudnionych na umowę o pracę, a które umożliwiają prawidłowe wypełnienie warunków umowy, Nie mogą pracować osoby posiadające grupę inwalidzką oraz zatrudnione na umowę - zlecenie.

Protestujący wskazał, iż na stronach 71 - 75 oferty wybranego wykonawcy stwierdził, że zaoferowane dwa rodzaje kamer stacjonarnych nie odpowiadają wymogom określonym w SIWZ, ponieważ kamera APER VACC-1625H nie posiada wymaganego promiennika podczerwieni, jak również nie współpracuje z promiennikami, zaś kamera APER VACC-1755DH210 nie jest kamerą dzieńno - nocną oraz nie posiada promiennika podczerwieni, jak również nie współpracuje z promiennikami.

Na potwierdzenie swojego twierdzenia protestujący załączył karty katalogowe urządzeń, otrzymane od autoryzowanego dystrybutora wyżej wymienionych urządzeń, z których wynika, że podane kamery nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego w SIWZ.

Protestujący podniósł także, że na stronach 71 - 75 oferty wybranego wykonawcy zawarto tylko dwa urządzenia rejestrujące do nowobudowanego systemu, natomiast brak jest w ofercie wskazania na sprzęt (urządzeń do rejestracji cyfrowej), który ma zastąpić analogowe urządzenia rejestrujące, co jest niezgodne z treścią SIWZ, ponieważ należało przewidzieć wymianę istniejących multiplexerów analogowych oraz systemu rejestracji na urządzenia cyfrowe z możliwością rejestracji (9-wejściowy multiplexer LTC2632/90 (szt.1), 16-wejściowy multiplexer LTC2652/90 (szt.1), 4-wejściowy multiplexer EP4 BDX (szt.1) oraz quad EP4 BQ (szt.1)).

Odnosnie zarzutu złożenia przez wybranego wykonawcę oferty stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji, protestujący podniósł, że wykonawca Securitas zaoferował cenę świadczenia usługi poniżej kosztów wytworzenia, na potwierdzenie czego załączył kalkulację kosztów na rok 2009 dołączoną przez Securitas w poprzednim postępowaniu przetargowym, zgodnie z którą koszt 1 etatu na umowę o pracę wynosi 1846,59 zł.

Wyjaśnił, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że do realizacji usługi wymagane jest posiadanie minimum 17,27 etatowych pracowników ochrony, zatrudnionych na umowę o pracę (w skali 1 miesiąca). Otrzymana kwota w okresie realizacji umowy, tj. 36 miesięcy powinna wynosić 1.148.061,93 zł i powinna być powiększona o kwotę instalacji systemów alarmowego i monitoringu. Wskazał, że Securitas w swojej ofercie podał całkowity koszt świadczenia usługi na kwotę 1.205.168,03 zł netto, co oznacza, pomniejszając tą kwotę o wartość instalacji wycenionych w ofercie (96.168,91 zł netto), że zaoferowana cena jest poniżej kosztów, jakie wykonawca Securitas musi ponieść (- 39 062.81 zł netto).

Powołał się na wyrok z dnia 6 marca 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP151/08, wyrok z dnia 30 marca 2007 r. Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-328/07, wyrok z dnia 29 grudnia 2006 r. Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-3009/06, wyrok z dnia 28 marca 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 228/08.

Zamawiający nie odpowiedział na protest.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawarte uprzednio w proteście.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty złożonej przez Securitas Polska Sp. z o.o., Listy firm biorących udział w wizji lokalnej obiektów Świętokrzyskiego Centrum Onkologii przeprowadzonej w dniu 10.11.2009 r., oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz ustnie w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie jednego z zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdził się zarzutów, że zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, tj. Securitas Polska Sp. z o.o., sklasyfikowanej

bezpośrednio przed ofertą odwołującego oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaoferowania przez wykonawcę Securitas Polska Sp. z o.o. kamer nie posiadających wymaganego promiennika podczerwieni oraz kamery nie będącej kamerą dziennej - nocną potwierdził się.

Przedmiot zamówienia zamawiający opisał w załączniku nr 1 do SIWZ. Odnośnie systemu monitoringu wizyjnego zamawiający wprowadził między innymi wymóg, aby cyfrowe kamery kolorowe minimum 500 linii pracowały w trybie dzień / noc z promiennikami (zdanie pierwsze - str. 18 SIWZ). Wymóg ten jest jednoznaczny i nakłada na wykonawców obowiązek zaoferowania po pierwsze kamer, które działają w trybie dzień / noc, po drugie, które jednocześnie będą posiadały promiennik. Brak w treści SIWZ postanowień, które dopuszczałyby np. możliwość zaoferowania kamer nie posiadających wskazanych cech, ale posiadających wyższą czułość. Zamawiający nie modyfikował w tym zakresie SIWZ, ani nie udzielał wyjaśnień odnośnie wskazanych cech kamer w toku postępowania.

Stwierdzić zatem należy, że każdy wykonawca w przedmiotowym postępowaniu miał obowiązek zaoferowania kamer pracujących w trybie dzień / noc z promiennikami, zaś zamawiający miał obowiązek żądać od każdego wykonawcy zaoferowania takich właśnie kamer.

Wykonawca Securitas Polska Sp. z o.o. zaoferował (poz. 5 i 7 tabeli, strona 72 oferty) dwa rodzaje kamer: kamerę Aper VACC-1755DH210 (7 szt.) oraz kamerę Aper VACC-1625H (10 szt.).

Na rozprawie zamawiający potwierdził, że wskazane kamery nie posiadają promienników, nie zaprzeczył też twierdzeniu odwołującego, iż kamera Aper VACC-1755DH210 nie jest kamerą dziennej - nocną. Wyjaśnił natomiast, że wykonawca Securitas Polska Sp. z o.o. zaoferował kamery, których czułość zapewnia cel wymogu, tj. aby kamery „widziały w nocy”.

Jak wskazano powyżej postanowienie SIWZ było jednoznaczne i nie dawało wykonawcom możliwości zaoferowania kamer bez promienników.

Wobec powyższego Izba uznała, że zaoferowane przez wykonawcę Securitas Polska Sp. z o.o. kamery nie są zgodne z wymogiem zamawiającego zawartym w treści SIWZ, tj. w załączniku nr 1, co przesądza o sprzeczności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ i obliuguje zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut nie zaoferowania przez wykonawcę Securitas Polska Sp. z o.o. wymiany (zastąpienia) analogowych urządzeń rejestrujących urządzeniami do rejestracji cyfrowej nie potwierdził się.

W proteście i odwołaniu odwołujący podniósł zarzut odnośnie wymogu zamawiającego zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ na str. 18 o treści: „Analogowe urządzenia rejestrujące zastąpić urządzeniami do rejestracji cyfrowej”, wskazując, że obowiązek wymiany istniejących multiplexerów analogowych oraz systemu rejestracji na urządzenia cyfrowe z możliwością rejestracji wynikała z załącznika nr 1 do SIWZ oraz wizji lokalnej.

Stanowiska stron odnośnie informacji podanych przez zamawiającego podczas wizji lokalnej nie były zgodne. Zamawiający twierdził, iż podczas wizji lokalnej przekazano wykonawcom, iż wymiana dotyczy wyłącznie urządzenia wskazanego na stronie 23, pozycja 1 SIWZ, tj. urządzenia quad. Odwołujący natomiast twierdził, iż z wizji lokalnej wyniósł wiedzę, iż intencją zamawiającego jest wymiana całego sprzętu wskazanego w załączniku nr 1a bez kamer.

Zamawiający wymagał od wykonawców (str. 19: „Zamawiający wymaga dokonania przez Wykonawców wizji lokalnej obiektów ŚCO w dniu 10.11.2009 r. godz. 10.00 w obecności (...)\”), aby dokonali wizji lokalnej obiektów zamawiającego, a nadto, aby potwierdzili fakt dokonania tej wizji w treści oferty. Ze sporządzonej przez zamawiającego, a znajdującej się w dokumentacji postępowania Listy firm biorących udział w wizji lokalnej obiektów Świętokrzyskiego Centrum Onkologii przeprowadzonej w dniu 10.11.2009 r. wynika, że ze strony każdego z wykonawców, który złożył ofertę brała udział co najmniej jedna osoba. Brak natomiast w dokumentacji postępowania jakiegokolwiek dokumentu opisującego przebieg, czy zakres informacji przekazanych wykonawcom podczas tej wizji lokalnej.

Zgodzić należy się z odwołującym co do tego, że ową wizję lokalną, przewidzianą przez zamawiającego w tym samym terminie dla wszystkich wykonawców uznać należy za zebranie, o którym mowa w art. 38 ust. 3 ustawy Pzp. Jednak brak informacji z zebrania, a tym samym brak doręczenia tej informacji wykonawcom (bezpośrednio lub poprzez jej udostępnienie na stronie internetowej) oznacza, że informacje przekazane podczas tej wizji, których treść jej zresztą między stronami sporna, nie mogą stanowić dodatkowego, oprócz postanowień SIWZ, źródła wiedzy na temat oczekiwań i wymagań zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia.

Opierając się zatem wyłącznie na treści postanowień SIWZ oraz wyłącznie w zakresie objętym zarzutem, tj. na treści wymogu, iż analogowe urządzenia rejestrujące należy zastąpić urządzeniami do rejestracji cyfrowej, Izba stwierdza, że brak jest podstaw do twierdzenia, iżby obowiązkiem wykonawców była wymiana multiplexerów, skoro - co przyznał odwołujący na rozprawie - multiplexery nie są urządzeniami rejestrującymi, a wymiana jedynie takich urządzeń została objęta zakwestionowanym przez odwołującego wymogiem.

Twierdzenie odwołującego, iż wymogiem zamawiającego była wymiana wszystkich posiadanych przez zamawiającego urządzeń, wyszczególnionych w załączniku nr 1a do SIWZ pozostaje w sprzeczności z działaniem samego odwołującego, który - jak wskazał zamawiający na rozprawie, a czemu odwołujący nie zaprzeczył - również nie zaoferował wymiany wszystkich wskazanych w tym załączniku urządzeń.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo Izba wskazuje, że odmienne rozumienie postanowień treści SIWZ przez uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu wykonawców, a także odmienny zakres informacji, jakie wykonawcy wynieśli z wizji lokalnej, a których następstwem było złożenie ofert przewidujących wymianę różnych urządzeń winno skłonić zamawiającego do analizy prawidłowości prowadzonego postępowania pod kątem możliwości zawarcia w wyniku tego postępowania ważnej umowy (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp).

Zarzut złożenie przez wykonawcę Securitas Polska Sp. z o.o. oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez zaoferowanie ceny świadczenia usługi poniżej kosztów wytworzenia nie potwierdził się.

Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do którego odnosi się argumentacja odwołującego stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący, wnosząc odwołanie oparł się na własnych wyliczeniach, podkreślając w szczególności uwzględnienie w nich minimalnej stawki wynagrodzenia przewidzianej od 01.01.2010 r.

Zamawiający na rozprawie wskazał, że złożone przez wykonawcę Securitas Polska Sp. z o.o. wyjaśnienia odnośnie zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny uznał za uzasadnione i wystarczające.

Odwołujący zapoznał się z nimi na rozprawie (nie korzystając uprzednio z przysługującego mu prawa zapoznania się z tymi wyjaśnieniami - art. 96 ust. 3 ustawy Pzp), ale się do nich nie odniósł.

Zaoferowanie ceny świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia odwołujący automatycznie zakwalifikował jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, że w gospodarce rynkowej obowiązuje zasada swobody ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, z czym należy także wiązać przyzwolenie na sprzedaż poniżej kosztów własnych. Ustawodawca za nieuczciwą uznał tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, w a konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów.

Niezależnie od tego, czy rzeczywiście wykonawca Securitas Polska Sp. z o.o. zaoferował usługę poniżej kosztów, czego w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, stwierdzić przede wszystkim należy, że odwołujący nie przywołał żadnego argumentu wskazującego na to, że wykonawca Securitas Polska Sp. z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną 1 470 305,00 zł w tym celu, aby wyeliminować odwołującego, który zaoferował cenę 1 592 100,00 zł dla zajęcia jego miejsca na rynku w sytuacji, gdy jednocześnie odwołujący, co potwierdził na rozprawie, nie zarzucał rażącego charakteru ceny zaoferowanej przez wykonawcę Securitas Polska Sp. z o.o.

Brak tej argumentacji nie pozwala na przypisanie zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznała za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury w wysokości maksymalnej wysokości 3 600,00 zł.

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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....
.....