

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 grudnia 2008 r.

* Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny - Odwoławczy w Warszawie
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Oskar Rudziński
Sędziowie: SO Marzanna Góral

SR (del.) Joanna Staszewska

Protokolant: Katarzyna Kondratowicz

po rozpoznaniu dnia 17 listopada 2008 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy ze skarg EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie i wykonawców wspólnie
ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o. z siedzibą w
Warszawie oraz ATM S.A. z siedzibą w Warszawie

z udziałem zamawiającego Agencji Rynku Rolnego oraz wykonawców Netia S.A. z siedzibą
w Warszawie i GTS ENERGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 13 sierpnia 2008 r. ,sygn. akt KIO/UZP 752/08, KIO/UZP 788/08, KIO/UZP 789/08

1. oddała skargi;
2. zasądza od Crowley Data Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i GTS ENERGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwoty po 1.200 (tysiąc dwieście) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie.

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie sieci WAN, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Zamawiający dokonał wyboru oferty Exatel S.A.

Na skutek odwołań wniesionych przez Netia S.A., GTS Energis Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o. oraz ATM S.A., Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 13 sierpnia 2007 r. uwzględniła odwołania i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Od powyższego rozstrzygnięcia skargi skutecznie wnieśli Exatel S.A. i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A. Pierwszy z wymienionych skarżących zarzucił naruszenie:

- art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej pzp) poprzez nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- art. 90 ust. 3 pzp poprzez błędną subsumcję i stwierdzenie, że oferta Exatel S.A. powinna podlegać odrzuceniu, oraz błędną wykładnię i przyjęcie, że w tym artykule zawarte jest domniemanie prawne zobowiązujące do przyjęcia, iż cena jest rażąco niska w razie złożenia niedostatecznych wyjaśnień.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie wszystkich wniesionych odwołań, ewentualnie nakazanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A. zarzucili naruszenie:

- art. 184 ust. 6 pzp i art. 1194 par. 1 i 2 k.p.c.,
- art. 190 ust. 1 i 2 pzp poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz sprzeczność istotnych ustaleń Izby z treścią materiału dowodowego,
- art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż treść oferty Exatel, Netii i GTS odpowiada treści SIWZ, pod czas gdy oferty tych firm, jako sprzeczne z SIWZ, winny zostać odrzucone.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert Exatel, Netii i GTS.

t

Sąd Okręgowy rozważył, co następuje:

Exatel uzasadniając zarzuty podniósł, że wyjaśnienia złożone przez niego w trybie art. 90 ust. 1 pzp, w sposób szczegółowy odnoszą się do dyspozycji zamawiającego zawartej w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy mógł ocenić przedstawione przez Exatel rozwiązania techniczne oraz w związku z zastosowanymi rozwiązaniami technicznymi mógł również ocenić oszczędność metody wykonania zamówienia. Rozważając nad skargą Exatel należy mieć przede wszystkim na uwadze treść art. 90 ust. 1 pzp, według którego zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przepis ust. 2 art. 90 pzp zawiera kryteria oceny wyjaśnień, którymi zamawiający powinien się kierować przy ocenie wyjaśnień, w szczególności są to: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający miał podstawy do przypuszczeń, że cena określona w ofercie Exatel jest rażąco niska, gdyż cena ta była o około 40 % niższa od ceny kolejnej oferty w rankingu cenowym. W związku z tym zamawiający wezwał Exatel, na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, poprzez podanie szczegółowej kalkulacji ceny brutto w rozbiciu na poszczególne usługi wymienione w tabeli formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, z uwzględnieniem dokonanych modyfikacji treści SIWZ w tym zakresie. Exatel w odpowiedzi nadesłał wyjaśnienia, w których ograniczył się do wymienienia ceny brutto za poszczególne usługi, składające na przedmiot zamówienia. Z wyjaśnień Exatel nie wynika jednakże, dlaczego ceny konkretnych usług pozwoliły na skalkulowanie ceny oferty na poziomie znacznie niższym, aniżeli ceny ofert innych wykonawców. Z istoty instrumentu prawnego, jakim jest zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w zestawieniu z kryteriami ustawowymi oceny wyjaśnień (90 ust. 2 pzp) wynika konieczność przedstawienia w wyjaśnieniach czynników, takich jak np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które w przypadku danej oferty sprawiły, iż

*.

t ma być atrakcyjną cenę. Samo zestawienie w wyjaśnieniu cen poszczególnych usług, które

■ ■ : A-J

złpęły się na ogólną cenę oferty, nie pozwala na dokonanie prawidłowej oceny tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Jest to sytuacja równoznaczna z tą, jak gdyby wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 pzp w ogóle nie złożył wyjaśnień. To z kolei oznacza, że oferta Exatel powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 pzp, na co trafnie zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza.

Przechodząc do rozważań nad skargą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A. należy natomiast wyjaśnić, iż choć skarżący ten nie kwestionuje słuszności rozstrzygnięcia zawartego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, to jednak uważa on, iż rozstrzygnięcie to prócz nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, powinno ponadto zawierać nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert Exatel, Netii i GTS. Przepis art. 191 ust. 2 pkt 1 pzp stanowi, że Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego. Użyty w zacytowanym przepisie spójnik „lub” prowadzi do wniosku, że Izba nakazując powtórzenie czynności zamawiającego może jednocześnie nakazać wykonanie jakiejś czynności, z tym, że stosownie do art. 191 ust. 5 pzp Izba nie może nakazać zawarcia umowy. W niniejszej sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnienie wniosku wykonawców Crowley Data Poland Sp. z o.o. oraz ATA S.A., poprzez nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert Exatel, Netii i GTS prowadziłoby jednak do sytuacji, w której nakazanie ponownej oceny ofert byłoby w zasadzie bezprzedmiotowe, gdyż wybór ten musiałby paść na wykonawców wspólnie ubiegających się O udzielenie zamówienia publicznego: Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATA S.A. Rozstrzygnięcie proponowane przez Crowley Data Poland i ATA byłoby z punktu widzenia logiki nieprawidłowe. Z tego względu skarga wniesiona przez powyższej wymienionych wykonawców nie może zostać uwzględniona.

Spośród zarzutów podniesionych w skardze wykonawców Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATA S.A. na aprobatę zasługuje tylko jeden zarzut, a mianowicie dotyczący niezgodności oferty Netii z treścią SIWZ, wyrażającej się brakiem załączenia do oferty pełnomocnictwa dla osoby podpisanej pod ofertą. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że załączenie pełnomocnictwa do oferty Netii nie było konieczne, bowiem odpowiednie pełnomocnictwo zostało złożone przez tą firmę wraz z protestem na treść SIWZ, a więc jeszcze zanim została złożona oferta przez tą firmę. Tymczasem na str. 11 SIWZ czytamy „W przypadku podpisania oferty i załączników przez osoby inne niż wskazane w EDG lub KRS, do oferty należy dołączyć oryginalne, należycie opłacone (...) pełnomocnictwo dla

tych osób (...). Jasne i stanowcze postanowienie SIWZ prowadzi do wniosku, że niezbędne było załączenie do oferty odpowiedniego pełnomocnictwa, niezależnie od tego, czy pełnomocnictwo dla osoby podpisanej pod ofertą zostało przedłożone zamawiającemu już wcześniej, tzn. wraz z czynnością oprostowania SIWZ.

Pozostałe zarzuty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland i ATA są niezasadne. Przyczyny ich niezasadności zostały szczegółowo przedstawione przez Krajową Izbę odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a Sąd Okręgowy motywów te podziela. Skarżący podnosząc zarzut zmierzający do wykazania, że schematy załączone do ofert Exatel, Netii i GTS nie odpowiadają wymogowi SIWZ, nie podjął próby wykazania, na czym polega nieprawidłowość oceny przyjętej przez Izbę, a także, na czym polega sprzeczność poszczególnych schematów z treścią SIWZ. W przypadku

zarzutu braku przeprowadzenia weryfikacji technicznych przez Netia i Exatel, skarżący natomiast nie podjął nawet próby uzasadnienia tego zarzutu. Z tego względu oba powyższe zarzuty nie mogły podlegać ocenie. Zarzut zmierzający do wykazania, że w ofertach Exatel, Netii i GTS nie została podana wysokość opłaty abonamentowej, jest zaś niezasadny. Postawienie w formularzu ofertowym wymogu podania ceny „w formie miesięcznego abonamentu x 48 miesięcy”, oznacza, że w pełni wystarczające jest wskazanie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, kwoty stanowiącej odpowiedni iloczyn miesięcznego abonamentu, bez konieczności przedstawiania odnośnego działania matematycznego.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku, na podstawie art. 194 ust. 2 pzp w związku z art. 385 i art. 98 k.p.c.

Na *oryginale* właściwe podpisy
Za zgodność

ENT/6TAZYSTA

£ Bętkowska