

Sygn. akt X Ga 127/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 czerwca 2008 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Ryszard Trzebný
Sędzia SO Jolanta Waltrowska
Sędzia SO Renata Norkiewicz
Protokolant st.sekr.sąd. Mirosława Klimowicz

po rozpoznaniu w dniu 21 maja 2008 roku, w Poznaniu

na rozprawie

sprawy ze skargi Wielkopolskiego Operatora Systemu Dystrybucyjnego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu

przy udziale LEXPAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 193/08

1. zmienia zaskarżony wyrok o tyle tylko, że nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności w postępowaniu poczynwszy od etapu badania i oceny ofert wstępnych,
2. oddala skargę w pozostałym zakresie,
3. zasądza od zamawiającego na rzecz uczestnika LEXPAS spółki z o.o. kwotę 1.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

/-/J.Waltrowska /-/R.Trzebný /-/R. Norkiewicz

„Oryginał należycie podpisano

Odpis sporządzano

Poznań, dnia.

UZASADNIENIE

Wielkopolska Spółka Gazownictwa spółka z o.o. w Poznaniu, poprzedniczka prawna Wielkopolskiego Operatora Systemu Dystrybucyjnego spółki z o.o. (WOSD spółka z o.o.), ogłosiła przetarg w trybie negocjacji z ogłoszeniem na ochronę osób i mienia w obiektach WSG spółki z o.o. realizowanej w formie bezpośredniej ochrony fizycznej i zabezpieczenia technicznego oraz na doradztwo w zakresie bezpieczeństwa, w tym wyboru optymalnych rozwiązań organizacyjnych i technicznych dotyczących ochrony osób i mienia. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia z listopada 2007 (SIWZ) przedmiot zamówienia dzielił się na cztery zadania, z których każde różniło się miejscem realizacji: zadanie nr I Kalisz, zadanie nr II Koszalin, zadanie nr III Poznań, zadanie nr IV Szczecin.

Zamawiający WOSD spółka z o.o. w dniu 14 lutego 2008 ogłosił wyniki przeprowadzonego postępowania uznając, że spośród ofert złożonych przez wykonawców: Lexpas spółkę z o.o., Impel Security Polska spółkę z o.o., Gustaw Securitas System spółkę z o.o. i Agencję Ochrony Szabel spółkę z o.o. jako najkorzystniejsza w zakresie wykonania zadań nr I, III i IV oceniona została oferta złożona przez Impel Security Polska spółkę z o.o. Ponadto Impel Security Polska spółka z o.o. jako jedyna przedstawiła ofertę na wykonanie zadania I. Wobec powyższego do wykonania zadań I, III i IV określonych w SIWZ wybrano ofertę przedstawioną przez Impel Security Polska spółkę z o.o.

Protest wobec tych czynności zamawiającego wniósł jeden z wykonawców Lexpas spółka z o.o., który oparty został na naruszeniu przepisów art.7 ust.1 i 2, art.24 ust.2 pkt 2 i 3, art.26 ust.3, art.89 ust.1 pkt 3 i 4 oraz art.90 ust.2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (t.j. DzU z 2006, nr 164, poz.1163 ze zm., dalej pzp). Wykonawca zarzucił, że zamawiający:

- zaniechał wykluczenia oferenta Impel Security Polska spółki z o.o. z udziału w postępowaniu ze względu na niespełnienie warunków udziału oraz wymagań określonych przez zamawiającego,
- zaniechał odrzucenia oferty Impel Security Polska spółki z o.o. ze względu na rażąco niską cenę przedstawioną w ofercie,
- dokonał nieprawidłowej oceny ofert i błędnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Impel Security Polska spółki z o.o.,
- przeprowadził postępowanie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co miało wpływ na wynik postępowania.

Ponadto wykonawca podniósł, że zaszyły przesłanki do unieważnienia postępowania, ponieważ zamawiający w ogóle nie ocenił części zamówienia dotyczącej doradztwa w zakresie bezpieczeństwa w tym wyboru optymalnych rozwiązań organizacyjnych i technicznych dotyczących ochrony i zrezygnował w tym zakresie z oceny ofert.

W oparciu o art.183 ust.4 pzp zamawiający w dniu 29 lutego 2008 protest wykonawcy oddalił. Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający stwierdził, że Impel Security Polska spółka z o.o. złożył dokument spełniający wymogi określone w pkt 7.4 f SIWZ. W ocenie zamawiającego Impel Security Polska sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie z 1 lutego 2008 przytoczył szczegółową kalkulację zawierającą składniki mające wpływ na wysokość ceny. Za nietrafny zamawiający uznał również zarzut nieprawidłowej oceny i błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty wskazując, że opinia biegłego stanowi jedynie element poglądowy i nie wiąże zamawiającego.

Wykonawca wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego i podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione uprzednio w proteście, a nadto wskazał na naruszenie art.59 ust.1 i 2 pzp.

Wyrokiem z 17 marca 2008 w sprawie KIO/UZP 193/08 Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Lexpas spółkę z o.o. od rozstrzygnięcia zamawiającego z 29 lutego 2008 i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a kosztami postępowania obciążyła zamawiającego. Podstawę rozstrzygnięcia KIO stanowiły następujące ustalenia faktyczne poczynione w oparciu o dowody z dokumentacji postępowania, specyfikacje SIWZ z listopada 2007 i ze stycznia 2008, oryginały ofert złożonych

przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, opinii biegłego rzeczoznawcy w dziedzinie ochrony mienia i osób Janusza Wojciechowskiego z dnia 31 stycznia 2008, pisma zamawiającego z dnia 1 lutego 2008, wyjaśnienia Impel Security Polska spółki z o.o. z dnia 4 lutego 2008 oraz oświadczenia stron i pełnomocników złożone na rozprawie.

KIO wskazała, że w pkt 7.4f SIWZ z listopada 2007 przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający wymagał złożenia propozycji usprawnienia oraz zastosowania rozwiązań innowacyjnych w tym technicznych w istniejącym modelu ochrony. Dokument ten miał stanowić element oferty wstępnej. Zdaniem KIO, oferta wstępna złożona przez Impel Security Polska spółkę z o.o. nie odpowiadała wymogom określonym w pkt 7.4 f SIWZ. W ocenie KIO ta oferta wstępna nie zawierała treści wymaganej przez zamawiającego, wskazywała jedynie metodologię dojścia do rozwiązań usprawniających model ochrony. Zamawiający oczekiwał przedstawienia przez oferentów propozycji w tej kwestii, które mogłyby być przedmiotem negocjacji. Tymczasem złożona przez Impel Security Polska spółkę z o.o. oferta informująca, że propozycje innowacyjne zostaną przedstawione po obejrzeniu obiektów podlegających ochronie i wykonaniu audytu nie spełniała warunków SIWZ z listopada 2007. Ponadto Impel Security Polska spółka z o.o. nie przedstawił dowodu przeciwnego do zarzutu wykonawcy Lexpas spółki z o.o., że opis audytu dokonany przez Impel Security Polska spółkę z o.o. w większości powiela istniejące regulacje prawne. Nadto KIO wskazała, że co prawda oferta wstępna nie wiąże wykonawcy, ale art.57 ust.1 pzp nakazuje przeprowadzenie formalnej oceny ofert wstępnych, po której dokonaniu zamawiający zaprasza dopuszczonych oferentów do negocjacji. Skoro treść oferty wstępnej nie odpowiada treści SIWZ z listopada 2007, to zamawiający zobowiązany był do jej odrzucenia na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 pzp. Skorzystanie przez zamawiającego w niniejszej sprawie z przepisu art.26 ust.3 pzp było niedopuszczalne z uwagi na przepis art.220 ust.1 pzp.

Poza tym KIO uznała, że podstawą odrzucenia oferty Impel Security Polska spółki z o.o. złożonej po przeprowadzonych negocjacjach na podstawie SIWZ ze stycznia 2008 mógł być także przepis art.89 ust.1 pkt 4 pzp nakazujący odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mimo zwrócenia się przez zamawiającego do Impel Security Polska spółki z o.o. w trybie art.90 ust.1 pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny odpowiedź udzielona przez tego wykonawcę nie była wystarczająca do przyjęcia, że cena oferty nie była rażąco niska. KIO wskazała, że wykonawca Impel Security Polska spółka z o.o. nie podał ani sposobu, ani rozmiaru pomocy publicznej uzyskiwanej z tytułu działania jako zakład pracy chronionej, nie przedstawił także żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. KIO zwróciła również uwagę na opinię rzeczoznawcy z dziedziny ochrony osób i mienia powołanego przez zamawiającego dla oceny oferty Impel Security Polska spółki z o.o., który uznał, że minimalna stawka kalkulacyjna za roboczogodzinę dla pracownika ochrony zatrudnionego na podstawie umowy o pracę wynosi 12,30zł, a dolna granica kosztów wnosi wówczas 11zł. Natomiast odnośnie osób zatrudnionych na podstawie innych umów stawka również winna wynieść ponad 11zł za roboczogodzinę przy założeniu, że pracownik otrzyma 6zł za godzinę, która to stawka jest nierealna zważywszy sytuację na rynku pracy w Wielkopolsce i oczekiwania zamawiającego co do liczby zatrudnionych osób. Nadto powołany rzeczoznawca na podstawie wiadomości posiadanych o innych przetargach stwierdził, że cena zaproponowana przez Impel Security Polska spółkę z o.o. odbiega od średnich stawek kontraktów rocznych zaś zawieranie kontraktów na okres dłuższy, np. trzyletni jak w niniejszym zamówieniu, powoduje wzrost ceny usługi. W tej sytuacji różnica między ceną rynkową a proponowaną przez Impel Security Polska spółkę z o.o. jest jeszcze większa. Ponadto rzeczoznawca wskazał na fakt, że pozostali wykonawcy w ramach proponowanych stawek mają możliwość zatrudnienia wykwalifikowanych pracowników. Natomiast stawki proponowane przez Impel Security Polska spółkę z o.o. nie dają rękojmi należytego wykonania umowy.

Za niewystarczające uznała KIO wyjaśnienia przedstawione przez Impel Security Polska spółkę z o.o. w trybie postępowania wyjaśniającego wszczętego na podstawie art.90 ust.1 pzp stwierdzając, że nie eliminują one wątpliwości co do rzetelności kalkulacji stawki, przedstawiają kalkulacje jedynie co do dwóch z ośmiu obiektów podlegających ochronie. Takie ujęcie nie jest zaś reprezentatywne dla całości zamówienia skoro Impel Security Polska spółka z o.o. stosuje różne stawki w różnych obiektach. Ponadto, zdaniem KIO, w wyjaśnieniach Impel Security Polska spółka z o.o. przedstawił informacje subiektywne i ogólnikowe odwołując się do know-how i doświadczenia, czego nie poparł dowodami (art.90 ust.3 pzp). Poza tym nie przedstawił

rodzaju i rozmiaru pomocy publicznej oraz jej wpływu na cenę usługi. Samego twierdzenia, że Impel Security Polska spółka z o.o. jest zakładem pracy chronionej i korzysta z pomocy publicznej nie można uznać za wyczerpujące uzasadnienie niskiej ceny, tym bardziej, że inni wykonawcy również mają status zakładu pracy chronionej, a w ich przypadku pomoc publiczna nie miała takiego wpływu na wysokość oferowanej ceny. W ocenie KIO, wyjaśnienia złożone przez Impel Security Polska spółkę z o.o. nie odpowiadają zakresowi żądań zamawiającego. Nie stanowiło bowiem wykazania przesłanek z art.90 ust.2 pzp twierdzenie, że Impel Security Polska spółka z o.o. z uwagi na rozmiar prowadzonej działalności i liczbę zatrudnianych osób ma możliwość obniżenia kosztów, w szczególności administracyjnych. Z uwagi więc na niemożność ustalenia obiektywnych przyczyn różnicy pomiędzy ceną z oferty Impel Security Polska spółki z o.o. a kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia KIO oraz różnicy pomiędzy stawkami za roboczogodzinę z oferty Impel Security Polska spółki z o.o. a z ofert innych wykonawców KIO uznała cenę Impel Security Polska spółki z o.o. za rażąco niską.

Za nieuzasadnione KIO uznała zarzuty naruszenia przepisów art.22 ust.1 pkt 2 pzp albowiem wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest spełniony zarówno wtedy, gdy wykonawca zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę, jak i na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zamawiający nie precyzował w SIWZ okoliczności dotyczących podstawy prawnej stanowiącej podstawę świadczenia ochrony przez osoby działające w imieniu wykonawców.

Nietrafny w ocenie KIO był także zarzut dotyczący braku odrębnego kryterium oceny ofert w zakresie doradztwa. Kryterium to nie było przewidziane przez zamawiającego w postępowaniu, brak też odrębnego wynagrodzenia za usługę doradztwa, wobec czego zarzut ten został potraktowany jako późniejszy protest na treść ogłoszenia i SIWZ.

Ponadto KIO nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że działania zamawiającego wyczerpują znamiona wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, a zatem brak jest przesłanek do unieważnienia postępowania w myśl art.93 ust.1 pzp.

Skargę od powyższego wyroku złożył zamawiający WOSD spółka z o.o. zaskarżając wyrok w całości i wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez oddalenie odwołania Lexpas spółki z o.o. w całości. Wyrokowi KIO zamawiający zarzucił:

1. sprzeczność ustaleń faktycznych KIO z zebrany w sprawie materiałem dowodowym polegającą na przyjęciu, że zaoferowana przez wykonawcę Impel Security Polska spółkę z o.o. cena za wykonanie zamówienia w części dotyczącej zadania nr III jest rażąco niska podczas, gdy zaproponowana cena jest zbliżona (nieznacznie odbiega; do cen rynkowych,
2. naruszenie art.188 ust.7 pzp poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz błędne przyjęcie, że złożony przez Impel Security Polska spółkę z o.o. dokument potwierdzający spełnienie wymagań określonych w pkt 7.4 f SIWZ nie spełnia tych wymogów.

Poza tym zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków

Andrzeja Błaszczyka i Roberta Fabisia pracowników Impel Security Polska spółki z o.o., a także zestawienia aktualnie realizowanych przez spółkę umów na okoliczność świadczenia usług ochrony w sektorze publicznym i prywatnym po cenach nie odbiegających, a nawet niższych od przedstawionych w ofercie.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający wskazał, że pojęcie ceny rażąco niskiej nie zostało zdefiniowane ani w ustawie pzp, ani w przepisach unijnych. Także w świetle orzecznictwa arbitrażowego i poglądów doktryny nie można wskazać procentowego odstępstwa od wartości szacunkowej zamówienia, które należałoby uznać za przedstawienie oferty po rażąco niskiej cenie. Z faktu zaś zaproponowania ceny niższej od wartości zamówienia i niższej od zaproponowanej przez Lexpas spółkę z o.o. nie można wnioskować, że cena oferowana przez Impel Security Polska spółkę z o.o. jest rażąco niska. Taka ocena nie jest trafna odnośnie ceny przedstawionej w ofercie albowiem Impel Security Polska spółka z o.o. wykazała, że jest w stanie wykonać zamówienie według przedstawionego zestawienia kosztów, a nawet przy zaproponowanych stawkach osiągnie zysk. Nadto Impel Security Polska spółka z

o.o. daje należyłą rękojmię wykonania zamówienia ze względu na swoją pozycję na rynku usług ochroniarskich. Ponadto stawek zaproponowanych przez Impel Security Polska spółkę z o.o. nie można uznać za rażąco niskie także w kontekście przedstawionej opinii biegłego, na której głównie oparła się KIO, ponieważ odbiegają one nieznacznie od stawek przyjętych w wyliczeniach biegłego, które można przyjąć za stawki rynkowe. Zdaniem skarżącego, minimalne stawki założone przez biegłego tj. 12,30zł za roboczogodzinę dla osób zatrudnionych na umowę o pracę oraz 11zł za roboczogodzinę dla osób zatrudnionych na podstawie innych umów nie różnią się rażąco od stawek oferowanych przez Impel Security Polska spółkę z o.o. Dla wyjaśnienia tej kwestii zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające z uwagi na duże różnice w przedstawionych w poszczególnych ofertach cenach. Fakt wystąpienia znacznych różnic nie przesądza o tym, że zaoferowane przez Impel Security Polska spółkę z o.o. ceny są nierealne i niewiarygodne.

Zamawiający zarzucił także niezrozumiałość twierdzeń KIO dotyczących przedstawienia kalkulacji kosztów tylko odnośnie dwóch budynków. Zdaniem Impel Security Polska spółki z o.o. wystarczające było podanie stawek dla poszczególnych rodzajów osób, które wykonywałyby ochronę. Natomiast przedstawiona kalkulacja dotyczyła dwóch obiektów, których ochrona miała być realizowana w sposób mieszany, tzn. zarówno przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, jak i na podstawie innych umów.

Zdaniem zamawiającego, KIO nie wzięła pod uwagę, że Impel Security Polska spółka z o.o. jest jedną z największych form w branży ochroniarskiej na terenie kraju, co w przekonaniu zamawiającego, daje rękojmię należytego wykonania umowy.

Poza tym zamawiający zarzucił, że zaskarżonym wyrokiem bezzasadnie KIO wyłączyła możliwość ponownego zastosowania art.90 ust.1 pzp. W ocenie zamawiającego, powtórne badanie i ocena złożonych ofert obejmuje cofnięcie się przez zamawiającego do chwili złożenia ofert i przystąpienia do ich badania pod względem formalnym.

Ponadto zamawiający podniósł, że dokumenty złożone przez Impel Security Polska spółkę z o.o. spełniały wymóg określony w pkt 7.4 fSIWZ, gdyż oferta wstępna nie wiąże wykonawcy. W tej sytuacji przedstawienie jakiegokolwiek innowacyjnego rozwiązania spełniało warunek określony w pkt 7.4 fSIWZ.

Zamawiający podniósł także zarzut, że wyrok KIO nakazuje ponowne badanie i rozpatrzenie ofert, a nie ofert wstępnych. Skoro warunek przedstawienia propozycji innowacyjnej znajdował się jedynie w pierwszej wersji SIWZ z listopada 2007 dotyczącej ofert wstępnych, to ocena oferty końcowej nie jest uzależniona od zgodności z pierwszą wersją SIWZ, tym bardziej że w kolejnej wersji SIWZ warunek ten już nie został ujęty.

Odpowiadając na skargę przeciwnik skargi Lexpas spółka z o.o. wniósł o oddalenie skargi podtrzymując argumenty podniesione w odwołaniu do KIO. Zdaniem przeciwnika skargi, wnioski dowodowe zgłoszone w skardze winny zostać oddalone, ponieważ zamawiający nie wykazał, że potrzeba ich powołania powstała po ogłoszeniu wyroku przez KIO. Wbrew stanowisku zamawiającego KIO szczegółowo uzasadniła swoje stanowisko odnośnie rażąco niskiej ceny odwołując się również do stanowiska prezentowanego w doktrynie i orzecnictwie. Zdaniem przeciwnika skargi, zamawiający bezpodstawnie przyjął za wystarczające i wyczerpujące wyjaśnienia Impel Security Polska spółka z o.o. udzielone na zapytanie zamawiającego odnośnie kalkulacji zaoferowanej ceny, w szczególności w kwestii pomocy publicznej, z której spółka korzysta. Co do tej okoliczności mimo, że Impel Security Polska spółka z o.o. była obciążona ciężarem dowodu, nie przedstawiła żadnych dowodów. Natomiast przeciwnik skargi w postępowaniu odwoławczym wykazał, że zamówienie nie może zostać wykonane za cenę oferowaną przez Impel Security Polska spółkę z o.o. Poza tym przeciwnik skargi zwrócił uwagę na zignorowaną opinię biegłego Janusza Wojciechowskiego sporządzoną na zlecenie zamawiającego, z której wynika, że wykonanie zamówienia po cenach z oferty Impel Security Polska spółki z o.o. nie daje rękojmi należytego wykonania. Za zasadne przeciwnik skargi uznał wyłączenie możliwości ponownego zastosowania trybu weryfikacji oferty końcowej określonego w art.90 ust.1 pzp. co wynika z literalnego brzmienia w/w przepisu. Ponowne przeprowadzenie tej czynności byłoby nieobiektywne i krzywdzące dla innych uczestników postępowania i dawałoby Impel Security Polska spółce z o.o. dokonanie modyfikacji wyjaśnień, co naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji. Ponadto przeciwnik skargi

podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko odnośnie nie spełnienia przez Impel Security Polska spółkę z o.o. w ofercie wstępnej warunków opisanych w punkcie 7.4f SIWZ z listopada 2007. W ocenie przeciwnika skargi na obecnym etapie postępowania zamawiający modyfikuje i przekreśla warunki zamówienia w celu oddania obiektów pod ochronę Impel Security Polska spółce z o.o. odnośnie zarzutu dotyczącego sentencji wyroku KIO przeciwnik skargi uważa, że KIO nakazała powtórne badanie wszystkich ofert, a nie tylko ofert końcowych. Zaskarżony wyrok jest więc wykonalny, ponieważ zamawiający może odrzucić ofertę w każdym czasie przed dokonaniem wyboru.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga okazała się bezzasadna.

Dla porządku uzasadnienie wyroku sporządzone zostanie w kolejności zarzutów przedstawionych w uzasadnieniu skargi.

AD I i II

Zarzut błędnego przyjęcia przez KIO rażąco niskiej ceny był nietrafny.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na niezastosowanie przez zamawiającego art.90 ust.3 pzp i uznanie wyjaśnień Impel Security Polska spółkę z o.o. za wyczerpujące. Pomijając kwestię przedstawienia kosztów ochrony dwóch z obiektów, która nie była przedmiotem zapytania skierowanego w piśmie z dnia 1 lutego 2008 przez zamawiającego nie sposób uznać, aby Impel Security Polska spółkę z o.o. udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie dotyczącym pomocy publicznej, z której korzysta i która według ogólnikowych twierdzeń Impel Security Polska spółki z o.o. wpływa na wysokość ceny. W wyjaśnieniach z dnia 4 lutego 2008 Impel Security Polska spółka z o.o. nie określił jej rozmiaru ani wpływu na wysokość ceny. Fakt samego wpływu jest oczywisty, a powtarzanie w wyjaśnieniach jako odpowiedzi pytania zamawiającego dotyczącego tej kwestii nie stanowiło wyczerpującej odpowiedzi. Odnośnie kwestii wyjaśnień dotyczących pomocy publicznej podzielić należy wywoływy zawarte w odpowiedzi na skargę. W piśmie z dnia 4 lutego 2008 Impel Security Polska spółka z o.o. nie wskazał jakie konkretnie czynniki dały możliwość przedstawienia w ofercie takiej a nie innej ceny. Tymczasem jedynie informacje udzielone w tej kwestii przez wykonawcę mogą kształtować wysokość ceny i pozwolić na dokonanie jej oceny i weryfikacji. Ich przedstawienie zamawiającemu pozwala na ustalenie, czy cena jest rażąco niska, czy też nie. Ogólnikowe natomiast twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należało za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art.90 ust.3 pzp.

Zgodzić należy się z zamawiającym, że ani przepisy uzp, ani przepisy unijne, czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena”. Niemniej jednak kwestia rażąco niskiej ceny podlegająca rozstrzygnięciu w oparciu o kryteria wskazane w art.90 ust.1 pzp znalazła uregulowanie ustawowe w powołanym przepisie. Właściwie to zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie nosi takiego charakteru. W czasie tego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać co do zasady całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń, czy przypuszczeń co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny wszczyna procedurę wyjaśnienia. Tak więc już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego. Zgodzić należy się również ze stanowiskiem zamawiającego, że przypisać charakter ceny rażąco niskiej można cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych.

Dokonując oceny wyjaśnień przedstawionych przez Impel Security Polska spółkę z o.o. zamawiający winien pamiętać, że to na tym wykonawcy spoczywa obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ceny w celu udowodnienia, że zawarta w ofercie cena nie jest rażąco niska. W piśmie z dnia 4 lutego 2008 zawierającym wyjaśnienia na zapytanie zamawiającego skierowane w trybie art.90 ust.1 pzp Impel Security Polska spółka z o.o. faktycznie oświadczył, że zbliżone do proponowanych w ofercie stawki przy obliczaniu ceny powszechnie stosuje wykonując usługi zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym.

Samo jedynie twierdzenie wykonawcy dotyczące tej kwestii uznać należy za gołosłowne, bo nie zostało poparte żadnymi dowodami, choćby w postaci umów, na których wykonywanie po zbliżonych cenach Impel Security Polska spółka z o.o. się powołał. Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia Impel Security Polska spółce z o.o. terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art.90 ust.3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez Impel Security Polska spółkę z o.o. na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.

Fakt, że z przedstawionych w piśmie z dnia 4 lutego 2008 przez Impel Security Polska spółkę z o.o. wyliczeń wynika prognozowany zysk nie stanowi przesłanki niweczącej możliwość oceny proponowanej w ofercie ceny jako rażąco niskiej. Wobec braków enumeratywnie określonych w ustawie kryteriów jej oceny, jednym z nich jest relacja ceny proponowanej do cen rynkowych podobnych zamówień, a więc ocena, czy i w jaki stopniu proponowana cena od nich odbiega. Poddając takiej analizie ofertę Impel Security Polska spółki z o.o. i dokonując porównania ofert pozostałych wykonawców będących podmiotami aktywnymi na rynku, których oferty obrazują kształtowanie się cen rynkowych, stwierdzić należy, że różnica w wysokości stawki za roboczogodzinę kolejnej najniższej po ofercie Impel Security Polska spółki z o.o. oferty Gustaw Securitas System spółki z o.o. wyniosła nieco ponad 16%, oferty Agencji Ochrony Szabel spółki z o.o. prawie 21% i oferty Lexpas spółki z o.o. prawie 22%. Oferta Impel Security Polska spółki z o.o. o wskazane wielkości procentowe była niższa. Przy okazji tego porównania zastanawiającym jest fakt, że różnica cen między pozostałymi trzema wykonawcami poza Impel Security Polska spółką z o.o. również prowadzącymi działalność w branży ochroniarskiej wyniosła zaledwie 7%. Odpowiedź Impel Security Polska spółki z o.o. zawarta w piśmie z dnia 4 lutego 2008 udzielona w trybie art.90 ust.1 pzp nie wyjaśniła podstaw tych rozbieżności.

Kolejnym kryterium oceny może być również ustalenie średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym, którymi były oferty Gustaw Securitas System spółki z o.o. i Agencji Ochrony Szabel spółki z o.o. Z porównania tego wynika, że średnia cena za roboczogodzinę w tych dwóch spółkach wyniosła 15,30zł, a więc stawka przyjęta przez Impel Security Polska spółkę z o.o. była o ponad 18% niższa. (Stawki pozostałych wykonawców służące do porównań zaczerpnięte zostały z opinii rzeczoznawcy, gdyż KIO bądź zamawiający nie przedstawili sądowi poza ofertą Impel Security Polska spółki z o.o. innych ofert).

Oczywiście kryteria procentowe nie stanowią miarodajnej podstawy ustalenia, że cena jest rażąco niska, ale słusznie zamawiający powziął wątpliwość co do jej wysokości, np. na podstawie tego rodzaju porównania. Obowiązkiem zaś ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie jakie okoliczności wpływają na fakt, że oferowana przez niego cena w takim stopniu odbiega od cen oferowanych przez inne podmioty działające na rynku. Takich wyjaśnień Impel Security Polska spółka z o.o. nie udzielił.

Przeprowadzona na zlecenie zamawiającego opinia rzeczoznawcy z dziedziny ochrony osób i mienia, co prawda nie miała charakteru dowodu w rozumieniu art.188 ust.3 pzp, gdyż nie została wydana przez biegłego powołanego przez KIO, ale wiadomości w niej zawarte jako pochodzące od specjalisty z danej branży pozwalają na dokonanie oceny realności wykonania zamówienia po cenach zawartych w ofercie Impel Security Polska spółki z o.o. Ustawa pzp nie wskazuje kryteriów, którymi zamawiający ma się posługiwać przy ustaleniu, czy cena jest rażąco niska, nie nakłada też żadnych obowiązków na zamawiającego co do korzystania z określonych źródeł wiedzy dla przeprowadzenia tej oceny. Tak więc zamawiający mógł posłużyć się opinią rzeczoznawcy, której zasięgnął. Jednakże z niezrozumiałych względów zamawiający nie skorzystał choćby z wiadomości zawartych w opinii, o ile nie uznał za stosowne podzielić jej wniosków. Zamawiający odwołuje się natomiast jedynie do wskazanej przez rzeczoznawcę minimalnej stawki kalkulacyjnej za godzinę w kwocie 12,30zł ustalonej przez Polską Izbę Ochrony Osób i Mienia, która nie uwzględnia wielu innych czynników cenotwórczych związanych z miejscem wykonywania umowy, czasem jej trwania, rodzajem

przedmiotu ochrony, okolicznościami związanymi ściśle z osobą wykonawcy. Stawka ta jest stawką ogólnopolską, ale zbliżoną do stawki 12,50zł proponowanej przez Impel Security Polska spółkę z o.o. Zamawiający pominął pozostałe czynniki wskazane przez rzeczoznawcę mające wpływ na ocenę oferty Impel Security Polska spółki z o.o. Przesłanką, którą zamawiający winien był wziąć pod uwagę jest m.in. czas trwania umowy, której zawarcie przewidywał na trzy lata. Prawem rynku jest to, że stawki umowne kontraktu zawieranego na czas dłuższy niż jeden rok są wyższe od stawek w umowach rocznych. Ta okoliczność nie została poddana analizie zamawiającego. Poza kwestiami dotyczącymi niejakich trudności wynikających z naturalnej wysokości bezrobocia panującego na terenie Wielkopolski sięgającego 3%, a w konsekwencji ewentualnymi trudnościami z naborem licznej kadry do wykonania zamówienia (80 osób) oraz rotacją pracowników z uwagi m.in. na nietrwałość stosunków z pracodawcą opartych na innych umowach niż umowa o pracę, przy wyborze wykonawcy zamawiający nie powinien pomijać przede wszystkim celu prowadzenia postępowania jakim jest zawarcie optymalnej umowy dla zapewnienia bezpieczeństwa chronionych obiektów. Proponowana przez Impel Security Polska spółkę z o.o. cena w perspektywie trzyletniej umowy z powyższych względów, a także wobec przewidywań co do konieczności zwiększenia wynagrodzeń pracowników nie daje rękojmi wykonania kontraktu w całości na proponowanych warunkach.

Kolejną przesłanką pozwalającą ocenić ofertę Impel Security Polska spółki z o.o. jako zawierającą rażąco niską cenę jest fakt nie podważenia wyliczeń przedstawionych przez Lexpas spółkę z o.o. w proteście, według których faktycznie stawki Impel Security Polska spółki z o.o. wynoszą 14,34zł (umowy o pracę) i 11,53zł (inne umowy). To na wykonawcy liczącym na wybór jego oferty spoczywał obowiązek wykazania, że cena nie jest zaniżona. Zamawiający pominął kwestię nie uwzględnienia w wycenie przedstawionej przez Impel Security Polska spółkę z o.o. obowiązkowych świadczeń pracowniczych. Natomiast zainteresowany wykonawca nie wykazał, aby wyliczenia Lexpas spółki z o.o. pozbawione były podstaw. Wyjaśnienia Impel Security Polska spółki z o.o. w zakresie zadania nr III dotyczyły bowiem stawek i kosztów pracowników zatrudnionych na umowę o pracę i na podstawie innych umów, prognozowanego zysku, zawierały przykładowe wyliczenie kosztów usługi dla dwóch obiektów na terenie Poznania, kosztów realizacji pkt 7.4f SIWZ. Wyjaśnienia te nie zawierały natomiast dowodów dla wykazania słuszności stanowiska Impel Security Polska spółki z o.o. odnośnie oferowanej ceny. W szczególności wykonawca nie przedstawił wpływu pomocy publicznej na cenę usługi. Twierdzenie, że Impel Security Polska spółka z o.o. jest zakładem pracy chronionej nie uzasadniało niskiej ceny, tym bardziej, że co podniósł przeciwnik skargi, inni wykonawcy również mają status zakładu pracy chronionej, a w ich przypadku pomoc publiczna nie miała takiego wpływu na wysokość ceny.

AD III

Należyta rękojnia przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, o której zapewniała Impel Security Polska spółka z o.o. nie była kryterium oceny ofert. Stąd pozycja podmiotów, na rzecz których Impel Security Polska spółka z o.o. wykonuje usługi, zaufanie, którym jest spółka darzona i prawdopodobieństwo należytego wykonywania umowy zawartej na skutek ewentualnego wyboru Impel Security Polska spółki z o.o. nie mogły mieć wpływu na wybór oferty. Dokonując wyboru bowiem zamawiający zgodnie ze sporządzoną przez siebie SIWZ winien był posłużyć się poza kryterium ceny także kryterium wiarygodności ekonomicznej (średnie przychody za lata 2004 - 2006 i wysokość sumy gwarancyjnej z polisy ubezpieczeniowej) oraz kryterium doświadczenia i przygotowania zawodowego (staż w prowadzonej działalności, ilość wykonanych umów, deklaracja czasu dotarcia i podjęcia działań). Z podniesionego więc zarzutu jedynie rozmiar działalności Impel Security Polska spółki z o.o. miał wpływ na wybór oferty, które to kryterium zostało przez zamawiającego ocenione i to maksymalną liczbą możliwych do zdobycia punktów. Pamiętać jednak należy, że nie było to kryterium decydujące. Poza tym, gdyby główne znaczenie przy wyborze ofert mimo wskazanych w SIWZ kryteriów oceny miała pozycja wykonawcy na rynku, rozmiar prowadzonej działalności, to zupełnie zbędne byłoby prowadzenie postępowań takich jak niniejsze, gdyż z góry wiadomym byłoby, iż wygrać przetarg może tylko największy wykonawca. Takie rozumowanie zamawiającego narusza cel, dla którego ustawa obowiązuje, a w szczególności zasadę uczciwej konkurencji między przedsiębiorcami. Poza tym wskazać należy na opinię rzeczoznawcy, którego powołał zamawiający, według którego mimo pozycji na rynku Impel Security Polska spółka z o.o. nie dawał rękojmi wykonania umowy. Te kwestię

zamawiający przemilczał.

AD IV

Zgodzić należy się ze stanowiskiem przeciwnika skargi Lexpas spółki z o.o. i trafnie powołanym orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz Urzędu Zamówień Publicznych, że wyrok KIO nadaje się do wykonania. Sentencja zaskarżonego orzeczenia nie zawiera bliższego określenia, które oferty podlegają ponownej ocenie zamawiającego. Jednakże lektura uzasadnienia wyroku nakazuje przyjąć, że postępowanie należy rozpocząć od ponownej oceny ofert wstępnych skoro KIO powołała się na art.57 ust.1 pzp. Co prawda oferta wstępna ma charakter stanowiska negocjacyjnego, okazania przez wykonawcę gotowości do negocjacji i realizacji zamówienia. Jednakże wyłącznie takiemu charakterowi oferty wstępnej zaprzecza art.58 ust.1 pzp, z którego wynika potrzeba dokonywania jej oceny i ewentualnego odrzucenia. Tak więc zamawiający winien dokonać klasyfikacji ofert wstępnych według kryteriów związanych z ewentualną potrzebą ich odrzucenia bądź stwierdzenia nieważności postępowania. Podstawę prawną tej czynności zamawiającego stanowi odpowiednie stosowanie art.89 ust.1 pkt 1-3, 5 i 8 pzp i art.93 ust.1 pkt 1, 6, 7 pzp i art.93 ust.2 - 4 pzp do oceny ofert wstępnych (Prawo zamówień publicznych komentarz, 3.wydanie M.Stachowiak i in., wyd. Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007 i Prawo zamówień publicznych komentarz, wydanie trzecie pod red. T. Czajkowskiego, wyd. UZP Warszawa 2007).

Nie budzi wątpliwości, że badaniu KIO na skutek zarzutów podniesionych w odwołaniu Lexpas spółki z o.o. podlegała zarówno oferta wstępna, jak i oferta złożona po przeprowadzeniu negocjacji. Po rozpoznaniu zarzutów KIO uznała, że obie czynności zamawiającego dotyczące badania ofert wstępnych, jak i końcowych obarczone są uchybieniami. Co do pierwszej oferty z uwagi na zasadny zarzut dotyczący punktu 7.4f SIWZ, co do drugiej z uwagi na zasadny zarzut dotyczący niezastosowania art.90 ust.3 pzp. Orzeczenie KIO opatrzone zostało takim uzasadnieniem z tego względu, iż KIO uprawniona jest nakazać zamawiającemu dokonanie określonych czynności natomiast ich rezultat nie jest KIO znany, a więc KIO przewidziała taką ewentualność, iż w następstwie ponownego badania przez zamawiającego ofert wstępnych może zajść potrzeba weryfikacji ofert przedstawionych po przeprowadzeniu negocjacji, co zdaje się być naturalną konsekwencją przy korzystaniu z trybu postępowania negocjacje z ogłoszeniem.

Słusznie KIO stwierdziła w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że ponowne zastosowanie art.90 ust.1 pzp przy ewentualnej ponownej ocenie oferty Impel Security Polska spółki z o.o. złożonej po przeprowadzeniu negocjacji jest wykluczone. Przepisy pzp regulujące procedurę udzielania zamówień publicznych przewidują również środki ochrony prawnej przysługujące uczestnikom postępowań i organy powołane do jej sprawowania (art.179 pzp i nast.). W sytuacji rozstrzygnięć KIO dotyczących odwołań wykonawców z art.191 ust.2 pzp wynika uprawnienie KIO do nakazania zamawiającemu dokonania lub powtórzenia pewnych czynności, co do których KIO uznał zarzucaną w odwołaniu wadliwość. Obowiązkiem zamawiającego w niniejszej sprawie było zastosowanie procedury wyjaśniającej przewidzianej w art.90 ust.1 pzp. Z obowiązku tego zamawiający wywiązał się. Ta czynność zamawiającego nie była przedmiotem zarzutu przeciwnika skargi. Natomiast zarzutem objęta była ocena wyjaśnień przedstawionych przez Impel Security Polska spółkę z o.o. Od wyniku tej oceny zależy zaś ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy podlegającego procedurze wyjaśniającej. Z tych względów, jak prawidłowo przyjęła KIO, ponowne korzystanie z procedury wyjaśniającej wobec Impel Security Polska spółki z o.o. jest niedopuszczalne, ponieważ po pierwsze art.191 ust.2 pzp uprawnia KIO wyłącznie do wydawania nakazów zamawiającemu, a nie wykonawcy, a po drugie fakt złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 pzp przez Impel Security Polska spółkę z o.o. jako bezsporny nie był przedmiotem zarzutu. Nie ma więc potrzeby ponownego składania wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 pzp przez Impel Security Polska spółkę z o.o. Powtórzenia wymagają jedynie wadliwe czynności zamawiającego sprowadzające się do badania i oceny ofert, ewentualnie także tych złożonych po negocjacjach. Zbyteczne zaś jest powtarzanie przez zamawiającego czynności, które zostały dokonane poprawnie i w sposób nie budzący sprzeciwu pozostałych uczestników postępowania. Poza tym ponowne wezwanie Impel Security Polska spółki z o.o. do złożenia wyjaśnień odnoszących się do proponowanej w ofercie ceny stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, gdyż dawałoby temu konkretnie wykonawcy możliwość usunięcia wszelkich zgłaszanych zarówno w proteście, jak i odwołaniu zastrzeżeń i zarzutów kierowanych

odnośnie oferowanej ceny będącej w przekonaniu innych wykonawców ceną rażąco niską, a także przedłużyłoby udzielony wykonawcy przez zamawiającego termin do udzielenia wyjaśnień. Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert -wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust.1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji.

ADV

SIWZ z listopada 2007 w pkt 7.4 f zawierała wymóg przedstawienia dokumentów zawierających propozycje usprawnienia i zastosowania rozwiązań innowacyjnych, w tym technicznych w istniejącym modelu ochrony obiektów zamawiającego. Natomiast SIWZ ze stycznia 2008 w pkt 7.4f nie zawierała wprost tego zapisu, w inny sposób kształtując wprowadzenie innowacji. W trybie negocjacji z ogłoszeniem art.59 pzp stanowi, że po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie w jakim była ona przedmiotem negocjacji, przy czym zmiany nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia.

SIWZ sporządzona przez zamawiającego w styczniu 2008 stanowiąca podstawę do złożenia ofert w kwestii usprawnień i innowacji po przeprowadzonych negocjacjach doprecyzowała oczekiwania zamawiającego, który na tym etapie postępowania uściślił szeroko ujęte w SIWZ z listopada 2007 oczekiwania w tym zakresie. Pojęcia bowiem dotyczące opracowań nieistniejących i aktualizacji istniejącej dokumentacji technicznej systemów alarmowych mieszczą się w pojęciu doprecyzowania SIWZ w rozumieniu art.59 ust.1 pzp. Powołując się na wyżej opisany w punkcie AD IV charakter oferty wstępnej stwierdzić należy, że do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia ani pierwotnych warunków zamówienia w niniejszej sprawie nie doszło. Przedmiot zamówienia opisywany jest zgodnie z art.29 - 31 pzp. Natomiast warunki zamówienia (np. termin wykonania, podział na części, możliwość powierzenia wykonania podwykonawcom) zamawiający przedstawia zwykle w projekcie umowy dołączonym do SIWZ. Przepis art.59 ust.1 pzp zezwalając na doprecyzowanie lub uzupełnienie SIWZ po przeprowadzonych negocjacjach określa zakres dozwolonych zmian w takim zakresie w jakim negocjacje były prowadzone, choćby z jednym z wykonawców. Przepis ten nie stanowi *lex specialis* w stosunku do art.38 ust.4 pzp i wydaje się, że nie wyklucza możliwości wprowadzenia zmian również na tej podstawie (art.38 ust.4 pzp w zw. z art.60 ust.4 pzp) z zachowaniem rygorów wynikających z art.38 ust.5 pzp (Prawo zamówień publicznych komentarz, wydanie trzecie pod red. T. Czajkowskiego, wyd. UZP Warszawa 2007). Wobec powyższego uznać należy, że wprowadzona do SIWZ w styczniu 2008 po przeprowadzonych negocjacjach modyfikacja w zakresie pkt 7.4f nie stanowi ani zmiany przedmiotu, ani warunków zamówienia. W wyniku bowiem negocjacji zamawiający doszedł do przekonania, że oczekiwał będzie od wykonawców gotowości do sporządzenia nieistniejącej i zaktualizowania istniejącej dokumentacji technicznej lokalnych systemów alarmowych. Taka zmiana SIWZ jest dopuszczalna w świetle art.59 pzp.

Odrębną natomiast kwestią pozostaje ocena oferty wstępnej Impel Security Polska spółki z o.o. w tym zakresie zważywszy treść przedstawionych w ofercie wstępnej propozycji usprawnienia i innowacji modelu ochrony obiektów zamawiającego. Owszem należy zgodzić się z zamawiającym, że nie określił formy, treści, sposobu przygotowania, czy kryterium oceny spełnienia przez wykonawców tego wymogu, tj. wymogu złożenia dokumentów zawierających propozycje usprawnienia i zastosowania rozwiązań innowacyjnych. Jednakże z samego literalnego brzmienia pkt 7.4f SIWZ z listopada 2007 wynika, że zamawiający oczekiwał przedstawienia dokumentów zawierających propozycje zmian, ulepszeń, unowocześnienia modelu ochrony. Audyt, który proponowała Impel Security Polska spółka z o.o. nie zawiera takich elementów. Wydaje się, że każdy z wykonawców w porozumieniu z zamawiającym, zakładając racjonalność tych przedsiębiorców, przed podjęciem jakiegokolwiek decyzji w przedmiocie usprawnienia, czy innowacji w pierwszej kolejności przeprowadziłby ocenę stanu bezpieczeństwa zamawiającego, co pozwoliłoby na wprowadzenie ewentualnych ulepszeń do dotychczasowego modelu ochrony, czy wprowadzenie nie wykorzystywanych do tej pory u zamawiającego metod. Tymczasem propozycja przedstawiona przez Impel Security Polska spółkę z o.o. sprowadzała się do oczywistej w sytuacji zamiaru wprowadzania innowacji konieczności przeprowadzenia audytu w sensie ustalenia stanu aktualnego i wyciągnięcia

wniosków. Natomiast ewentualne propozycje ulepszeń, nowości Impel Security Polska spółka z o.o. określiła w części nazwanej „faza końcowa” audytu jako „drobne zmiany” i „poważne zmiany - inwestycje”. Określenia te są ogólnikowe i nie przedstawiają żadnych propozycji oczekiwanych przez zamawiającego. Oceniając przedstawiony przez Impel Security Polska spółkę z o.o. dokument jako nie zawierający treści wymaganej przez zamawiającego KIO nie przekroczyła granic swobodnej oceny dowodów.

Zarzut dotyczący naruszenia art.188 ust.7 pzp był chybiony, gdyż przepis ten nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu z tej racji, iż wszedł w życie w dniu 12 października 2007, a wprowadzony został art.8 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 o zmianie ustawy pzp i niektórych innych ustaw (DzU z dnia 11 maja 2007, nr 82, poz.560). Natomiast z art.6 te same ustawy wynika, że do postępowań, jak niniejsze, wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Postępowanie w sprawie zamówienia WOSD spółki z o.o. wszczęte zostało w dniu 31 marca 2007, a więc art.188 ust.7 pzp nie znajdował zastosowania, gdyż przed tą datą nie wszedł w życie, a nawet nie był jeszcze uchwalony.

W poprzednim stanie prawnym będącym podstawą rozstrzygnięcia, czyli przed nowelą wprowadzoną ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 o zmianie ustawy pzp i niektórych innych ustaw (DzU z dnia 11 maja 2007, nr 82, poz.560) obowiązywała w postępowaniu o zamówienia publiczne zasada oceny dowodów na podstawie przekonania składu orzekającego wynikającego z, czy opierającego się na wszechstronnym rozważeniu materiału dowodowego (art.188 ust.6 pzp). Ta zasada pozwala na przyjęcie analogii zawartej w ustawie pzp do procesowej reguły dotyczącej oceny materiału dowodowego opisanej w art.233 kpc. Za przyjęciem, że ocena treści dokumentu przedstawionego przez Impel Security Polska spółka z o.o. nie odbiegała od oceny swobodnej świadczy to, że przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumentacja KIO nie naruszała zasad logiki i doświadczenia życiowego. Zamawiający w skardze przedstawił jedynie odmienne przekonanie w tym względzie i własną ocenę dokumentu złożone wraz z ofertą wstępną przez Impel Security

Polska spółkę z o.o. Natomiast nie wskazał przesłanek, które mogłyby skutkować przyjęciem, że naruszone zostały w/w reguły oceny materiału dowodowego. W tym miejscu przytoczyć należy poglądy zawarte w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 27 września 2002 w sprawie II CKN 817/00 (niepubl.) stwierdził, że „jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art.233 §1 kpc) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona”, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 w sprawie III CK 314/05, publ. Lex nr 172176, z którego wynika, iż do naruszenia przepisu art.233 §1 kpc mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów. Rozwinięciem i niejako uzupełnieniem powyższego jest teza wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 kwietnia 2006 w sprawie I ACa 1303/05, publ. Lex nr 214251 zawierająca stwierdzenia, że skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd przepisu art.233 §1 kpc wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu.

Dla oceny ofert wstępnych, także oferty Impel Security Polska spółki z o.o., nie jest istotne, czy zamawiający wskazał kryterium spełnienia wymogu opisanego w pkt 7.4f SIWZ. Wymóg przedstawienia dokumentu zawierającego propozycje innowacji zamawiający zawarł w specyfikacji, a oferenci obowiązani byli go spełnić. Zamawiający zdaje się nie pamiętać, że nie oczekiwał od oferentów konkretnych usprawnień i rozwiązań innowacyjnych opracowanych ściśle do swych potrzeb, a jedynie propozycji dających zamawiającemu orientację w tej materii i podstawę do podjęcia ewentualnych negocjacji w tych kwestiach w dalszej fazie postępowania.

Stąd pozbawione są znaczenia argumenty zamawiającego zmierzające prawie do uznania, że przedstawienie oferty dotyczącej innowacji było właściwie niemożliwe bez znajomości istniejących u zamawiającego rozwiązań. Zapraszając do składania ofert wstępnych nie było przecież zamiarem zamawiającego uzyskanie od oferentów konkretnych rozwiązań, bo gdyby tak było SIWZ co do przedmiotu zamówienia sporządzona zostałaby w zupełnie innych sposób. Użyte zaś w obu SIWZ określenie przedmiotu zamówienia odnoszące się do świadczenia usług doradztwa w zakresie bezpieczeństwa, w tym wyboru optymalnych rozwiązań organizacyjnych i technicznych ochrony osób i mienia świadczy o chęci ulepszenia posiadanego systemu ochrony. Zamieszczając w SIWZ pkt 7.4f zamawiający spodziewał się uzyskać informacje dotyczące ewentualnie funkcjonujących na rynku usług ochroniarskich nowych rozwiązań, czy ulepszeń, w których jako podmiot spoza branży nie był zorientowany. Zamawiający zdaje się na obecnym etapie postępowania bagatelizować treść SIWZ z listopada 2007, którą sam sporządził. Przedstawione w skardze stanowisko zamawiającego odnośnie pkt 7.4f SIWZ tak naprawdę przeczy samej idei zamieszczenia tego rodzaju wymogu w specyfikacji. Jeśli w istocie zamawiający nie był zainteresowany zapoznaniem się z możliwościami usprawnień modelu ochrony, jego innowacji, to niezrozumiałym jest w jakim celu przedstawił taki wymóg w SIWZ z listopada 2007 poprzedzającym złożenie ofert wstępnych. Za trafne w tym względzie należy uznać rozważania zawarte w odpowiedzi na skargę, a także stanowisko KIO zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

AD VI

Odnośnie zarzutów sformułowanych w tej części skargi powołać należy się na rozważania zawarte wyżej w AD IV, a dodatkowo stwierdzić, że nie ma przeszkód formalnych do odrzucenia oferty wstępnej Impel Security Polska spółki z o.o. W tym miejscu odwołać należy się do poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale z dnia 17 lipca 2003, III CZP 44/2003, publ. OSNC 2004/10/152, z którego wynika, że ustawa pzp nie określa zamawiającemu terminu do złożenia oświadczenia o odrzuceniu oferty. Oczywiście jest, że musi zostać ono złożone najpóźniej przed wyborem ofert. W tej sytuacji nakazanie zamawiającemu ponowne dokonanie ich oceny daje zamawiającemu możliwość oświadczenia o odrzuceniu ofert. Konieczność powrotu na tym etapie do oceny ofert wstępnych wynika stąd, że wykonawcy mogą składać protesty dopiero po dokonaniu czynności przez zamawiającego. W trybie postępowania negocjacji z ogłoszeniem zamawiający na podstawie art.57 ust.1 pzp obowiązany jest podjąć czynność polegającą na zawiadomieniu wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Natomiast po otrzymaniu ofert wstępnych i dokonanej ich klasyfikacji pod kątem odrzucenia zamawiający nie zawiadamia o wyniku tej czynności wykonawców. Zamawiający nie sporządza rankingu ofert wstępnych ani selekcji ofert najmniej atrakcyjnych, gdyż obowiązany jest zaprosić do negocjacji wszystkich wykonawców, których ofert nie odrzucił (art.58 pzp). W tej sytuacji nie występuje jeszcze okoliczność do wniesienia protestu bowiem zamawiający nie poinformował wykonawców o czynnościach podjętych w ramach oceny ofert wstępnych. Wniesienie więc protestu i w dalszej kolejności odwołania kwestionującego ocenę ofert wstępnych możliwe jest dopiero po wyborze oferty. Obowiązkiem zamawiającego jest zaproszenie do negocjacji wykonawców, a jego treść winna być identyczna dla wszystkich z wyjątkiem terminów ich prowadzenia z poszczególnymi wykonawcami. Jednakże brak zawiadomienia o czynności zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu klasyfikacji ofert wstępnych pod kątem ich odrzucenia powoduje, że wykonawcom nie biegnie termin do wniesienia protestów, ponieważ wymogiem ustawowym jest zaproszenie do negocjacji wszystkich oferentów, których ofert nie odrzucono. Odmienny pogląd prowadziłby do wniosku, że w tej sytuacji na wszelki wypadek każdy wykonawca winien byłby składać protest na czynność zamawiającego polegającą na zaproszeniu pozostałych wykonawców do negocjacji, co stałoby w sprzeczności z zasadą wynikającą z art.57 ust.4 pzp zaproszenia do negocjacji wykonawców, których oferty wstępne nie zostały odrzucone.

Na każdym bowiem etapie postępowania zamawiający winien był dokonać stosownych ocen wykonawców, a właściwie formy przedstawionych przez nich zgłoszeń pod kątem możliwości dopuszczenia poszczególnych wykonawców do dalszych etapów postępowania. Pierwsze badanie nastąpiło po złożeniu wniosków będących odpowiedzią na opublikowane przez zamawiającego ogłoszenie (art.57 ust.1 pzp). Drugie winno mieć miejsce po złożeniu ofert wstępnych (art.58 ust.1 pzp), trzecie po złożeniu ofert ostatecznych. Spełnienie przez poszczególnych wykonawców formalnych wymogów na poszczególnym etapie postępowania

dawało im możliwość udziału w dalszych. Zarówno bowiem po dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ogóle, jak i po badaniu ofert wstępnych tak zgłoszenia, jak i ofert wykonawców mogły podlegać odrzuceniu, co skutkowałoby wykluczeniem z udziału w dalszym postępowaniu. Ewentualne uchybienia na tych etapach postępowania pozostają w oczywistym związku z jego dalszym przebiegiem i mają wpływ na wynik postępowania. W tej sytuacji nawet te wstępne etapy postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, choć nie podlegają znacznym obostrzeniom formalnym, to jednak powołane wyżej przepisy pzp nakazują zamawiającemu kierować się wskazanymi przez siebie i w ogłoszeniu o zamówieniu i we wstępnej SIWZ kryteriami, co do których formułowania ustawa pozostawia zamawiającemu dużą dowolność, ale przede wszystkim nakazuje stosowanie i przestrzeganie reguł i sprawdzanie spełniania przez wykonawców postawionych wymogów. Podejmowanie przez zamawiającego tych czynności i ich skrupulatne prowadzenie wedle ustalonych przez siebie kryteriów wynika z obowiązku równego traktowania uczestników postępowania i zachowywania zasad uczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie fakt, że oferta wstępna Impel Security Polska spółki z o.o., jak i oferty innych wykonawców, zostały już ocenione nie stoi na przeszkodzie powtórzeniu tej czynności, gdyż istotą odwołań jest, że ich zasadność skutkuje koniecznością powtórzenia przez zamawiającego czynności wadliwych. W tej sprawie KIO na skutek odwołania przeciwnika skargi Lexpas spółki z o.o. stwierdziła uchybienia zamawiającego przede wszystkim na etapie oceny ofert wstępnych i w tym zakresie czynności należy powtórzyć. Proces zawierania umów w trybie postępowań prowadzonych na podstawie ustawy pzp dla ważnego zawarcia umowy musi być postępowaniem przeprowadzonym bez uchybień stąd w przypadku wystąpienia takich należy powtórzyć czynności, aby je wyeliminować. Dokonanie jedynie ponownej oceny ofert końcowych po pierwsze nie usunie uchybienia popełnionego na wcześniejszym etapie postępowania i w ten sposób zachwiana zostałaby cała procedura prowadzenia postępowania, które przebiegać winno etapami według ściśle określonej kolejności. Po drugie wobec braku możliwości ponownego zastosowania art.90 ust.1 pzp i stanowisku zamawiającego wobec propozycji cenowych Impel Security Polska spółki z o.o. trudno jest się spodziewać innego wyniku postępowania niż dotychczasowy. Jeszcze raz podkreślić należy doniosłość poprawności przeprowadzania poszczególnych etapów postępowania, gdyż od tej okoliczności zależy dalszy przebieg postępowania, a głównie liczba jego uczestników w kolejnych etapach, a w konsekwencji sam jego wynik. Jeśli bowiem na etapie oceny ofert wstępnych zamawiający dopuścił się uchybienia, to wszelkie kolejne etapy przeprowadzonego postępowania były obciążone tymże błędem. W tej sytuacji dla usunięcia wątpliwości zamawiającego co do zakresu czynności wymagających powtórzenia zaskarżony wyrok podlegał zmianie na podstawie art.198 ust.2 pzp tylko poprzez dokładniejsze sformułowanie sentencji orzeczenia, gdyż intencje KIO co do zakresu czynności podlegających powtórzeniu w sposób oczywisty wynikały z uzasadnienia orzeczenia. Jedynie wobec przedstawienia przez KIO wywodów dotyczących niemożności stosowania art.90 ust.1 pzp zamawiający mógł nabrać wątpliwości co do czynności, które winien podjąć, ale jak już wyżej wspomniano KIO nie może przewidzieć w jaki sposób zamawiający oceni oferty wstępne. Jeśli identycznie jak w już przeprowadzonym postępowaniu, to ponowne stosowanie wobec Impel Security Polska spółki z o.o. procedury wyjaśniającej jest wykluczone.

Wobec powyższego skarga zamawiającego w pozostałym zakresie jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art.198 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (DzU 19, poz.177 ze zm.).

O kosztach orzeczono na podstawie art.98 kpc i §11 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 w sprawie opłat za czynności radców prawnych ... (DzU nr 163, poz. 1349 ze zm.). Przepisy powołanego rozporządzenia ani ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (DzU 19, poz.177 ze zm.) nie przewidują stawek zastępstwa procesowego dla pełnomocników biorących udział w postępowaniach o zamówienia publiczne, a w tej sytuacji należy przyznać pełnomocnikowi procesowemu koszty zastępstwa stosowane w sprawach o najbardziej zbliżonym charakterze do niniejszej sprawy, w których przepisy rozporządzenia regulują wysokość stawki. Sprawy z zakresu skarg wnoszonych do sądów od rozstrzygnięć zespołów arbitrów najbardziej zbliżone są swym charakterem do rozstrzygnięć zapadających po rozpoznaniu skarg na orzeczenia sądów polubownych. Powołane wyżej rozporządzenie przewiduje koszty zastępstwa procesowego w sprawach o uchylenie wyroku sądu polubownego, które wynoszą 1.200zł, o czym na podstawie

w/w przepisów rozporządzenia orzeczono w punkcie 3 sentencji.

SSO Renata Norkiewicz

SSO Jolanta Waltrowska