

Sygn. akt **V Ca 3765/13**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lutego 2014 r.

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

Przewodniczący:	SSO Bożena Miśkowiec (spr.)
Sędziowie:	SSO Agnieszka Fronczak SSO Magdalena Majewska
Protokolant:	st. sekr. sąd. Aneta Obcowska

po rozpoznaniu w dniu 13 lutego 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i Komendy Głównej Policji

z udziałem (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. ,

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i (...) S.A. z siedzibą w W.

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt (...)

1. oddała obie skargi;

2. zasądza od każdego ze skarżących tj. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i Komendy Głównej Policji na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. , (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty po 1200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym .

Sygn. akt V Ca 3765/13

## UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla systemów: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...)”, prowadzonym przez Komendę Główną Policji w trybie przetargu nieograniczonego wykonawca (...) Spółka z o.o. złożył odwołanie wobec: dokonania wyboru oferty (...) Spółki z o.o. ; zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy (...); zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez (...) jaka oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu oraz zawierającej rażąco niską cenę; ewentualnie zaniechanie wezwania (...) w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił zamawiającemu

naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a), poprzez zaniechanie jego zastosowania względem wykonawcy (...), art. 89 ust. 1 pkt 5), poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez (...), art. 89 ust. 1 pkt 4), poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez (...), ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez (...). Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez (...), wykluczenia wykonawcy (...) ze względu na fakt, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a) Pzp i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu, odrzucenie oferty (...) jako zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie wezwanie (...) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyrokiem z dnia 22 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza

1. uwzględniła odwołanie, unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy (...) Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciążyła Komendę Główną Policji, ul. (...), (...)-(...) W.: 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę (...) Sp. z o.o., Al. (...), (...)-(...) W. tytułem wpisu od odwołania, 2.2. zasądziła od Komendy Głównej Policji, ul. (...), (...)-(...) W. na rzecz (...) Sp. z o.o., Al. (...), (...)-(...) W. kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń oraz rozważań poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący, w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego aukcji elektronicznej, złożył ofertę z drugą w rankingu ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział XIV SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą (z najniższą ceną) oraz odrzucenia tej oferty oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownej oceny ofert, a w konsekwencji mogłoby doprowadzić do wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę pierwotnie wybraną i odrzucenia tej oferty, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Zaproszenia do aukcji elektronicznej skierowanego do odwołującego z dnia 12 września 2013 r.
4. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych oraz o odrzuceniu jednej z ofert z dnia 25 września 2013 r.
5. Wezwania przez zamawiającego wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 18 września 2013 r.
6. Odpowiedzi wykonawcy (...) na ww. wezwanie.
7. Dokumentów przedłożonych na rozprawie przez odwołującego i przystępującego (...) Sp. z o.o. w tym Załącznika nr 4 do umowy z dnia 15 lutego 2013 r. nr (...),

8. Dokumentów przedłożonych na rozprawie przez przystępującego (...) Sp. z o.o.

9. Dokumentacji w sprawach o sygn. akt (...), (...) i (...) oraz o sygn. akt (...) i (...)

W ocenie KIO zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 a i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że zarzut ten nie jest zarzutem spóźnionym, ponieważ po pierwsze, z treści zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 12 września 2013 r. odwołujący nie mógł poznać informacji o innych niż on sam wykonawcach, którzy do tej aukcji zostali zaproszeni (wskazano liczbę wykonawców bez identyfikacji ich nazw), po drugie zaś, ponieważ wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w tym z wykorzystaniem aukcji elektronicznej o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania (a tym samym wykonawcach, którzy zostali dopuszczeni do aukcji elektronicznej) i o powodach tej decyzji zamawiającego dowiadują się dopiero z informacji zamawiającego przekazanej w trybie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Poinformowanie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert - przesłanie informacji o tych czynnościach stanowi obowiązek zamawiającego (art. 92) i rozpoczyna bieg terminu na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 (zależnie od sposobu przesłania informacji).

Nakładanie na wykonawców obowiązku zestawiania informacji (liczba wykonawców zaproszonych do aukcji, ceny ofertowe poszczególnych wykonawców - przed aukcją przewidziane kryterium oceny oferty, liczba punktów przyznanych wykonawcy, do którego skierowane jest zaproszenie, pozycja wykonawcy w rankingu ofert pierwotnych), ich analiz i wnioskowania o czynnościach/zaniechaniach zamawiającego nie znajduje umocowania w ustawie Pzp (zakłada także pełną prawidłowość działań zamawiającego, a nawet brak po stronie zamawiającego możliwości popełnienia omyłek).

Z tego względu skład orzekający zarzut rozpoznał.

KIO zaznaczyło, iż bezsporny był fakt odstąpienia w okresie 3 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. w dniu 9 kwietnia 2013 r.) przez obecnego zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 15 lutego 2013 r. nr (...) zawartej z wykonawcą (...) Sp. z o.o. (dalej nadal (...)) z powodu dostarczenia, w wykonaniu umowy, przez tegoż wykonawcę części zamówionych urządzeń niezgodnych z wymaganiami zamawiającego (tj. 12 szt. stacji dostępowych/zarządzających, 12 szt. stacji dokujących i 12 szt. monitorów) z powodu okoliczności, za które (...) ponosi odpowiedzialność (oraz zapłaty z tego tytułu kary umownej).

Dalej KIO podkreśliła, iż spór dotyczy tego, czy 5% wartości umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy, jak twierdzi odwołujący, odnieść do wartości rynkowej urządzeń, które miały być dostarczone, czy też do wartości tych urządzeń wskazanej w umowie, od której zamawiający odstąpił.

Skład orzekający Izby ustalił, że wartość urządzeń wskazana w umowie w jej Załączniku nr 4 (Specyfikacja ilościowo - cenowa) to 206 640,00 zł brutto w przypadku 12 szt. stacji dostępowych/zarządzających, 14 760,00 zł w przypadku 12 szt. stacji dokujących i 48 708,00 zł w przypadku 12 szt. monitorów - łącznie 270 108,00 zł. Całkowita wartość umowy wynosiła 6 990 000,00 zł.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że 5% wartości umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy odnieść do wartości urządzeń, które miały być dostarczone wskazanej w umowie, od której zamawiający odstąpił.

W słowniku definicji legalnych, zawartym w art. 2 ustawy Pzp, ustawodawca nie zawarł ani definicji „wartości niezrealizowanego zamówienia”, ani „wartości umowy”. Pojęcia te nie zostały także zdefiniowane w przepisach kodeksu cywilnego, które, z mocy na art. 14 ustawy Pzp, znalazłyby zastosowanie.

Ustawa Pzp w art. 2 pkt 13 definiuje natomiast pojęcie „zamówienia publicznego” jako „umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane” oraz definiuje pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia” jako „postępowania wszczynanego (...) w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego”, co uzasadnia twierdzenie, że zamówienie publiczne to po prostu umowa zawarta po przeprowadzeniu postępowania (postępowania uregulowanego przepisami Pzp). W konsekwencji zasadne jest także przyjęcie, że wartość niezrealizowanego zamówienia to wartość niezrealizowanej części umowy. Pojęcie „wartość umowy” jest powszechnie używane w obrocie i zrozumiale - pod pojęciem tym rozumie się, w szczególności w przypadku umowy na usługi, wysokość wynagrodzenia umownego wykonawcy. W umowie odpłatnej zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartość ta to cena oferty najkorzystniejszej, która podlega w każdym postępowaniu obligatoryjnej ocenie zamawiającego także pod kątem jej rażąco niskiego charakteru (art. 90 ustawy Pzp) i która także każdorazowo może być weryfikowana przez konkurencyjnych wykonawców.

W ocenie KIO za przyjęciem stanowiska, że 5% wartości umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy odnieść do wartości urządzeń, które miały być dostarczone wskazanej w umowie przemawia łatwość zastosowania i szybkość tego rozwiązania, co z perspektywy postępowania, w którym miałyby nastąpić wykluczenie wykonawcy jest istotne. Za takim stanowiskiem przemawia nadto brak przepisów ustawy Pzp, na podstawie których miałyby nastąpić ustalenie wartości urządzeń, które nie zostały dostarczone, tj. na przykład - jak proponował przystępujący - że miałyby to nastąpić w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne (odstąpienie od umowy musiałoby jednocześnie obligować zamawiającego do przeprowadzenia postępowania, co nie zawsze może okazać się potrzebne i celowe).

Uwzględniając powyższe, zdaniem KIO, wskazać należy, że wartość niezrealizowanej części umowy z dnia 15 lutego 2013 r. nr (...) zawartej z wykonawcą (...), tj. wartość 12 szt. stacji dostępowych/zarządzających, 12 szt. stacji dokujących i 12 szt. monitorów wynosi 270 108,00 zł i stanowiąc ok. 3,9 % nie przekracza 5% wartości tej umowy (6 990 000,00 zł), która obligowałyby zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z zajęтым stanowiskiem wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia rynkowej wartości niedostarczonych urządzeń skład orzekający Izby oddalił, uznając że pozostaje on bez znaczenia dla rozstrzygnięcia postawionego zarzutu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez (...) z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp, zdaniem KIO, zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie KIO zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia wykonawcy (...) złożone przy piśmie z dnia 20 września 2013 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 września 2013 r. skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Wątpliwości zamawiającego powstały wobec zaferowania przez (...) (w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej) ceny w wysokości 1 650 000,00 zł w sytuacji, gdy ceny pozostałych oferentów wynosiły 5 897 000,00 zł, 7 799 999,00 zł i 19 963 023,00 zł, a wartość szacunkowa zamówienia (bez VAT) to kwota 4 834 651,95 zł (pkt 2.2. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego), co po uwzględnieniu wartości podatku od towarów i usług daje kwotę 5 946 621,85 zł.

W swoich wyjaśnieniach (...) odwołał się do wartości uprzednio realizowanej przez siebie umowy na rzecz obecnego zamawiającego, obejmującej serwis urządzeń również dla systemów, jak w przedmiotowym postępowaniu (umowa nr (...)), której

prawidłowość wyceny miała dodatkowo potwierdzać wycena innej jeszcze umowy (umowa nr (...)).

Ponadto (...) wskazał, że sprawując serwis na podstawie umowy nr (...) dysponuje „stosowym” zapasem części zamiennych, których zakup, został sfinansowany z wynagrodzenia z umowy nr (...) stąd, o ile zachodzić będzie potrzeba zastosowania części zamiennych, wykorzysta części zamienne znajdujące się już w jego posiadaniu. Powołał się także na doświadczenie zdobyte w ramach świadczenia usług wsparcia w ramach poprzednio wykonywanej umowy, tj. umowy nr (...), które pozwala mu na precyzyjne oszacowanie kosztów koniecznych do uzupełnienia części zamiennych, jak i kosztów pracy.

Wykonawca (...) przyjął, że po jego stronie występują szczególnie korzystne warunków realizacji zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy (...) sprowadzają się do tego, że szczególnie korzystne warunki realizacji zamówienia wiąże on: ze zdobytym doświadczeniem:

- w kalkulacji cen na potrzeby umowy nr (...) i nr (...), zrealizowanych na rzecz obecnego zamawiającego, tj. doświadczeniem w kalkulacji cen pozwalających na realizację tych umów,

- w precyzyjnym oszacowaniu awaryjności sprzętu pozwalającym na precyzyjne oszacowanie kosztów serwisu,

z posiadaniem „stosownego” zapasu części zamiennych.

Zamawiający, kierując do (...) wezwanie z dnia 18 września 2013 r. oczekiwał, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość, z czym wiązać należy obowiązek wykonawcy do konstruowania wyjaśnień referujących do poszczególnych, co najmniej kluczowych elementów składających się na ceną zaoferowaną w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, przygotowując wyjaśnienia winien także wziąć pod uwagę mierniki oceny wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (obiektywne czynniki - oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej). Mierniki te zostały także wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 września 2013 r.

W ocenie KIO powoływanie się przez wykonawcę na sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla danego wykonawcy ma, z punktu widzenia oceny zaoferowanej ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru, znaczenie wówczas, gdy -zgodnie ze wskazówką ustawodawcy - są one wyjątkowe. Wyjątkowość tych warunków polegać może na tym, że są dostępne wyłącznie danemu wykonawcy albo choć tak nie jest, to jednocześnie wykonawca wykaże swoją „przewagę” nad innymi wykonawcami w tym aspekcie.

Dalej KIO podkreśliło, iż doświadczenia w prawidłowym kalkulowaniu cen ofertowych i szacowaniu awaryjności sprzętu, na jakie powołał się (...) nie można także odmówić pozostałym, profesjonalnym uczestnikom przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a fakt kalkulowania i realizacji podobnych zamówień na rzecz innych zamawiających nie czyni doświadczenia tych wykonawców mniej przydatnym.

Wykonawca (...) nie podał, jakimi częściami zamiennymi, w jakich ilościach dysponuje, jak ilości te mają się do zakładanego zapotrzebowania oraz jakie znaczenia przy kalkulowaniu ceny w przedmiotowym postępowaniu miał ten element.

KIO zauważa, że wykonawca (...) w ogóle nie powiązał wskazywanych przez siebie okoliczności z zaoferowaną przez siebie ceną, tj. nie wskazał, które okoliczności i jak - w sensie wartości, wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny.

Jest to tym bardziej istotne w postępowaniu, w którym cena oferty najkorzystniejszej odbiega tak drastycznie zarówno od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, jak i od - nie tylko wartości, ale wręcz poziomu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy wyjaśnienia, które wykonawca (...) złożył nie mogą zostać uznane za kompletne i wystarczające, dające zamawiającemu szansę na pozytywną weryfikację zaoferowanej ceny i jej ewentualnego zakwalifikowania jako ceny realnej pozwalającej na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy (...) Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp KIO pozostawiło bez rozpoznania, wobec złożenia przez odwołującego w toku rozprawy oświadczeniu o cofnięciu tego zarzutu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wniosli: (...) S.A. z siedzibą w W. oraz Komenda Główna Policji.

(...) S.A. z siedzibą w W. zaskarżył wyrok KIO w całości, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 90 ust. 3 ustawy poprzez przyjęcie, że wyjaśnienia Skarżącego z dnia 20 września 2013 r. dotyczące ceny ofertowej powinny odnosić się do poszczególnych elementów składających się na cenę ofertową, a w konsekwencji uznanie, że oferta Skarżącego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) art. 90 ust. 2 Ustawy poprzez pominięcie okoliczności mających wpływ na obniżenie ceny ofertowej Skarżącego, tj. udowodnienie w wyjaśnieniach Skarżącego z dniami 8 września 2013 roku, iż zaoferowana Zamawiającemu cena odpowiada cenom stosowanym, u Zamawiającego za te same usługi i ten sam sprzęt będących przedmiotem zamówień udzielanych w trybie Ustawy,

3) art. 90 ust. 2 Ustawy poprzez pominięcie okoliczności mających wpływ na obniżenie ceny ofertowej Skarżącego, tj. dostępnych Skarżącemu sprzyjających warunków wykonania zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez przyjęcie, że oferta Skarżącego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czego konsekwencją było nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Skarżącego;

W konkluzji skarżący wniósł o:

1) zmianę całości zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania Uczestnika (...) sp. z o.o. w W. z dnia 4 października 2013 r. (sygn. akt (...));

2) zasądzenie od Uczestnika (...) sp. z o.o. w W. na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych.

Komenda Główna Policji zaskarżyła wyrok KIO w całości, zarzucając mu:

1) naruszenie prawa materialnego: art. 192 ust. 7 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania na podstawie zarzutu, który nie został zawarty w odwołaniu;

2) naruszenie prawa materialnego: art. 190 ust. 7 poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, w tym oświadczeń i dowodów Skarżącego i (...) w zakresie braku możliwości uznania, iż (...) zaoferował rażąco niską cenę;

3) naruszenie prawa materialnego: art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż oferta (...) Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie ww. przepisu, pomimo niewykazania przez Odwołującego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

4) naruszenie prawa materialnego: art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie stanu faktycznego sprawy, w zakresie oceny treści wyjaśnień złożonych przez (...) Sp. z o.o.

Wskazując na podniesione zarzuty skarżący wniósł o:

1) uchylenie wyroku uwzględniającego odwołanie i nakazującego unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty (...) Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4, orzeczenie, co do istoty sprawy i oddalenie odwołania w całości, zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania w tym kosztów postępowania odwoławczego, wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Obie skargi podlegały oddaleniu wobec niezasadności zarzutów w nich podniesionych.

W przedmiocie skargi wywiedzionej przez Zamawiającego tj. Komendę Główną Policji Sąd Okręgowy zważył, iż skarżący bezzasadnie zarzucił, iż z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4, podczas gdy ze stron 10, 11 i 12 uzasadnienia wynika, iż rozpoznano i oceniono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w skład którego wchodzi także punkt 4. Podkreślenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty Spółki (...) z powodu zaferowania ceny rażąco niskiej zasługiwał na uwzględnienie wobec naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co jednoznacznie określiło podstawę motywów rozstrzygnięcia. Natomiast z sentencji wyroku, jego punktu 1. jednoznacznie wynika podstawa rozstrzygnięcia.

Nie sposób dopatrzeć się w pisemnych motywach rozstrzygnięcia okoliczności, które uzasadniałyby zarzut dotyczący oceny dowodów poczynionej przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazała dowody na podstawie których procedowała. Przy ocenie wyjaśnień złożonych przez przedstawiciela Spółki (...), KIO wywiodła okoliczności stojące u podstaw oceny przesłanek wskazanych przez tę Spółkę, które zasadnie uznała za nie wyczerpujące zobowiązania zamawiającego, a w szczególności za nie wykazujące, iż zaferowana cena nie jest rażąco niska. Ocenę tą, w istocie prowadzącą do uwzględnienia odwołania w tej części, Sąd Okręgowy podziela w całości negując zasadność zarzutu naruszenia art. 190<sup>2</sup> ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,

Nie znalazł akceptacji w sprawie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem nie sposób podzielić argumentacji zamawiającego, że złożenie przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w myśl ferowanej w tym zarzucie normy prawnej. Instytucja złożenia wyjaśnień służy bowiem możliwości wykonawcy dla wykazania, że jego oferta zawiera realną, możliwą do dotrzymania cenę, która nie jest rażąco zaniżoną. Skoro zamawiający uruchomił tę procedurę, Spółka (...) winna była wykazać wszystkie przesłanki umożliwiające ocenę kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie ma potrzeby powielania rozważań w tym przedmiocie, które są tożsame z oceną skargi drugiego skarżącego, o czym w poniższej części uzasadnienia.

Za okoliczność wyjątkową i korzystną dla wybranego oferenta zamawiający uznał jego doświadczenie, podnosząc jednocześnie, że odwołujący i przystępujący nie wykazali posiadania identycznego (...) Spółka (...) doświadczenia. Niezależnie od trafności tego zarzutu, z którym można polemizować, Sąd Okręgowy zważył, że ferowane doświadczenie nie znajduje odzwierciedlenia w cenie ofertowej, a jeśli miało w jej ustaleniu istotne znaczenie dla Spółki (...), to firma ta była zobligowana do wykazania w sposób umożliwiający ocenę tej okoliczności, czego zaniechał.

Rzeczywiście Spółka (...) złożyła oświadczenie, że nie przewiduje wykupienia wsparcia producenta sprzętu, zaś pozostali wykonawcy oświadczyli, że będą korzystali z takiego wsparcia. W istocie ten element obniża koszt wykonania zamówienia, cenę oferty, ale właśnie po to zamawiający zobligował Spółkę (...) do złożenia wyjaśnień, aby firma ta odniosła poszczególne elementy swej oferty do wskazanej w niej ceny. Tymczasem wykonawca ten nie odniósł swych wyjaśnień m. in. do aktualnie podnoszonej oszczędności i jej skali z tego tytułu.

Wbrew skarżącemu Spółki (...), z wezwania zamawiającego skierowanego do tej firmy, jednoznacznie wynikało, że zakresem żądania wyjaśnienia objęto „elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny”. To nie na zamawiającym spoczywał obowiązek wskazania, które z części oferty budzą jego wątpliwości, lecz rzeczą Spółki (...) było wywiedzenie,

że wszystkie pozycje składające się na oferowaną cenę są w istocie realne. Zamawiający bowiem przedstawił skarżącemu, iż jego działanie polegające na uzyskaniu wyjaśnień wykonawcy, zmierza do ustalenia, czy oferta tego podmiotu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego Spółka (...) pozostaje w błędzie, podejmując próbę przerzucenia swej odpowiedzialności na zamawiającego. Spółka (...) jest profesjonalistą, zatem winna podjąć w ramach wyjaśnień takie dowodowe czynności, aby wykazać zamawiającemu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czego skarżąca spółka zaniechała. Nie sposób bowiem, co zasadnie oceniła Krajowa Izba Odwoławcza, z wyjaśnień skarżącego wywieść, skąd taka duża dysproporcja pomiędzy oferowaną przez niego ceną, a cenami zamawiającego i pozostałych wykonawców.

Nie sposób uznać, do czego zmierza skarżący, że zamawiający wymagał od niego jedynie uzasadnienia zaoferowanej ceny, skoro z treści zobowiązania sporządzonego przez Komendę Główną Policji 18 września 2013 r. nie sposób takiej konstatacji wywieść.

Zupełnym nieporozumieniem jest w ocenie Sądu Okręgowego powołanie przez skarżącą Spółkę umowy od której zamawiający odstąpił i powołanie oszczędności w pozostałych częściach. Oszczędności, które być może uzyskała Spółka w ramach tamtej tj. innej relacji zobowiązaniowej. Jednak w aspekcie przedmiotowej oferty skarżącego i żądania wyjaśnień, Spółka (...) zobowiązana była do uwzględnienia rzeczywistych swych kosztów i realnej ich oceny, czego zaniechała. Pojęcie „ceny stosowanej u zamawiającego”, w sytuacji gdy zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są jednoznaczne w tym przedmiocie, jest błędne, albowiem każde postępowanie w przedmiocie zamówienia publicznego jest odrębne, a jego ocena jednostkowa. Co istotne, to w ramach drugiego zarzutu skargi, Spółka (...) błędnie wskazała datę pisma, gdyż w dniu 18 września 2013r. nie udzieliła zamawiającemu wyjaśnień.

W wyjaśnieniach skierowanych do zamawiającego w dniu 20 września 2013 r. skarżąca Spółka powołała swe doświadczenie, umożliwiające jej precyzyjne oszacowanie awaryjności sprzętu i precyzyjne oszacowanie kosztów, które będzie musiała ponieść w ramach świadczenia usług serwisowych, podczas gdy w uzasadnieniu skargi powołała swą możliwość li tylko szacowania prawdopodobieństwa charakteru i liczby awarii oraz ustalenia potencjalnego zbioru części zamiennych koniecznych do usunięcia awarii. Zatem w ocenie Sądu Okręgowego nie sposób przyjąć, że wyjaśnienia dające de facto przepustkę do dalszego toku postępowania, otworzyły tę drogę skarżącej. Spółka ta została zobligowana przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, de facto umożliwiających ocenę wskazanej w ofercie ceny, czemu skarżąca nie podolała, odnosząc swe wyjaśnienia do ogólników pomimo, że intencja zamawiającego, co wynika z treści jego wezwania, była jednoznaczna i zmierzała do odniesienia do elementów oferty wpływających na cenę.

Podkreślenia także wymaga, że powołanie przez Spółkę (...) cen realizacji innych umów, wykonywanych we wcześniejszym okresie, które po pierwsze były wyższe od ceny ofertowej, a po wtóre w ocenie Sądu Okręgowego takie porównanie nie jest miarodajne, bowiem oczywistym jest iż z upływem czasu, ceny usług ulegają zwykle, nie zaś obniżeniu. Każdy z wykonawców, których oferty podlegały ocenie, niewątpliwie posiada doświadczenie w serwisowaniu właśnie takiego sprzętu, którego dotyczył przedmiot zamówienia publicznego. Zatem nie można przyjąć gradacji, co próbuje uczynić skarżący i wywieść korzystne dla niego warunki z przyporządkowania przedmiotu zamówienia publicznego na sprzęt tego zamawiającego lub sprzęt innych zamawiających. Bezsprzecznie bowiem sprzęt tego rodzaju, konkretnego producenta, o określonych parametrach, pozostaje tym samym sprzętem, niezależnie od tego gdzie został zamontowany i który podmiot z niego korzysta. Awaryjność więc danego sprzętu, nie jest zależna od tego u którego zamawiającego jest on użytkowany, lecz z reguły wynika z natężenia eksploatacji i jego właściwości.

Wskazana przez skarżącego oszczędność części serwisowych pozostałych z realizacji innych umów, w ocenie Sądu Okręgowego nie stanowi, że są one bez wartości, a także, że zostaną darowane zamawiającemu. Mają one bowiem wartość i to nie odbiegającą od wartości części tego typu, a jeśli zostały nabyte wcześniej za kwoty niższe niż aktualnie obowiązujące, skarżąca Spółka winna wykazać taką okoliczność, czego nie uczyniła przez pryzmat ilości, rodzaju, wartości.



Na stronie 8 skargi, Spółka (...) feruje stanowcze stwierdzenie, że po jej stronie jako najkorzystniejszego oferenta z uwagi na bazę komponentów, nie będzie istniała konieczność zakupu nowych komponentów sprzętowych. Takie oświadczenie stoi w sprzeczności z twierdzeniami skarżącego zawartymi na stronie 4 tego środka zaskarżenia.

Reasumując Sąd Okręgowy zważył, że przesłanka rażąco niskiej ceny w istocie w ofercie Spółki (...) wystąpiła, a złożone przez skarżącą wyjaśnienia nie uzasadniły, nie wykazały, realnej wartości oferty, ani też nie zawierały powiązania ceny z poszczególnymi elementami tej oferty.

W toku postępowania skargowego trzy strony złożyły wnioski dowodowe, przy czym wnioski zawarte w odpowiedzi na skargę zostały cofnięte w toku rozprawy. Natomiast wnioski dowodowe zgłoszone w skardze Spółki (...) nie zostały uwzględnione z wyjątkiem pisma zamawiającego i wyjaśnień skarżącego, które znajdują się w dokumentacji podlegającej ocenie. Pozostałe dokumenty jako dowody spóźnione, nie mogły zostać uwzględnione, bezsprzecznie bowiem mogły zostać zawnioskowane i poddane ocenie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto, co istotne, etap postępowania przed sądem, nie służy konwalidowaniu zaniechania wykazania okoliczności, które winny zostać szczegółowo zawarte w wyjaśnieniu skarżącego sporządzonym 20 września 2013 r.

Natomiast w zakresie nie uwzględnionych wniosków dowodowych zamawiającego, po pierwsze nie ma dowodu z akt, a po wtóre wniosek dowodowy winien być precyzyjnie sformułowany aby z jego treści wynikał dowód z dokumentu, który chce powołać wnioskujący. Dowód z zeznań świadków na okoliczność podstawy prawnej rozstrzygnięcia w czasie ogłoszenia wyroku, jako chybiony, podlegał oddaleniu. Z wyroku wynika orzeczona podstawa uwzględnionego odwołania, a co ważne, dowód z zeznań świadków przeciwko treści dokumentu urzędowego nie mógł zostać uwzględniony. W związku z ograniczeniem dowodowym z art. 247 k.p.c., dowód z przesłuchania świadków jest dopuszczalny, gdy jest to konieczne dla dokonania wykładni oświadczeń woli, gdyż dowody te nie są w takim wypadku skierowane przeciwko osnowie dokumentu, a jedynie mają posłużyć ustaleniu woli stron w drodze wykładni, co nie miało miejsca w aspekcie powołanego wniosku dowodowego

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 385 k.p.c. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zapadło w oparciu o dyspozycję § 10 ust. 1 pkt. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.