

Sygn. akt: KIO 2884/12

## WYROK

z dnia 15 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez wykonawcę: **Trapeze Switzerland GmbH, Neuhausen, Industrieplatz 3, CH-8212 Neuhausen am Rheinfall, Szwajcaria** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (31-586), ul. Centralna 53**

przy udziale wykonawcy: **Indra Sistemas S.A., Avenida de Bruselas 35, Alcobendas, 28108, Madryt, Hiszpania** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (31-586), ul. Centralna 53 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Trapeze Switzerland GmbH, Neuhausen, Industrieplatz 3, CH-8212 Neuhausen am Rheinfall, Szwajcaria, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (31-586), ul. Centralna 53** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Trapeze Switzerland GmbH, Neuhausen, Industrieplatz 3, CH-8212 Neuhausen am Rheinfall, Szwajcaria** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (31-586), ul. Centralna 53** na rzecz wykonawcy: **Trapeze Switzerland GmbH, Neuhausen, Industrieplatz 3, CH-8212 Neuhausen am Rheinfall, Szwajcaria** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2884/12**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania: „*Kontrakt na Rozbudowę Systemu Zarządzania Transportem Publicznym w Krakowie (TTSS) – Etap I – Rozwój systemu centralnego wraz z dostawą interfejsów do wymiany danych*” zostało wszczęte przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 90-148102) w dniu 11 maja 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniósł wykonawca: Trapeze Switzerland GmbH, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż nie zawierała ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzać miały złożone przez Odwołującego wyjaśnienia. Działanie takie stanowiło, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 93 ust. 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, mimo że cena najkorzystniejszej oferty (tj. Odwołującego) nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Nadto, niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Naruszenie to miało się przejawiać w zaniechaniu zawarcia w wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnego żądania podania szczegółów dotyczących składowym elementów jego oferty, które uważa za istotne.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpił w dniu 31 grudnia 2012 r., wykonawca: Indra Sistemas S.A. zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępującym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Izba oddaliła opozycję wniesioną przez Odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy: Indra Sistemas S.A. Izba uznała, iż w okolicznościach sprawy, nie zostało udowodnione, iż wykonawca ten nie posiadał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, po którego stronie przystąpił. Okoliczność ta pozwoliła Izbie powołaną opozycję oddalić.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentów przywołanych przez Odwołującego. Uznała bowiem, iż zostały one powołane jedynie dla zwłoki w postępowaniu. W rozpoznawanej sprawie odwołujący zobowiązany był wykazać, iż na właściwym etapie postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnił w sposób wystarczający w rozpoznawanym przypadku, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stąd też powoływanie przez Odwołującego nowych dowodów na etapie postępowania odwoławczego, mających wykazać racjonalność dokonanej w ofercie kalkulacji ceny uznać należało za działanie spóźnione, a tym samym prowadzące jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 4 900 000 zł netto.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia czterech wykonawców złożyło mu swoje oferty – cena zaoferowana przez Odwołującego była najniższa – po uwzględnieniu podatku VAT wynosiła 3 072 270,63 zł, podczas gdy pozostali wykonawcy zaoferowali następujące ceny: 8 999 977,72 zł, 17 421 947,55 i 9 821 347,86 zł. Mając to na uwadze, Zamawiający wobec oferty złożonej przez Odwołującego powziął wątpliwości czy nie zawiera ona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dlatego też pismem z dnia 4 grudnia 2012 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Odwołujący takie wyjaśnienia zawarł w piśmie z dnia 11 grudnia 2012 r.

Zamawiający, pismem z dnia 18 grudnia 2012 r., poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp oferty złożonej przez Odwołującego, a także o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty w części znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba przyjęła, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego. Tym samym Odwołujący może wobec działań podejmowanych przez Zamawiającego formułować zarzuty naruszenia jedynie przepisów ustawy Pzp. Nazbyt daleko idącym byłoby zarzucanie Zamawiającym naruszenia tylko i wyłącznie przepisów dyrektyw, których implementację ma stanowić właśnie ustawa Pzp. Dlatego też Izba uznała, iż nie zasługuje na uznanie zarzut naruszenia art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE. Co ważne Odwołujący wobec czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp nie podnosił naruszenia przez Zamawiającego żadnego z przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, iż Zamawiający odrzucając ofertę złożoną przez Odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Analiza złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnień odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pozwala, w ocenie Izby, stwierdzić, iż wykonawca ten

w sposób wystarczający w okolicznościach tej konkretnej sprawy uzasadnił zaferowanie ceny na poziomie ujawnionym w złożonej przez niego ofercie. Wskazał on bowiem na indywidualnie korzystne dla niego okoliczności uzasadniające takie działanie w stopniu wystarczająco szczegółowym dla Zamawiającego. Przywołał on w szczególności inny niż w przypadku pozostałych wykonawców zakres oferty (obejmowała ona jedynie aktualizację oprogramowania już działającego u Zamawiającego w istniejących tablicach i komputerach pokładowych), w tym również fakt nieuwzględnienia w ofercie wykonania monitoringu wizyjnego. Okolicznością ostatecznie uwiarygodniającą te wyjaśnienia, było stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w toku rozprawy przed Izbą. Potwierdził on w sposób jednoznaczny, iż fakty, na które powoływał się w złożonych mu wyjaśnieniach są mu znane, co Izba uznała za ich przyznanie. Pozwoliło to Izbie uznać, iż Odwołujący w sposób dostatecznie szczegółowy, na potrzeby tego właśnie Zamawiającego, w tym konkretnym przypadku, sporządził wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zastrzeżenia wymaga, iż Zamawiający w toku rozprawy próbował wykazać, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na pominięcie w niej elementów, które w ocenie Zamawiającego, powinny znaleźć się tam obligatoryjnie. Izba uznała, iż etap postępowania odwoławczego nie jest właściwym dla formułowania nowych zarzutów wobec oferty Odwołującego. Nie przesądzając o ich zasadności na etapie tego postępowania odwoławczego, Izba wskazuje jedynie, iż twierdzenia takie powinny zostać zawarte, o ile Zamawiający uznaje je za słuszne, w piśmie z dnia 18 grudnia 2012 r. Formułowanie ich w toku postępowania przed Izbą uznać należy za działanie spóźnione. Zauważyć przy tym należy, że nakazanie przez Izbę Zamawiającemu ponownego badania ofert umożliwi mu rozpatrzenie możliwości zarzucenia Odwołującemu powołanej niezgodności. Wskazać tu należy, iż takie działanie Zamawiającego, o ile uzna on je za uzasadnione i je podejmie, będzie mogło podlegać rozpoznaniu przez Izbę. Z uwagi na przywołany powyżej art. 192 ust. 7 ustawy Pzp i obowiązek rozpoznania odwołania w granicach zarzutów w nim zawartych Izba na obecnym etapie nie była władna rozstrzygać o słuszności stanowiska Zamawiającego w tym właśnie zakresie.

Za oczywistą omyłkę Izba uznała przywołanie przez Odwołującego jako przepisu, który miał zostać naruszony poprzez nieprawidłowe unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Z okoliczności sprawy, a co istotne z samego odwołania i jego uzasadnienia wynika w sposób oczywisty, iż Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. W świetle powyższego

Izba stwierdziła, że zostało wykazane przez Odwołującego, iż Zamawiający naruszył powołany przepis, a unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w świetle granic rozpoznania obecnie rozstrzyganych zarzutów, z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert oraz wysokości cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, było przedwczesne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....