

Sygn. akt: KIO 400/15

WYROK
z dnia 16 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EOS KSI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EOS & M. W. Kancelaria Prawna Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy udziale:

- wykonawcy Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy „Koksztyś” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EOS KSI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EOS & M. W. Kancelaria Prawna Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EOS KSI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EOS & M. W. Kancelaria Prawna Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EOS KSI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz EOS & M. W. Kancelaria Prawna Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Usługa windykacji należności handlowych*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014 /S 134-241584 z dnia 16 lipca 2014 roku.

2 marca 2015 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego – dokonanie i zaniechanie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie Usługa windykacji należności handlowych w zakresie zadania nr 1 i 2 obejmujące:

- badanie i ocenę ofert,
- zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofert złożonych przez Wykonawców Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy w zakresie zadania nr 1 i 2, oraz KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa w zakresie zadania nr li 2;
- zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy w zakresie zadania nr 1 i 2, oraz KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa w zakresie zadania nr 1 i 2 z powodu ich niezgodności z ustawą, niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zawierających błędy w obliczeniu ceny oraz z powodu nieważności na podstawie odrębnych przepisów;
- wybór, jako najkorzystniejszej, w zadaniu nr 1 - oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa, a w zadaniu nr 2 - oferty Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy, podczas gdy oferty te podlegają odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez jego błędne zastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa, a w zadaniu nr 2 - oferty Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy, podczas gdy oferty te podlegają odrzuceniu,
2. art. 90 ust. 1 ustawy przez jego nie zastosowanie i nie zwrócenie się do Wykonawców KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa i Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy, podczas gdy istnieje uzasadniana wątpliwość, że zaoferowane przez tych wykonawców ceny podczas aukcji elektronicznej są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. naruszenie:
 - a) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 i art. 91 ust. 2 ustawy oraz w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. 2014r., poz. 915),
 - b) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
 - c) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm. - dalej uznk),
 - d) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy,
 - e) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy,
 - f) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 kcprzez zaniechanie ich zastosowania i zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa i Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy w zadaniach nr 1 i 2, którzy to Wykonawcy złożyli podczas aukcji elektronicznej oferty, które nie zawierają cen w rozumieniu ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług a więc są niezgodne z ustawą Pzp, są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak uwzględnienia w cenie brutto wszystkich kosztów i wydatków związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz należności publicznoprawnych, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji gdyż złożenie takich ofert jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także zawierają ceny poniżej kosztów świadczenia usługi, zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zawierają błąd w obliczeniu ceny, gdyż w cenie brutto nie została uwzględniona należność publicznoprawna i są nieważne

na podstawie przepisów ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług oraz przepisów kodeksu cywilnego

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawców KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa i Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy w zadaniach nr 1 i 2 z powodów określonych w art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 6 i 8 ustawy, unieważnienie postępowania względnie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający podjął lub zaniechał wskazane czynności w dniu 19.02.2015r. powiadamiając o nich Odwołującego za pośrednictwem faxu. Odwołanie jest wnoszone w dniu 02.03.2015r., a więc z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając normę zawartą w art. 115 kc. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym WE 2014/S 134-241584.

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako Wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w obu zadaniach. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę na skutek braku uzyskania przedmiotowego zamówienia i możliwości jego realizacji. W tym miejscu podkreślić należy, iż KIO niejednokrotnie wskazywała, iż Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej w szerokim rozumieniu, ponieważ wskazując na ewentualne wady postępowania, dąży do doprowadzenia go do zgodności z przepisami (np. wyrok KIO z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 870/09). W sytuacji bowiem, w której w postępowaniu, tak jak w przedmiotowej sprawie, zachodzi taka okoliczność, która uniemożliwia podpisanie umowy i udzielenie zamówienia, bowiem zostaje wypełniona któraś z przesłanek z art. 93 ust. 1 ustawy, wskazujących na obowiązek unieważnienia postępowania, odwołujący w dalszym ciągu - przynajmniej potencjalnie - ma szansę na uzyskanie zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z dnia 30 grudnia 2011 r. sygn. akt 2702/11: *Izba opowiada się za szerokim rozumieniem interesu (faktycznego i prawnego) we wniesieniu odwołania. co wyraża się m. in. w przyjęciu. iż w świetle art. 179 ust. 1 ZamPubiU wykonawca jest uprawniony. aby domagać się unieważnienia postępowania, co umożliwi mu*

ubieganie się o udzielenie zamówienia w kolejnym postępowaniu (o ile zostanie wszczęte). Przez "dane zamówienie", do którego odnosi się komentowany przepis, należy bowiem rozumieć nie przedmiot konkretnego postępowania, lecz dostawę/usługę/robotę budowlaną, która zamawiający chce na podstawie umowy o zamówienie publiczne nabyć.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W dniu 19 lutego 2015 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonanym wyborze ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Usługę windykacji należności handlowych w zakresie zadań nr 1 i 2.

Wyboru najkorzystniejszych ofert, Zamawiający dokonał w oparciu o przeprowadzoną w dniu 27.12.2014r., aukcję elektroniczną.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.11.2014r. w sprawie KIO 2390/14 i 2391/14, Zamawiający został zobowiązany do przeprowadzenia aukcji przy zastosowaniu stawki kwotowej, a nie jak poprzednio uczynił procentowej, w zakresie oferowanego wynagrodzenia przy odzyskaniu wierzytelności w trybie przedsądowym. Zgodnie bowiem z postanowieniami SIWZ, wynagrodzenie Wykonawcy zostało podzielone na dwa elementy: 1) wynagrodzenie należne za odzyskanie wierzytelności w trybie polubownym - bez konieczności wytoczenia powództwa oraz 2) wynagrodzenie należne w razie odzyskania wierzytelności na drodze postępowania sądowego, przy czym w tym przypadku wynagrodzenie miała stanowić kwota zasądzona i odzyskana od dłużnika.

W związku z tak ukształtowanym wynagrodzeniem, jedynym kryterium oceny ofert była cena wynagrodzenia należnego za odzyskanie wierzytelności w trybie polubownym. Zamawiający przeprowadził już jedną aukcję, która została unieważniona z uwagi na zastosowanie podczas niej miernika, który jest niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych i ustawą o informowaniu o cenach towarów i usług.

W toku aukcji, Wykonawcy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Spółka Komandytowa i Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy zaoferowali ceny po 1 grosz za wyegzekwowanie należności na etapie polubownym. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z treścią ogłoszenia rozdział IV.2.2. pkt 9 lit. e) i treścią Umowy par. 9 ust. 1 wynagrodzenie to powinno obejmować wszystkie koszty i wydatki niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz należny podatek od towarów i usług naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący podnosi, że zaoferowanie cen na poziomie 1 grosza za wykonaną usługę odzyskania wierzytelności w drodze postępowania polubownego, jest niezgodne z ustawą,

treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oznacza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a także zawiera błąd w obliczeniu ceny i jest nieważna z mocy prawa na podstawie art. 58 kc.

W zakresie zarzutu dot. zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i braku odrzucenia oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wskazano powyżej, obaj Wykonawcy zaoferowali wykonanie usługi za kwotę 1 grosz. Odwołujący podnosi, że taka cena musiała wywołać u Zamawiającego uzasadnione podejrzenie i wątpliwość, że jest ceną rażąco niską i że za taką cenę nie da się wykonać przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że cena rażąco niska odnosi się do całego przedmiotu zamówienia. Cytując za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 2578/12, KIO 2594/12: „Cena rażąco niska jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za która wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe.” Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.” Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

W przedmiotowej sprawie niezwykle istotny jest aspekt, że usługa będzie rozliczana „kosztorysowo” tzn. Wykonawca będzie miał płacone za konkretnie zrealizowaną sprawę. W związku z powyższym pomimo, że cenę rażąco niską należy odnosić do całego przedmiotu zamówienia, to w realiach tej konkretnej sprawy istotne znaczenie mają zaoferowane ceny jednostkowe, gdyż to w oparciu o nie będzie rozliczana usługa. Istotnym jest również fakt, że Zamawiający, w par. 13 Umowy wymaga osiągnięcia 25% wskaźnika skuteczności tj. odzyskiwania wierzytelności na drodze postępowania polubownego. Oznacza to, że 25% kwot odzyskanych, winno być wynikiem postępowania polubownego. W zakresie wynagrodzenia za sprawy sądowe, wskazać należy, że kwestia ta nie winna być w ogóle brana pod uwagę w przedmiotowej sprawie, gdyż są to kwestie przyszłe i uzależnione od czynników zewnętrznych - Sąd i dłużnik.

Oznacza to, że jedyna cena kształtowana przez Wykonawcę w tym postępowaniu to cena za usługę windykacji w trybie polubownym.

Należy uznać za notoryjność, nie wymagającą żadnego dowodzenia, że cena 1 grosz za taką usługę daje podstawy przypuszczać, że jest to cena rażąco niska nie pozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie bowiem, aby uzyskać zwrot długu w trybie polubownym niezbędnym jest chociażby wysłanie jednego listu za zwrotnym potwierdzeniem odbioru do dłużnika lub przeprowadzenie chociażby jednej rozmowy telefonicznej. Czynności te oprócz oczywistych kosztów pocztowych czy telekomunikacyjnych muszą wiązać się z zaangażowaniem osoby, która te czynności wykona. Przyjmując powyższe, uznać należy, że nie ma możliwości wykonania usługi w cenie 1 grosz, przy czym warte odnotowania jest również to, że cena 1 grosz została zaoferowana za odzyskanie należności w każdym przedziale wskazanym przez Zamawiającego, a więc zarówno w stosunku do dłużnych kwot na poziomie do 1000 zł, jak i tych opiewających na powyżej 100.000 zł.

Abstrahując od powyższego wskazać również należy, że cena ta powinna uwzględniać zysk, co przy stawce 1 grosz jest całkowicie niemożliwe.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią ustawy Pzp, niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nieważną na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy ilekroć w ustawie jest mowa cenie - należy przez to rozumieć cenę

w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915).

W ustawie o informowaniu o cenach towarów i usług wskazano natomiast:

Art. 3.1. Użyte w ustawie określenia oznaczają:

- a) *cena - wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę;*
- b) *cena jednostkowa towaru (usługi) - cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach;*
- c) *przedsiębiorca - podmiot, o którym mowa w art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672, z późn. zm.);*
- d) *towar - rzecz, również energię oraz prawa majątkowe zbywalne;*

e) usługa - czynność świadczoną odpłatnie, wymienioną w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej.

2. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena w rozumieniu, jakim przedstawiono powyżej. Dodatkowo Zamawiający jednoznacznie w treści specyfikacji i projekcie umowy wskazał, że zaoferowana cena ma uwzględniać wszystkie koszty oraz niezbędne podatki, co zresztą wynika z definicji ceny.

Cena zaoferowana przez obu Wykonawców nie odpowiada definicji ceny bowiem z całą pewnością w cenie 1 grosza nie może być zawarty chociażby podatek od towarów i usług. Nie ma nawet możliwości wyliczenia takiego podatku.

Powyższe oznacza, że oferta taka nie zawiera de facto ceny w rozumieniu wskazanych przepisów co oznacza, że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż z pewnością nie uwzględnia wszystkich kosztów i wydatków związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, przez cenę brutto należało rozumieć cenę zaoferowaną w ramach postępień w toku aukcji elektronicznej.

Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z art. 58 kc czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna z mocy prawa. Jak wskazano powyżej cena 1 grosz jest niezgodna z ustawą i ustawą o informowaniu o cenach towarów i usług, stąd zaoferowanie takiej "ceny" należy uznać za sprzeczne z prawem, co w konsekwencji oznacza, że oferty te są nieważne z mocy samego prawa, a ewentualny wyrok w tej sprawie miałby charakter deklaratoryjny.

W zakresie zarzutu dot. złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji

Jak wskazano powyżej, w ocenie Odwołującego, obaj Wykonawcy złożyli w toku aukcji elektronicznej oferty zawierające rażąco niską cenę. Niezależnie od tego, że zaoferowane ceny są niezgodne z przepisami ustawy, treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nieważne na mocy kodeksu cywilnego to niewątpliwie ich złożenie stanowiło również czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk:

Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (...).*

Jak wskazano powyżej, cena 1 grosz z całą pewnością nie może pokrywać kosztów wykonania usługi polegającej na konieczności chociażby wysłania listu poleconego czy wykonaniu telefonu do dłużnika. Jeszcze raz podkreślić należy, że ceną w przedmiotowym postępowaniu oraz określoną w umowie jest cena za wyegzekwowanie należności w drodze postępowania polubownego i jest ona zależna od ilości przeprowadzonych postępowań. Nie ma więc możliwości „ukrycia” ceny w innych pozycjach. Jak zresztą wskazano w treści Umowy, cena ma zawierać wszystkie koszty i wydatki oraz wszystkie obciążenia podatkowe, co powoduje, że każda cena jednostkowa musi odzwierciedlać rzeczywisty koszt „wytworzenia usługi”. W zakresie naruszenia art. 3 uznk wskazać należy, że zaferowanie ceny na poziomie 1 grosz jest z pewnością sprzeczne z prawem, co wykazano w uzasadnieniu powyżej. Stąd oferty tych Wykonawców winny zostać odrzucone.

W zakresie zarzutu dot. błędu w obliczeniu ceny

W ocenie Odwołującego zaferowanie ceny 1 grosz zawiera błąd w obliczeniu ceny. Przy takiej stawce wynagrodzenia nie jest możliwe zastosowanie obowiązującej 23% stawki podatku VAT, w związku z czym wyliczenie zaferowanej ceny należy uznać za błędne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 marca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Odwołujący złożył w ofertę oraz w odwołaniu kwestionuje oferty wykonawców, które w wyniku aukcji, w zakresie zarówno zadania nr 1 (miejsce 1 --„Kokszys” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k z siedzibą we Wrocławiu, miejsce 2 - Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy w Warszawie) i zadania nr 2 (miejsce 1 - Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy w Warszawie, miejsce 2 - „Kokszys” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k z siedzibą we Wrocławiu) uplasowały się na miejscu pierwszym i drugim.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj.: wykonawcę Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy w Warszawie oraz wykonawcę „Kokszys” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k z siedzibą we Wrocławiu. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 3 marca 2015 roku; po drugie, że zgłoszenia przystąpień wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 6 marca 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenia przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopie zostały przekazane Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu

z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron ograniczył zarzuty podniesione w odwołaniu i wycofał zarzuty odwołania zawarte w pkt 3 ppkt 1, 2, 5 i 6 odwołania. Odwołujący wskazał, że kwestionowaną przez niego jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 i 2, którą to Zamawiający upublicznił 19 lutego 2015 r.; Odwołujący kwestionuje zaniechanie Zamawiającego wezwania do zgłoszenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w wyniku przeprowadzenia aukcji, jednocześnie nie kwestionuje samego przeprowadzenia aukcji.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W wydanym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2390/14 i KIO 2391/14, Izba zważyła:

Zamawiający nie uwzględnił jednak dyspozycji art. 91a ust. 3 ustawy Pzp, że kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Takim jedynym kryterium jakie wyznaczył

zamawiający w tym postępowaniu (ogłoszenie) była najniższa cena - nie w znaczeniu prowizji, a w znaczeniu nadanym art. 2 pkt 1 ustawy Pzp - określana w jednostkach pieniężnych. (...)

Zdaniem Izby, skoro zamawiający wyznaczył cenę jako jedyne kryterium oceny ofert, to aukcja winna się odbyć obligatoryjnie w oparciu o to kryterium. Do tego na podstawie kryterium ceny wyrażonej w jednostkach pieniężnych, jak wymagają tego przytaczane na wstępie przepisy ustawy Pzp, a nie w oparciu o wysokość procentowej prowizji, która nie jest ceną a jedynie jedną z podstaw, obok oznaczenia przedziałów kwot przekazywanych zamawiającemu – służących do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy (...)

Przeprowadzenie zapowiedzianej w ogłoszeniu aukcji nie może mieć charakteru pozornego. Sprawą zamawiającego będzie przeliczenie postąpień cenowych w PLN (z punktacją ofert) i na tej podstawie określenie wysokości prowizji, która ma być większa niż 0,00%, jednak nie musi się ograniczać po przeprowadzeniu aukcji do oznaczenia prowizji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Przy przyjęciu za podstawę dla przeprowadzenia aukcji stawek cenowych oznaczonych w PLN, zgodnie z ustalonym kryterium najniższej ceny, i ustaleniem postąpienia w kwocie nie niższej niż jeden grosz powtórzenie aukcji elektronicznej ma polegać na przeliczeniu procentowych wartości prowizji oferowanych przez wykonawców na ceny w PLN z uwzględnieniem maksymalnych wielkości przedziałów przekazywanych zamawiającemu kwot. Przy czym w odniesieniu do przedziału powyżej 10 000 zł, zamawiający na potrzeby ustalenia ceny oferty w oparciu o zaoferowaną prowizję – w tym zakresie oznaczy konkretną wielkość tej kwoty.

Powyższe pozwoli na doprowadzenie postępowania prowadzonego przez zamawiającego do zgodności z przepisami art. 91 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a także pozwoli na przeprowadzenie aukcji zgodnie z art. 91a ust. 3 ustawy Pzp, to jest w oparciu o ustalone w postępowaniu i jedyne kryterium najniższej ceny.

Przedmiot zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) to „Usługa windykacji należności handlowych”.

Przedmiot zamówienia podzielony został na 2 części (zadania), każda z nich realizowana dla odrębnych oddziałów zamawiającego. W ramach każdej części (zadania) przedmiot zamówienia został podzielony na dwa elementy, wynagradzane na podstawie odrębnych zasad.

Element I. Windykacja należności handlowych przed skierowaniem sprawy do sądu.

Element II. Windykacja należności handlowych po skierowaniu sprawy do sądu.

Wykonawca otrzyma wynagrodzenie obliczone na zasadach właściwych dla elementu I, w sytuacji gdy należność zostanie wpłacona przed złożeniem pozwu do sądu.

Spośród ofert nie odrzuconych, Zamawiający wybierze ofertę kierując się kryterium: Prowizja - o wadze 100%

Wzór umowy § 9. Wynagrodzenie.

1. Za prowadzenie spraw na etapie polubownym Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w wysokości prowizji procentowej od kwot wyegzekwowanych w okresie obsługi. Wynagrodzenie to uwzględnia w sobie należny podatek od towarów i usług naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami.

2. Wysokość wynagrodzenia uzależniona będzie od wartości przekazanej do obsługi sprawy zgodnie z poniższą specyfikacją:

Wartość pojedynczej sprawy - Prowizja procentowa; Prowizja procentowa słownie

Sprawy do 1000 PLN

Sprawy od 1000 do 5000 PLN

Sprawy od 5000 do 10000 PLN

Sprawy powyżej 10000 PLN

3. Za kwoty wyegzekwowane w okresie obsługi na etapie polubownym uważa się wpłaty dokonane na poczet wierzytelności przekazanych do obsługi po dacie przekazania, które wpłynęły na konto Zamawiającego przed skierowaniem pozwu do sądu. Za prowadzenie spraw na etapie sądowym i egzekucyjnym Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie równe kwocie zasądzonych przez sąd w postępowaniu sądowym kosztów zastępstwa procesowego oraz (lub) kwocie przyznanych przez organ egzekucyjny w postępowaniu egzekucyjnym kosztów zastępstwa prawnego, o ile zostaną wyegzekwowane bądź dobrowolnie wpłacone przez Dłużnika. Do wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa powyżej w zdaniu pierwszym doliczony zostanie należny podatek od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przeprowadził aukcję elektroniczną, w której wykonawcy tj. uczestnicy postępowania odwoławczego jak również Odwołujący zaoferowali kwotę 1 grosza w każdym z czterech przedziałów cenowych .

Należy wskazać, że zaoferowana kwota 1 grosza w postępowaniu w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, zgodnie z postanowieniami SIWZ jak również z wyżej wymienionym wyrokiem nie stanowi wynagrodzenia wykonawcy za realizację usługi, co jest charakterystyczne dla tej sprawy. Izba nakazała przeprowadzenie aukcji elektronicznej z uwzględnieniem postąpień w wartościach kwotowych a nie procentowych, jednakże w okolicznościach tej sprawy Izba nie przesądziła, że to właśnie ta wartość kwotowa jaka zostanie osiągnięta w aukcji elektronicznej stanowić będzie wynagrodzenie za realizację usługi. Odwołujący wskazał na rozprawie, że to właśnie 1 grosz będzie stanowił wynagrodzenie za realizację usługi i w oparciu o to budował zarzuty określone w odwołaniu oraz nie zgodził się z Zamawiającym, że kwotę z aukcji elektronicznej należy przeliczyć na prowizję. Odwołujący w swojej argumentacji w odwołaniu wskazywał, że 1 grosz będzie wynagrodzeniem płaconym wykonawcy za konkretnie zrealizowaną sprawę. Jednakże w realiach tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniając dokumentację postępowania, wykonawca nie będzie miał płacone 1 grosza za wykonaną usługę lecz będzie miał wynagrodzenie wypłacane zgodnie z postanowieniami umowy, czyli w systemie prowizyjnym, gdzie procent prowizji zostanie wyliczony w oparciu o zaoferowaną wartość kwotową.

Izba we wcześniejszym orzeczeniu wydanym w tej sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jednoznacznie określiła, że *Sprawą zamawiającego będzie przeliczenie postąpień cenowych w PLN (z punktacją ofert) i na tej podstawie określenie wysokości prowizji, która ma być większa niż 0,00%, jednak nie musi się ograniczać po przeprowadzeniu aukcji do oznaczenia prowizji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. (...)*

Wynagrodzenie wykonawcy uzyskiwane za wykonanie usługi nie jest w przypadku tej sprawy jednoznaczne z kwotą uzyskaną w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej a stanowi jedynie podstawę do wyliczenia wynagrodzenia. Cena jaką oferowali wykonawcy w aukcji elektronicznej nie stanowi odzwierciedlenia wynagrodzenia za realizację usługi. Wynagrodzenie wykonawcy zgodnie z § 9 projektu umowy będzie prowizyjne, takie też pozostało niezmienione. W wyniku zaoferowania kwoty 1 grosza dla poszczególnych przedziałów kwotowych wynagrodzenie w formie prowizyjnej będzie wynosiło odpowiednio: dla spraw do 1000 PLN - prowizja procentowa 0,001%; sprawy od 1000 do 5000 PLN - prowizja procentowa 0,0002%; sprawy od 5000 do 10000 PLN - prowizja procentowa 0,0001%; sprawy powyżej 10000 PLN - prowizja procentowa 0,00002% (przy czym dla

spraw powyżej 10 000 zł Zamawiający przyjął na potrzeby aukcji górną granicę wartości, tj. 50 000 zł)

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte 16 lipca 2014 rok a więc przed wejście w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (DZ.U. z 2014 roku poz.1232). Zamawiający zobowiązany jest do badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia a zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia, że zachodzi wymieniona wcześniej przesłanka odrzucenia oferty Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy). Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08).

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. W realiach rozpoznawanej sprawy, uwzględniając wcześniej wskazane wyjaśnienia nie sposób uznać argumentacji Odwołującego za właściwą. Wskazać należy bowiem, że 1 grosz nie stanowi odzwierciedlenia faktycznej wartości realizowanej usługi, tym samym nie można odnieść tej ceny do określonego w SWIZ przedmiotu. Wskazać należy również, że ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych. W rozpoznawanej sprawie trzech wykonawców, w tym Odwołujący, złożyli postąpienie o wartości 1 grosza,

czym wskazali, że takie wartości kwotowe a w efekcie prowizja wyliczona w oparciu o próg kwotowy dla danego przedziału może stanowić wartość rynkową. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do tego, czy cena za jaką zrealizowane będzie zamówienie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienie z uwzględnieniem charakteru wynagrodzenia oraz sposobu jego przeliczenia zgodnie z wytycznymi zawartymi we wcześniej wydanym orzeczeniu jak i postanowieniach SWIZ.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Reasumując, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy. Pozostałe zarzuty naruszenia ustawy tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 był przedwczesny, bowiem zastosowanie przepisów tego artykułu musi być poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88).

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy tj. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, którzy złożyli postąpienie w toku aukcji elektronicznej 1 grosz z uwagi na to, że złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, uwzględniając, że to nie kwota 1 grosza stanowić będzie wynagrodzenie wykonawcy za realizację usługi, lecz ustalona na jej podstawie procentowa prowizja oraz fakt, że zarówno Odwołujący jak i pozostałych dwóch wykonawców w aukcji elektronicznej zaoferowało w postąpieniu wartość 1 grosz Izba uznała zarzut za niezasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 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 ze zmianami).

Przewodniczący: