

WYROK

z dnia 14 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2011 r. przez wykonawcę **ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **ASSECO POLAND S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** na rzecz **Skarbu Państwa - Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem są usługi utrzymania, modyfikacji i ulepszania systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG.PROW.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 czerwca 2010 r. pod numerem 2010/S 104-158513.

Pismem z dnia 24 listopada zamawiający zwrócił się do wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie m.in. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej 1 Punktu Funkcyjnego. Zamawiający stwierdził, iż cena 1 Punktu Funkcyjnego podana w formularzu ofertowym w ramach Grupy Usług Rozwoju jest jednym z kryteriów oceny ofert i zachodzi przypuszczenie, że jest ceną rażąco niską w tym zakresie.

Wobec takiego wezwania w dniu 29 listopada 2011 r. odwołanie złożył wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [dalej także „Pzp”] poprzez:
 - a) zastosowanie w tego przepisu pomimo braku przesłanek - albowiem łączna cena oferty wykonawcy oceniana w racjonalny sposób nie może uzasadniać przypuszczenia, iż jest ona rażąco niska,
 - b) zażądanie udzielenia wyjaśnień w zakresie składowego elementu ceny oferty, podczas gdy z treści tego przepisu jak i wykładni pojęcia „rażąco niska cena oferty” występującego w Pzp wynika, iż pod tym kątem analizowana może być jedynie łączna cena oferty i jej stosunek do przedmiotu zamówienia, a nie poszczególne komponenty ceny;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez podjęcie działań, które mogą wskazywać na zamiar bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu odstąpienia od żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;

2) obciążenie zamawiającego na rzecz odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zamawiający może żądać wyjaśnień jedynie w sytuacji, gdy istnieją uzasadnione podstawy do uznania, iż cena wskazana przez danego wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia a ponadto badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny podlega łączna, całkowita cena oferty, a nie cena jednego z jej składników czy poszczególne ceny jednostkowe. Odwołujący wywodził, iż cena jego oferty jest o 8.691.942,60 zł wyższa od ceny oferty najtańszej tj. o około 17 %, a także, że wyczerpuje 71,57% maksymalnego budżetu przewidzianego przez zamawiającego. Powyższe w ocenie odwołującego przesądza o braku podstaw do uznania, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Dodatkowo wskazywał, że „(...) Analiza wysokości złożonych ofert oraz budżetu na wykonanie umowy przewidywanego przez zamawiającego i odniesienie tych wartości do ceny oferty odwołującego w żaden sposób nie pozwala na wysunięcie racjonalnych przypuszczeń, co do rażąco niskiej ceny, a więc brak jest przesłanek do żądania przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie ceny.”. Odwołujący wywodził również, iż „(...) żądanie, z którym wystąpił zamawiający (...) z uwagi na tryb, w jakim zostało zgłoszone wywołuje skutek w postaci konieczności obalenia przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie jednego komponentu ceny, stwarzając jednocześnie nieuzasadnione ryzyko odrzucenia oferty w całości z powodu niezłożenia wyjaśnień lub uznania arbitralną decyzją zamawiającego tych wyjaśnień za niewystarczające.”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Skarb Państwa – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem są usługi utrzymania, modyfikacji i ulepszania systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG.PROW.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 czerwca 2010 r. pod numerem 2010/S 104-158513.

Zgodnie z protokołem postępowania, wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 58.120.896,45 zł.

W dniu 21 września 2011 r. zamawiający zaprosił pięciu wykonawców do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, przesyłając im jednocześnie specyfikację istotnych warunków zamówienia [dalej także „SIWZ”].

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ – Specyfikacja przedmiotu zamówienia, na podstawie umowy wykonawca świadczyć będzie na rzecz zamawiającego usługi w ramach następujących grup usług:

- 1) grupa Usług Utrzymania Środowisk (G1), szczegółowo opisana w załączniku nr 1 do umowy,
- 2) grupa Usług Zapewnienia Jakości (G2) szczegółowo opisana w załączniku nr 2 do umowy,
- 3) grupa Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) szczegółowo opisana w załączniku nr 3 do umowy,
- 4) grupa Usług Rozwoju (G4), szczegółowo opisana w załączniku nr 4 do umowy.

Zgodnie z rozdziałem XVI SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny, każdy wykonawca zobowiązany został do podania cen jednostkowych netto, łącznej ceny netto, należnego podatku od towarów i usług VAT oraz łącznej ceny brutto (zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1 do SIWZ). W rozdziale XVIII SIWZ zamawiający wskazał, iż przy wyborze oferty będzie kierował się następującymi kryteriami:

- 1) cena rocznego utrzymania (waga 55%),
- 2) cena 1 Punktu Funkcyjnego (waga 35%),
- 3) gwarancja (10%).

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do podania łącznej ceny wynagrodzenia (za usługi utrzymania oraz usługi rozwoju). W ramach usług rozwoju wykonawcy zobowiązani zostali do podania ceny za 1 Punkt Funkcyjny, a cenę całkowitą za tą usługę wyliczyć przy założeniu 4000 punktów funkcyjnych. Ponadto zamawiający zastrzegł, że podana przez niego w tabeli liczba „Punktów Funkcyjnych” stanowi wartość szacunkową służącą celowi porównania ofert. Faktyczna ilość wykorzystania jednostek będzie wynikać z rzeczywistych potrzeb, z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie należne wykonawcy za świadczenie usług modyfikacji nie przekroczy kwoty, jaką zamawiający przeznaczy na realizację tych usług. Zgodnie z art. 6 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ wynagrodzenie z tytułu wykonania poszczególnych Modyfikacji lub Ulepszeń stanowić będzie iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez zamawiającego dla danej Modyfikacji lub Ulepszenia oraz jednostkowej stawki Punktu Funkcyjnego.

Do upływu terminy składania ofert swoje oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) Sygnity S.A. na kwotę 42.475.929,48 zł brutto,
- 2) Asseco Poland S.A. na kwotę 51.167.872,08 zł brutto,
- 3) Hewlett Packard Polska Sp. z o. o. na kwotę 71.217.049,20 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż wykonawcy ci zaoferowali cenę za 1 Punkt Funkcyjny w następującej wysokości:

- 1) Sygnity S.A. - 1.227,54 zł,
- 2) Asseco Poland S.A - 0,01 zł,
- 3) Hewlett Packard Polska Sp. z o. o. - 0,01 zł.

Pismem z dnia 24 listopada zamawiający zwrócił się do odwołującego m.in. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej 1 Punktu Funkcyjnego. Zamawiający stwierdził, iż cena 1 Punktu Funkcyjnego podana w formularzu ofertowym w ramach Grupy Usług Rozwoju jest jednym z kryteriów oceny ofert i zachodzi przypuszczenie, że jest ceną rażąco niską w tym zakresie.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 30 listopada 2011 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie zgłoszonych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż skierowanie pytania do wykonawcy w przedmiocie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy cena oferty może być uznana za rażąco niską. W przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie Izby, zamawiający miał podstawy powziąć co najmniej wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska. Należy mieć na uwadze, iż specyfika

przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w drodze wyjątku uzasadnia prawo zamawiającego o zwrócenie się do odwołującego o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej 1 Punktu Funkcyjnego. Co prawda zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, a wykonawcy zobowiązani zostali do podania ceny łącznej za wykonanie całego przedmiotu zamówienia to zaoferowanie przez odwołującego ceny za 1 Punkt Funkcyjny na poziomie 0,01 zł (element oferty) rodziło uzasadnione wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska. Należy mieć na uwadze, iż usługi rozwoju oferowane w przedmiotowym postępowaniu stanowią samodzielny przedmiot zamówienia, rozerwalny od usług utrzymania. Ponadto zamawiający określając kryteria oceny ofert wskazał, iż cena za 1 Punkt Funkcyjny będzie punktowana – maksymalnie 35 pkt. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż zamawiający zastrzegł, że usługi rozwoju będą świadczone w przypadku zaistnienia potrzeby zamawiającego, a przyjęta przez zamawiającego liczba Punktów Funkcyjnych w ilości 4000 stanowi wartość wyłącznie szacunkową służącą celowi porównania ofert. Powyższe w ocenie Izby uzasadniało możliwość skierowania do odwołującego pytania o wyjaśnienie ceny 1 Punktu Funkcyjnego stanowiącej składową ceny całej oferty z uwagi na jej samodzielność oraz istotność tego elementu dla zamawiającego. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie istniały uzasadnione wątpliwości czy cena za 1 Punkt Funkcyjny nie jest rażąco niska. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że skoro zamawiający zmierzał do wyjaśnienia ceny jedynie elementu oferty, to nawet ewentualne, stwierdzenie, że zaoferowana cena za 1 Punkt Funkcyjny jest rażąco niska nie mogłoby w ocenie Izby prowadzić do uznania, że cała oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie można pominąć w tym przypadku faktu, że zamawiający de facto nie badał czy cena całej oferty zawiera rażąco niską cenę a przedmiotem badania objął jedynie element oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, uznając, że zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Za potwierdzające powyższy zarzut nie mogą być uznane również przypuszczenia odwołującego, iż zamawiający podejmuje działania, które mogą wskazywać na zamiar bezprawnego odrzucenia jego oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p.,
tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: