

Sygn. akt KIO 1272/12

**WYROK**  
**z dnia 3 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lipca 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **S & T Services Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4**

przy udziale wykonawcy **Datacom System S.A., 02-699 Warszawa, ul. Taborowa 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę S & T Services Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d i**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S & T Services Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d tytułem wpisu od odwołania.**

2.2. zasądza od wykonawcy **S & T Services Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21d** na rzecz Zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4Warszawa**, 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. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zmianami), 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 Ministerstwo Rozwoju Regionalnego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Świadczenie usług utrzymania i rozwoju Portali Internetowych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 maja 2011r., nr ogłoszenia 2011 /S 102-167671.

Odwołujący S&T Services Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego badania i oceny ofert; zaniechania czynności odrzucenia oferty Datacom S.A.; czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy pzp: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Datacom S.A.; art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Datacom S.A. w związku ze złożeniem przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Datacom S.A., mimo iż podlegała ona odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty Datacom S.A.; dokonania ponownej czynności badania i oceny ważnych ofert złożonych w postępowaniu; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Wykonawcy zaproponowali za realizację przedmiotu zamówienia następujące ceny: Wykonawca Datacom Systems S.A. zaoferował cenę 3 009 810 zł, Wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. zaoferował cenę 7 325 162,91 zł, Wykonawca Talex S.A. zaoferował cenę 9 229 674 zł.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową dla niniejszego zamówienia na kwotę 8 120 000 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 1 300 000 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia 8 388 600 zł brutto. Zamawiający wskazał, że dokonał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia na podstawie: „rozeznania cen rynkowych (Internet), analizy wydatków na tożsame usługi, oraz cen ofert składanych w okresie ostatnich lat w postępowaniach realizowanych przez MRR”. W ocenie Odwołującego cena oferty z wynagrodzeniem na poziomie 1/3 ustalonego budżetu budzi poważne wątpliwości. W ocenie Odwołującego cena za realizację całego przedmiotu

zamówienia zaproponowana przez wykonawcę Datacom Systems S.A. jest nierealna i nie zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w dokumentacji przetargowej oraz postanowieniami umowy.

Odwołujący zauważył, że w chwili obecnej usługę utrzymania portali na rzecz Zamawiającego świadczy firma Datacom S.A. Wykonawca ten pomimo tego że obecnie część portali objętych przedmiotem zamówienia znajduje się na infrastrukturze Datacom S.A. nie ma możliwości nieuwjęcia w swej ofercie kosztów stałych jakie wynikają z realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w siwz.

Cena za realizację przedmiotu zamówienia musi obejmować usługę przeniesienia portali. Wiąże się to z rozbudową lub zakupem nowej platformy sprzętowej, sieciowej, programowej, oraz z zakupem dodatkowych narzędzi wymaganych dla rozwiązania w celu spełnienia nowych wymagań zamawiającego. Odwołujący przedstawił w odwołaniu założenia kosztowe wykonania usługi. Odwołujący wyliczył, że „w celu zapewnienia realizacji przedmiotu zamówienia w tym dla otrzymania zakładanego bezpieczeństwa wymagane jest użycie systemów IPS co najmniej 2 różnych producentów (wymóg taki podyktowany jest standardami rynkowymi dla portali klasy opisanej przez Zamawiającego) oraz zakupienie stałego upgrad'u oprogramowania umożliwiającego aktualizację sygnatur (np. aktualizacja bazy wirusów) dla komponentów rozwiązania. Do stałych kosztów występujących zawsze przy realizacji tego typu zamówienia i umożliwiających zapewnienie wyżej wskazanej usługi należy zaliczyć: zakup urządzeń zapewniających bezpieczeństwo (np. Juniper SRX services gateway 240 za cenę ok 2 x 13 000 zł netto- lub CISCO IPS 4255 Appliance Sensor za cenę 86 200 zł netto (uwaga bez gwarancji). Tym samym w usłudze przeniesienia musi zostać uwzględniony co najmniej koszt 112 000 zł netto przy czym jak wynika ze siwz obecnie portale umieszczone są na platformie sprzętowej z 2 Juniper. Jeśli infrastruktura należy do Datacom S.A. to pozostaje co najmniej koszt CISCO (13000zł). Dodatkowo dochodzi koszt stałych upgrad'y (Juniper, Cisco, Microsoft AV) - Microsoft Forefront Protection 2010 for SharePoint Monthly subscription dla dwóch redundatnych maszyn - koszt co najmniej 51 200 zł netto, - Cisco (IPS SVC, AR 24X7X4 IPS 4255 Appliance S) - koszt na okres trwania umowy ok. 120 000 zł netto - Juniper (4 year license for IDP updates for SRX 240) - koszt na okres trwania umowy ok. 42 000 netto, co daje łączny koszt utrzymania nie mniej niż 213 200 zł netto.”

Usługa utrzymania wymaga od wykonawcy zagwarantowania i utrzymania różnorodnych zasobów sprzętowych i osobowych. Biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego konieczne jest zorganizowanie całodobowego dostępu do zasobów ludzkich, posiadających różnorodne kompetencje oraz zaangażowania co najmniej kilku różnych osób np. administrator/sieciowiec, programista PHP/SharePoint. W ocenie Odwołującego, cena zaoficerowana przez wykonawcę Datacom S.A. w wysokości 928 770,00 zł za tę usługę jest

ceną nierealną. Wykonawca zobowiązał się bowiem do świadczenia tej usługi za cenę 16 048 zł netto miesięcznie. Uwzględniając w ofercie wyłącznie stałe koszty świadczenia usługi należy przyjąć, że dla prawidłowej realizacji usługi utrzymania należy przyjąć, zdaniem Odwołującego, co najmniej koszt ok 35 000 zł netto miesięcznie na który składają się powyższe elementy.

Zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości zaproponowanej za realizację przedmiotu zamówienia ceny przez Datacom Systems S.A. i wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Odwołujący nie miał możliwości ustosunkowania się do ich treści.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna, to cena za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe. W niniejszym postępowaniu Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał aby cena wykonawcy DATACOM System S.A. była ceną rażąco niską.

Odwołujący wszak przedstawił w odwołaniu określone obliczenia kosztowe, są to jednak jedynie założenia przyjęte przez Odwołującego i nie oznacza to, że Wykonawca Datacom Systems S.A nie jest w stanie zrealizować zamówienia przy swoich założeniach.

Zamawiający określając warunki realizacji przedmiotu zamówienia nie narzuczał określonych sposobów realizacji zamówienia. Podał, jakie usługi będą wykonywane, zaś sposób realizacji tych usług pozostawiony został do określenia przez wykonawcę. Oznacza to, że wartość tych usług zależała od przyjętego modelu realizacji tych usług. Zamawiający nie wymagał ani zastosowania przez wykonawców określonego konkretnie sprzętu – urządzeń, ani oprogramowania. Wybór ten pozostawiając wykonawcom. Charakter zamówienia wymaga dobrej organizacji pracy przy wykorzystaniu odpowiednim zasobów infrastruktury i zasobów ludzkich. Zamawiający nie narzucił sposobu kalkulacji ceny. Nie narzucił także warunków pracy i płac, nie określił żadnej ilości osób, które mają realizować zamówienie. Zatem może mieć miejsce rozłożenie kosztów pracy przy zapewnieniu obsługi innych

podmiotów. Dowolność rozwiązań przekłada się na swobodną kalkulację ceny. Oznacza to dużą swobodę w doborze elementów kosztotwórczych. Tym samym należy uznać, że każdy wykonawca sam dobierał elementy narzędzia, za pomocą których realizował będzie zamówienie. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługą, nie zaś z towarem, o dokładnie sprecyzowanych parametrach, którego cenę można dokładnie określić. Sposób organizacji wpływa na wysokość ceny, jest indywidualny dla każdego wykonawcy, stąd też różnorodność cen. Przystępujący realizował już umowę o podobnym charakterze dla Zamawiającego, stąd przewaga w znajomości organizacji pracy i świadomość możliwości minimalizacji kosztów realizacji zamówienia.

Przystępujący dysponując doświadczeniem w pracy na rzecz Zamawiającego był w stanie oszacować częstotliwość konieczności wykonywania czynności konserwacyjnych i na tej podstawie określić, że w odniesieniu do tego zamówienia nie występuje potrzeba dokonywania stałej obsługi w zakresie czynności konserwacyjnych, gdyż czynności te dokonywane są jedynie kilka razy w roku. Co więcej, jak podniósł Przystępujący, rodzaj czynności konserwacyjnych, jakie muszą być wykonywane nie wymusza konieczności przerwania pracy portalu. W konsekwencji czynności takie nie muszą być wykonywane w nocy (Zamawiający dopuszczał możliwość pracy portalu wyłącznie w godzinach pomiędzy 0:2 a 00:4). Możliwość wykonywania pracy konserwacyjnych poza godzinami nocnymi pozwala na zmniejszenie kosztów związanych z ich przeprowadzeniem.

Zamawiający dopuścił możliwość współdzielenia infrastruktury teleinformatycznej przy wykonywaniu zamówienia, w tym w szczególności infrastruktury wykorzystywanego sprzętu. Oznacza to możliwość wykorzystywania infrastruktury nie tylko związanej z realizacją dotychczasowego zamówienia na rzecz Zamawiającego, ale także zamówień na rzecz innych podmiotów. Skorzystanie z możliwości współdzielenia infrastruktury także daje możliwość zmniejszenia kosztów jej pozyskania lub tworzenia.

Za błędne należy uznać założenia, iż wykonawca realizując usługi na rzecz Zamawiającego będzie ją realizował bez wykorzystania posiadanych zasobów w zakresie sprzętu, oprogramowania, zasobów ludzkich czy organizacyjnych. Tym bardziej, należało uwzględnić fakt, że realizacja przez Przystępującego zamówienia nie będzie związana z koniecznością poniesienia kosztów budowy infrastruktury od początku.

Z uwagi na to, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dużą swobodę w zakresie sposobu realizacji zamówienia wykonawcy mogli przewidzieć wykonywanie pewnych czynności takich jak tworzenie kopii zapasowych, monitorowanie błędów, w sposób w pełni zautomatyzowany.

Odwołujący, jako okoliczność potwierdzającą, iż Przystępujący DATACOM System S.A. zaoferował cenę rażąco niską wskazywał w trakcie rozprawy na brzmienie paragrafu

jedenastego załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany udzielić gwarancji jakości działania każdej części portali w okresie 52 miesięcy od daty należytego wykonania usługi przeniesienia danej części portali. Paragraf ten, zdaniem Odwołującego, narzuca odpowiedni poziom jakości wykonania usługi. W ocenie Izby każdy z wykonawców podpisujących umowę jest zobowiązany do jej należytego wykonania. Są to standardy jednakowe dla wszystkich wykonawców. Długość wymaganego przez Zamawiającego okresu gwarancji nie zmienia faktu, iż umowa powinna zostać prawidłowo wykonana przez wykonawcę.

Ponadto Odwołujący zwracał uwagę na pozostałe zapisy umowy dotyczące błędów i związanych z tym kar za nienależyte wykonanie usługi, o których mowa w paragrafie 14 umowy. Podkreślić należy, że w przypadku należytego wykonania usługi przez wykonawcę nie pojawi się obowiązek zapłaty kar umownych. Kara umowna nie jest przedmiotem zamówienia i jako taka nie musi stanowić elementu kalkulacyjnego ceny. Jeżeli pomimo tego wykonawca do podanej przez siebie ceny doliczył kary umowne, jakie miałby zapłacić, oznacza to, iż wykonawca już na etapie składania ofert założył, że nie wykona umowy w sposób należyty. Fakt, że Odwołujący przyjął do kalkulacji kary umowne jakie miałby zapłacić nie oznacza, że Datacom System SA zaoferował rażąco niską cenę nie uwzględniając obowiązku zapłaty tych kar.

Co więcej, rozpatrując zestawienie kosztowe 3 wykonawców, którzy złożyli ofertę należy zwrócić uwagę na rozbieżności cenowe pomiędzy zaoferowanymi cenami. Pozycja, którą w szczególności kwestionował Odwołujący (usługa utrzymania portali) charakteryzuje się największą różnicą w cenie szacowanej przez poszczególnych wykonawców (zaoferowano ceny 928 770 zł, 1 734 300 zł, 3 179 550 zł). To właśnie obrazuje najpełniej, jak rozbieżne mogą być wyceny tego samego zakresu usług. Przy czym brak jest podstaw do uznania, że którakolwiek z wycen jest nieprawidłowa a różnice mogą wynikać z rodzaju przyjętych rozwiązań przez poszczególnych wykonawców co do sposobu realizacji usługi.

Izba uznała, iż powyższe okoliczności dowodzą, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przystępujący zaoferował znacznie niższą cenę realizacji zamówienia. Nie oznacza to jednak, że za taką cenę nie można zrealizować zamówienia. Tym bardziej, że Wykonawca Datacom Systems S.A. zaoferował stawki zbliżone do stawek Odwołującego, nie tylko w zakresie np. stawki dziennej, ale także innych składowych ceny. Izba uznała fakt, iż sposób organizacji miał znaczenie przy wycenie niniejszej usługi. Nie bez znaczenia jest także fakt, że Przystępujący jest właścicielem infrastruktury i twórcą oprogramowania, zatem mamy w niniejszej sytuacji do czynienia ze znajomością produktu, która jest trudna do wycenienia.

W ocenie Izby nie przedstawiono żadnego dowodu, z którego wynikałoby, aby Wykonawca

Datacom Systems S.A. nie mógł zrealizować usługi za wskazaną w ofercie kwotę.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego zgłoszonego na rozprawie o udostępnienie treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, dotyczących zaoferowanej ceny, w celu umożliwienia odniesienia się do tych wyjaśnień. Izba uznała bowiem, że nie Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu zarzutu w stosunku do utajnienia wyjaśnień. Zarzut taki, jedynie zgłoszony w odwołaniu, podlegałby rozpatrzeniu merytorycznemu Izby.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....