

Sygn. akt: KIO/UZP 1701/10

WYROK
z dnia 26 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Członkowie: Ewa Sikorska

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) i TIMISI Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37 A, 02-521 Warszawa**, protestu z dnia 26 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Aram Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37 A, 02-521 Warszawa,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) i TIMISI Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37 A, 02-521 Warszawa,** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) i TIMISI Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) i TIMISI Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) i TIMISI Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Warszawie, (dalej „*Odwołujący*”), złożyli protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Opiekę nad systemem Noe.NET wraz z wykonywaniem modyfikacji systemu*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Centralny Zarząd Służby Więziennej (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 3 lipca 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 125-182396).

W dniu 16 października 2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Aram Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na tę czynność Zamawiającego, Odwołujący w dniu 26 października 2009 r., złożył protest, w którym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego oraz wyborem jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Konsorcjum Aram, która nie jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) kryteriów oceny ofert;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, która nie jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert;
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy zbieżność cenowa ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu nie daje ku temu podstaw;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie tego artykułu jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na uznanie, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdziły jednoznacznie, że cena jest rażąco niska.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w proteście wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Protest przez Zamawiającego nie został w ustawowym terminie rozpatrzony. Jednakże w piśmie z dnia 9 listopada 2009 r. doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie i określonym przez Zamawiającego jako: „Rozstrzygnięcie protestu” Zamawiający wskazał, że protest oddala.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 16 listopada 2009 r. (wpływ bezpośredni) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując w nim podniesione w proteście zarzuty, żądania i argumentację.

Odwołujący nie podtrzymał z protestu jedynie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Kopia odwołania w dacie złożenia odwołania do Prezesa Urzędu została przekazana Zamawiającemu.

W związku z rozpoznawanymi przez Izbę zarzutami podniesionymi w rozpatrywanym przez Izbę odwołaniu strony postępowania zaprezentowały następujące stanowiska w sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący podniósł, że złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące treści oferty pod kątem ceny rażąco niskiej złożone na żądanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalają na uznanie, że jego cena ofertowa nie jest rażąco niska, zatem brak było podstaw ze strony Zamawiającego do uznania, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Podkreślił, że składając wyjaśnienia w piśmie z dnia 16 października 2009 r., wyjaśnił, że wliczył w cenę swojej oferty zysk, uwzględniając przy tym wszelkie reguły prowadzenia działalności gospodarczej, które nakazują jego uwzględnienie. Wyjaśnił, że cena uwzględnia zarówno koszty stałe, jak i zmienne oraz zysk netto na poziomie 10% zaoferowanej ceny. Wskazał, że złożenie oferty jest każdorazowo poprzedzone, również w tym wypadku akceptacją ze strony jej finansowej opłacalności. Ocena opłacalności finansowej złożenia oferty za daną cenę poprzedzona jest natomiast oceną wszelkich okoliczności związanych z uwzględnieniem współpracy z dostawcami i konsorcjantami. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że podanie konkretnej ceny w ofercie jest rezultatem przeprowadzenia audytów i kontroli wewnętrznych u Odwołującego. W szczególności określił też Odwołujący, jakie elementy umożliwią mu zastosowanie podanej przez niego ceny ofertowej, tj.:

- doświadczenie w prowadzeniu projektów polegających na tworzeniu i/lub modyfikacji aplikacji, w szczególności dla zamawiających z sektora publicznego,
- dysponowanie zespołem specjalistów i programistów mogących uczestniczyć w projekcie dla Zamawiającego bez uszczerbku dla innych projektów realizowanych

przez wykonawcę (potencjał kadrowy, właściwa organizacja pracy i zarządzanie zasobami ludzkimi),

- dysponowanie własnymi narzędziami programistycznymi wspomagającymi modyfikację aplikacji, umożliwiającymi autoryzację procesów tworzenia i/lub modyfikowania aplikacji (ograniczenie kosztów prac programistycznych będących przedmiotem zamówienia),
- dysponowanie własnym Centrum Kompetencyjnym ukierunkowanym m.in. na rozwój systemów informatycznych podmiotów trzecich (ograniczenie kosztów związanych z usługami budowy i rozwoju systemów informatycznych).

Odwołujący podniósł, że wymienione przez niego czynniki, które wpłynęły na wysokość ceny, w tym jej składnika w postaci ceny za modyfikację systemu, mają charakter obiektywny zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i powinny być wzięte pod uwagę przy ocenie przez Zamawiającego.

Podkreślił, że to, iż część z tych czynników może być teoretycznie wspólna dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie stanowi jeszcze, że nie mogą one być brane pod uwagę przez Zamawiającego. Uznał, że - tym bardziej biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, polegającego na opiece i modyfikacji systemu informatycznego - wiele czynników obiektywnie wpływających na wysokość ceny powinna być teoretycznie co do ich zakresu przedmiotowego wspólna dla wykonawców z danej branży.

Wyjaśnił, że fakt zaproponowania przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu ceny wyższej za „modyfikację systemu” wynika:

- po pierwsze z faktu, że poziom wdrożenia, występowania tych czynników u innych wykonawców może być niższy (mogą mieć mniejsze lub inne doświadczenie w prowadzeniu projektów polegających na tworzeniu i modyfikacji aplikacji, w tym z uwzględnieniem rynku publicznego, mimo dysponowania własnymi narzędziami programistycznymi mogą je mniej efektywnie wykorzystywać, w sposób nie umożliwiający cięcia kosztów, mogą też dysponować mniejszym, gorszym bądź też gorzej zorganizowanym zapleczem osobowym),

- po drugie zaś zaproponowanie przez pozostałych wykonawców wyższej ceny, w tym za „modyfikację systemu” może być skutkiem przyjęcia zwiększonej marży za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym za wykonanie modyfikacji systemu.

Odwołujący podkreślił wyraźnie, że w swoich wyjaśnieniach wskazał na obiektywne czynniki, dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany, co pozwoliło mu ukształtować cenę, w tym również w ramach jej czynnika, tj. „modyfikacja systemu” na poziomie niższym niż konkurencja przy jednoczesnym zoptymalizowaniu zysku.

Podkreślił też, że różnice w wysokości zaoferowanej ceny w jego ofercie i w ofertach innych wykonawców mogą wynikać z założonego przez tych wykonawców większego zysku.

Jego kalkulacja zaś uwzględnia wszystkie elementy mające wpływ na oszacowanie ceny zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Natomiast kwoty określone podczas szacowania ceny ofertowej są rzeczywiste i wynikają z realnych stawek stosowanych przez Odwołującego podczas realizacji tego typu usług.

Odwołujący podkreślił, że w swoich wyjaśnieniach wskazał na zawarcie zysku w cenie oferty, a więc czynnika najbardziej wpływającego na różnice w cenach i wynikającego z polityki firmy. Podkreślił, że czynnik ten jest określany przez każdego z wykonawców indywidualnie w zależności od własnego doświadczenia oraz ewentualnego ryzyka finansowego podczas realizacji danej usługi. Podkreślił, że jako konsorcjum składające się ze spółek komercyjnych, których celem jest przynoszenie dochodu, nie ma możliwości wspierania finansowego własnych klientów, np. poprzez realizację usług poniżej własnych kosztów. Złożenie oferty bez przewidywanego zysku byłoby działaniem na szkodę spółek wchodzących w skład konsorcjum, co mogłoby spowodować poważne konsekwencje prawne. Skoro Odwołujący uwzględnił w swojej ofercie zysk nie można w tym przypadku mówić o realizacji zamówienia „po kosztach”, choć nawet takie działanie - w ocenie Odwołującego – jest dopuszczalne.

Odwołujący wskazał, że cena zaproponowana w jego ofercie pozwala na utrzymanie rentowności wchodzących w skład Konsorcjum firm, nie naraża ich na straty ani na realizowanie zadania poniżej kosztów.

Co do stanowiska Zamawiającego zawartego w informacji o wynikach postępowania, że wykonawca ten: „nie uprawdopodobnił adekwatności zaproponowanych cen wykonania modyfikacji do cen rynkowych” Odwołujący podkreślił, że jego oferta została rzetelnie i wiarygodnie wyliczona przy uwzględnieniu marży, a ponadto hipotetyczna prawdziwość tego twierdzenia Zamawiającego nie uprawniała go do odrzucenia oferty wykonawcy. Jak bowiem wynika z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzucić ofertę, jeśli:

- 1) wykonawca nie złożył wyjaśnień lub
- 2) złożone wyjaśnienia (wraz z załączonymi do nich dowodami) potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że okoliczność ewentualnych niewystarczających wyjaśnień nie uprawnia Zamawiającego do odrzucenia oferty. Podkreślił, że jeśli Zamawiający uznał owe wyjaśnienia za niewystarczające mógł ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny ofertowej, czego – jego zdaniem – nie zabraniają przepisy ustawy Pzp. Podniósł, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie zezwala na odrzucenie oferty w przypadku złożenia wyjaśnień, które nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska lecz odwrotnie: muszą potwierdzać, że cena jest rażąco niska. Zamawiający – zdaniem Odwołującego – powinien przy zastosowaniu przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mieć w złożonych wyjaśnieniach potwierdzenie zastosowania ceny rażąco niskiej, a wskazany przepis nie

może być interpretowany rozszerzająco, z racji zagrożenia sankcją odrzucenia oferty wykonawcy. W tym zakresie Odwołujący wskazał na nieostrość pojęcia: „niepełności wyjaśnień”, co – przy przyjęciu odmiennej interpretacji art. 90 ust. 3 Pzp – pozwalałoby na swobodną ocenę przez Zamawiającego, czy dane wyjaśnienia są zupełne, czy też nie, w szczególności wobec braku ustawowych wyznaczników w tym zakresie, a tym samym prowadziłoby to do złamania konstytucyjnej zasady pewności prawa i złamania prawa wykonawcy do złożenia w tym zakresie skutecznego środka ochrony prawnej. Nie było zatem – w ocenie Odwołującego – uprawnione przerzucanie na niego konsekwencji nie udowodnienia w mniemaniu Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych.

Odwołujący podkreślił również, że Zamawiający w sposób nieuprawniony zakwestionował tylko jeden składnik ceny ofertowej brutto, tj. ceny brutto za wykonanie modyfikacji systemu wskazanych przez Zamawiającego. Podkreślił, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek badania oferty pod kątem zachodzenia przesłanki do odrzucenia oferty wyłącznie za całość przedmiotu zamówienia, nie zaś ceny za poszczególne elementy zamówienia. Wskazał, że zakwestionowany przez Zamawiającego składnik ceny całkowitej brutto (modernizacje sytemu) jest skalkulowany faktycznie na niższym poziomie niż cena tego składnika w ofercie konkurencyjnej (oferta Konsorcjum Bonair / ESA), jednak ceny całkowite brutto złożonych w postępowaniu ofert za realizację przedmiotu zamówienia są do siebie zbliżone i odbiegają od siebie – biorąc pod uwagę ich skalę – w sposób nieznaczny. W tym zakresie Odwołujący powołał się również na orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych.

Odwołujący podkreślił również, że twierdzenie Zamawiającego o cenie rażąco niskiej w ofercie Odwołującego oparte jest jedynie na przesłance procentowej różnicy między wysokością ceny całkowitej oferowanej przez Odwołującego, a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia (7,5 mln zł). Odwołujący podkreślił, że ta okoliczność uprawniała Zamawiającego co najwyżej do zastosowania procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, choć i to jest – w jego ocenie – wątpliwe, na pewno zaś nie do odrzucenia na tej podstawie oferty. Nie można – jego zdaniem – z różnicy pomiędzy wartością szacunkową zamówienia (powiększoną o podatek VAT), a wartością całkowitą brutto oferty Odwołującego wywodzić, że cena ofertowa Odwołującego jest rażąco niska. Czynniki ten może być brany pod uwagę przy ocenie ceny rażąco niskiej wyłącznie w sytuacji, gdy wartość szacunkowa jest prawidłowo oszacowana przez Zamawiającego, a ponadto w tym zakresie winno się brać pod uwagę również inne czynniki.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie złożył na tyle wiarygodnych wyjaśnień, aby można było uznać zaproponowaną przez niego cenę za modyfikację systemu Noe.NET za odpowiadającą cenom rynkowym. Na powyższe wskazują tak wyjaśnienia Odwołującego dotyczące oferty, jak również jego stanowisko wyrażone w proteście. Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że to Zamawiający ma prawo oczekiwać jednoznacznych wyjaśnień dotyczących okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, a nie udowadniać wykonawcy, że jego cena jest rażąco niska. Odwołując się do stwierdzenia zawartego w proteście Odwołującego, że jego cena za modyfikacje systemu została skalkulowana na poziomie około pięć razy niższym niż cena tego składnika w ofercie innego wykonawcy, Zamawiający stwierdził, że jest ono wystarczające dla uznania, że cena zaproponowana w ofercie Odwołującego jest rażąco niska.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o konieczności kalkulowania ceny ofertowej biorąc pod uwagę wszystkie składniki, a więc sumarycznie z ceną za opiekę serwisową nad systemem, Zamawiający podkreślił, że już na otwarciu ofert podał jednoznacznie, że choć zamówienie podzielone jest na części, to w wyniku przeprowadzenia postępowania zostanie wyłoniony wykonawca, który będzie wykonywać dwie różne od siebie usługi, za które płatności regulowane będą z różnych paragrafów (6060 i 4300). Wskazał, że orzecznictwo wskazuje na konieczność sumowania nawet kilku tysięcy takich pozycji formularzy cenowych, ma to jednak miejsce w przypadku robót budowlanych, w których zasadnicze znaczenie ma cena końcowa, a nie ceny wybranych składników oferty.

Zamawiający podkreślił, że odrzucając ofertę Odwołującego, w niniejszym przypadku kierował się również racjonalnością wydatkowania finansów publicznych oraz dbałością o należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt niniejszej sprawy, w tym przede wszystkim z treści postanowień SIWZ i oferty Odwołującego oraz pism dotyczących złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tak Zamawiającego (pismo z dnia 13 października 2009 r., znak: BKW – 220 – 15/09/1904), jak i Odwołującego (pismo z dnia 16 października 2009 r.) i protokołu postępowania (druk ZP - 1),

jak również z oświadczeń i stanowisk stron postępowania złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz ustnie do protokołu.

Na podstawie wskazanej wyżej dokumentacji, Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 24 czerwca 2009 roku na podstawie cen rynkowych na kwotę 3 218 688, 52 zł. (druk ZP-1).

Przedmiot zamówienia obejmuje opiekę nad systemem Noe.Net wraz z wykonywaniem modyfikacji systemu. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został określony w § 2 projektu umowy.

Kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej były:

1. cena brutto za 4 lata opieki nad systemem – 25 %
2. cena brutto za wykonanie modyfikacji wskazanych przez zamawiającego - 55 %
3. czas podjęcia działań w ramach opieki nad systemem w celu usunięcia awarii aplikacji - 5 %.
4. czas usunięcia awarii dla awarii powodujących zatrzymanie pracy systemu - 15 %.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty :

1. oferta wykonawcy Bonair S.A. - cena za 4 lata opieki nad systemem - 1 756 800 zł, cena za wykonanie modyfikacji - 610 000 zł,
2. oferta wykonawcy Aram Sp. z o.o. - cena za 4 lata opieki nad systemem - 2 641 849 zł, cena za wykonanie modyfikacji – 343 674 zł,
3. oferta S& T Services Polska Sp. z o.o. - cena za 4 lata opieki nad systemem - 1 886 974 zł, cena za wykonanie modyfikacji – 121 946, 32 zł.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalającym na merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Pismem z dnia 20 stycznia 2009 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Jednakże w ocenie Izby, okoliczność ta nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przedmiotowego odwołania i stwierdzeniu istnienia po stronie Odwołującego interesu prawnego, bowiem termin na skorzystanie z środków ochrony prawnej w odniesieniu do czynności unieważnienia postępowania jeszcze nie upłynął, a zatem czynność ta nie jest jeszcze prawomocna.

Izba zważyła, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla stwierdzenia czy cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej jest przede wszystkim szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług - pod warunkiem ustalenia jej przez zamawiającego z należytą starannością a w dalszej kolejności ceny innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Bezspornym jest, że cena oferty odwołującego, jak również ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, są znacznie mniejsze od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne. Świadczy to niezbicie o tym, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania nie może stanowić jedyne, miarodajnego punktu odniesienia do ustalenia czy cena zaproponowana przez odwołującego ma charakter ceny rażąco niskiej.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień inaczej mówiąc, cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (teza ta znajduje potwierdzenie w wyrokach Izby: z dnia 9 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1441/07, z dnia 14 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 73/08, KIO/UZP 74/08). O rażącej dysproporcji można mówić, jeżeli cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku (komentarz G. Wicik, P. Wiśniewski, 2007r., str. 89).

Porównując ceny podane w ofertach, jak również odnosząc je do wartości szacunkowej zamówienia Izba stwierdza, że zamawiający miał uzasadnione podstawy do tego, aby wszcząć procedurę określoną w dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócić się do wykonawców o podanie obiektywnych czynników, mających wpływ na wysokość cen zaproponowanych w ofertach.

Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający zwrócił się pismem z dnia 13 października 2009 roku do wykonawców, składających oferty o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny jedynie w odniesieniu do ceny za wykonanie modyfikacji aplikacji Noe. NET, podczas gdy: po pierwsze - ustawa nakazuje badać obiektywne czynniki

mające wpływ na wysokość ceny całkowitej oferty a nie jej poszczególnych składników cenotwórczych; po drugie – porównanie cen za opiekę nad systemem w poszczególnych ofertach wskazuje również na rozbieżności, które jednak nie wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Dla przykładu cena za opiekę nad systemem zaproponowana przez odwołującego jest wyższa o ponad 100 tys. zł od ceny tej opieki w ofercie Bonair.

Konkludując, zdaniem Izby, ocenie czy cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej winna podlegać cena całkowita oferty a nie jej poszczególne elementy cenotwórcze, tym bardziej że przedmiotem zamówienia jest zarówno pełnienie opieki nad systemem jak i wykonanie zleconych przez zamawiającego modyfikacji właśnie tego systemu, co powoduje, że z pewnością niektóre czynności wykonywane w ramach opieki nad systemem są wspólne i nierozzerwalnie związane z jego modyfikacją.

Zwrócenie się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów, mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, który w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku, sygn. akt. VI Ca 464/05). W sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień, tak jak w rozpatrywanym stanie faktycznym miało to miejsce, ciężar dowodu co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa, zgodnie z ogólnymi zasadami dowodowymi na Zamawiającym, który ze swych twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci odrzucenia oferty, co wynika z treści art. 188 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 k.c. zw. z art. 14 ustawy Pzp. Zatem, aby Zamawiający mógł uznać, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia złożone przez odwołującego z dnia 16 października 2009 roku musi wykazać – a przynajmniej uprawdopodobnić – że cena oferty jest nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia i za zaproponowaną cenę nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia. Tymczasem Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 16 października 2009 roku wskazał jedynie, że „złożone w toku postępowania wyjaśnienia nie uprawdopodobniły adekwatności zaproponowanych cen wykonania modyfikacji do cen rynkowych”. Jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty oraz z oświadczeń złożonych do protokołu rozprawy przez pełnomocników Zamawiającego cenę oferty Odwołującego za wykonanie modyfikacji oceniano, porównując ją do cen rynkowych i biorąc pod uwagę średnie wynagrodzenie programistów i informatyków. Złożone przez Zamawiającego wyjaśnienia w trakcie rozprawy nie wykazały a nawet nie uprawdopodobniły okoliczności nierealności wykonania zamówienia za cenę zaproponowaną przez Odwołującego.

Izba wzięła pod uwagę, istotną dla sprawy okoliczność, że usługi, objęte przedmiotem zamówienia są usługami intelektualnymi, niematerialnymi, a ich koszt zależy w znacznej mierze od subiektywnej wyceny wartości pracy poszczególnych osób. Ponadto Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że w odniesieniu do modyfikacji systemu podał w siwz jedynie ilość modyfikacji o różnym stopniu trudności i złożoności, którą wykonawcy mieli wykonać w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający pozostawił do swobodnej oceny wykonawców określenie czasu pracy niezbędnego do wykonania wszystkich zleconych modyfikacji oraz jego wycenę. W ocenie Izby, wykonawcy mieli zatem dowolność w ocenie pracochłonności i określeniu czasu niezbędnego na zrealizowanie modyfikacji systemu a kalkulacja ceny zarówno za modyfikację systemu jak i opiekę nad nim miała niewątpliwie charakter indywidualny.

Izba nie dopuściła jako dowodów w sprawie, przedłożonych przez Zamawiającego wydruków ze stron internetowych Computerworld oraz ofert pracy, z uwagi na fakt, że są to informacje te nie mogą stanowić dowodów, o których mowa w art. 188 ust. 3 ustawy Pzp a ponadto pochodzą one ze stron internetowych, które mogą być nieaktualne. Odnośnie wydruku elektronicznej korespondencji z przedstawicielem S&T Services Polska Sp. z o.o. z dnia 8 września 2009 roku, Izba wskazuje, że ze względów formalnych informacja ta nie może stanowić dowodu w sprawie (art. 188 ust.3 ustawy Pzp). Ponadto, informacja ta nie może być wzięta pod uwagę, gdyż, jak słusznie podniósł Odwołujący, nie wiadomo dla jakiego wykazu (ilości) modyfikacji oceniono czasochłonność realizacji na 1850 roboczodni. Odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień przez odwołującego, w ocenie Izby, jako obiektywny czynnik cenotwórczy, mający wpływ na wysokość zaproponowanej ceny należy uznać indywidualne doświadczenie tego podmiotu w prowadzeniu podobnych projektów, dysponowanie własnymi narzędziami programistycznymi, dysponowanie Centrum Kompetencyjnym, ukierunkowanym na świadczenie usług deweloperskich budowy i rozwoju systemów informatycznych, co wyłącza potrzebę korzystania z usług podmiotów trzecich i ogranicza koszty prac, dysponowanie zespołem specjalistów, programistów, którzy mogą uczestniczyć w realizacji przedmiotowego projektu bez uszczerbku dla innych równolegle realizowanych projektów przez Odwołującego.

Izba podkreśla, że sam brak podania w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2009 roku, szczegółowej kalkulacji ceny za wykonanie modyfikacji, z uwzględnieniem czasu niezbędnego na ich wykonanie i określeniem stawki za roboczogodzinę, nie może być podstawą do uznania, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Podsumowując, w ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego z dnia 16 października 2009 roku potwierdzają realność i możliwość rzetelnego wykonania zamówienia za zaproponowaną w ofercie cenę, a w związku z brakiem przedstawienia przez Zamawiającego czy Przystępującego dowodów na twierdzenie przeciwne nie ma podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, bowiem, jak wynika z protokołu postępowania oferta Odwołującego jest ofertą proponującą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uwzględniając uzasadnione koszty Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....