

Sygn. akt: KIO 2661/13

WYROK
z dnia 2 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej**

przy udziale wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej** 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 2013 r. poz. 907) 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

W dniu 15 listopada 2013 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013r. Nr 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej: „Asseco” lub „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sektorowego, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na: „Modernizację platformy sprzętowej systemu SIRE – DYSTER” (Nr postępowania: BP/63/2013/KK) przez Zamawiającego: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego w toku postępowania polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty Comparex Poland Sp. z o.o., oraz na 2. miejscu oferty Proximus S.A.

Zgodnie z art. 182 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącego podstawę do wniesienia odwołania. W dniu 6 listopada 2013 roku Odwołujący otrzymał „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej” z podaniem kolejności wybranych oferentów w oparciu o kryterium cenowe. Termin na wniesienie odwołania został zatem zachowany. Kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana w ustawowym terminie. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Odwołujący zaznaczył, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Gdyby Zamawiający dokonał czynności, których zaniechał lub też dokonał czynności w sposób prawidłowy, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza, albowiem po odrzuceniu przez Zamawiającego ofert Wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. oraz Proximus S.A., oferta Odwołującego znajduje się w rankingu na pierwszym miejscu. Naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Comparex Poland Sp. z o.o. oraz Proximus S.A., pomimo, iż oferty te nie spełniają wszystkich wymagań określonych w SIWZ - tj. nie uwzględniają, niezgodnie z warunkami SIWZ, prawidłowo obliczonej ceny z tytułu udzielenia licencji w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. oraz Proximus S.A., zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie ofert Wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. oraz Proximus S.A., w sytuacji, gdy dowody potwierdzają, że oferty złożone przez Wykonawców zawierają rażąco niską cenę w stosunku do całości przedmiotu zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzućenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art.15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz.U. z 2003r., Nr 153, poz.1503);
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niepodjęcie czynności wyjaśniających, a w konsekwencji nieodrzućenie ofert Wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. oraz Proximus S.A.;
- 6) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie jego odwołania w całości i o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
3. odrzućenie w całości ofert złożonych przez Wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. i Proximus S.A.,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu wskazano, że zdaniem Odwołującego rozwiązanie informatyczne, które jest przedmiotem oferty Wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. i Wykonawcy Proximus S.A. jest niezgodne z treścią SIWZ.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy dostawy platformy sprzętowej, realizacji usług wdrożeniowych i szkoleniowych oraz dostawy licencji na oprogramowanie narzędziowe, jako uzupełnienie licencji posiadanych przez Zamawiającego. Minimalne wymagania Zamawiający zawarł w Część II SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia. Przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania Zamawiający przeprowadził konsultacje merytoryczne z producentami sprzętu w celu opracowania architektury referencyjnej (spełniającej wymogi PSE) oraz oszacowania budżetu projektu. Na tym etapie, Zamawiający zwrócił się do Asseco Poland S.A. (obecnego dostawcy serwisu dla systemu SIRE), o przygotowanie analizy możliwości migracji systemu SIRE na platformy sprzętowe takich producentów jak

HP, IBM, ORACLE, których to platformy sprzętowe były brane pod uwagę w udziale w przedmiotowym postępowaniu. Na podstawie przeprowadzonych konsultacji każdy z producentów opracował dla Zamawiającego specyfikację platformy sprzętowej spełniającą wymagania i założenia Zamawiającego, niezbędną liczbę licencji, w tym licencji firmy ORACLE, która będzie konieczna dla spełnienia minimalnych wymagań Zamawiającego.

W SIWZ Zamawiający przedstawił wykaz posiadanych licencji, w tym licencji firmy ORACLE. Zgodnie z pkt IV. Część II SIWZ, jeżeli w wyniku realizacji zamówienia niezbędne będzie zastosowanie większej liczby licencji niż ww. to Wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć różnicę w ramach zamówienia wraz z 5-cio letnim utrzymaniem. Wykonawca ponosi koszty brakujących licencji, których dostarczenie jest konieczne przy wdrożeniu oferowanego rozwiązania. Powyższe wymaganie, dotyczące licencji firmy ORACLE, jest kluczowe, gdyż koszt ich zakupu, jak wykażemy poniżej, jest bardzo znaczącym składnikiem całego projektu.

Odwołujący jako jeden z największych integratorów IT na rynku polskim posiada najwyższe poziomy partnerstwa potwierdzone stosownymi certyfikatami producentów takich jak HP, IBM, czy ORACLE. Przywołane powyżej partnerstwa udzielone zostały Odwołującemu ze względu na posiadane profesjonalne zaplecze zarówno handlowe jak i inżynieryjne niezbędne do współpracy z czołowymi producentami takimi jak HP, IBM, czy ORACLE. Na podstawie wiedzy eksperckiej, przed złożeniem oferty, Odwołujący dokonał porównania platform sprzętowych, które mogły spełnić wymagania Zamawiającego w postępowaniu. Przeprowadzona analiza jednoznacznie wskazuje, że wszyscy trzej producenci mają w swojej ofercie rozwiązanie, które może spełnić wymagania zawarte w SIWZ, jednocześnie rozwiązania te są rozwiązaniami funkcjonalnie i technologicznie porównywalnymi, a ich ceny są podobne.

Z przeprowadzonej analizy, doświadczenia i posiadanej wiedzy eksperckiej wynika, że minimalny koszt dostarczenia całości rozwiązania zgodnego z wymaganiami zawartymi w SIWZ nie może być mniejszy niż 10 milionów złotych netto, w tym:

- cena dostawy platformy sprzętowej wraz z usługami wdrożeniowymi, szkoleniami i 5-cio letnim utrzymaniem, nie może być niższa niż 6 milionów złotych netto,
- cena licencji ORACLE wraz z wymaganym 5-cio letnim utrzymaniem nie może być niższa niż 4 miliony złotych.

Powyższe ceny możliwe są do uzyskania jedynie w przypadku jeśli oferent zapewnił sobie uzyskanie cen specjalnych u dostawców poszczególnych komponentów zamówienia, o ponad standardowych upustach. Należy zwrócić uwagę, że dla rozwiązań równoważnych omawianych platform liczba licencji ORACLE, niezbędna dla spełnienia wymagań zawartych w SIWZ powinna być porównywalna, a co za tym idzie, ich koszt również powinien być porównywalny.

Z posiadanych przez Odwołującego informacji jednoznacznie wynika, że ani Comparex Poland Sp. z o.o., ani Proximus S.A. nie występowały o ceny specjalne na licencji ORACLE dla przedmiotowego postępowania, a nie jest możliwe, aby dokonały zakupu takich licencji poza oficjalnym kanałem dystrybucji firmy Oracle Polska Sp. z o.o. Cena wyjściowa licencji ORACLE wynosiła blisko 8 mln złotych netto. Odwołujący wystąpił do firmy Oracle Polska Sp. z o.o. o ceny dedykowane dla przedmiotowego postępowania. Po uzyskaniu dedykowanego rabatu w wysokości około 50%, cena za licencje wraz z wymaganym przez Zamawiającego 5-cio letnim utrzymaniem, wyniosła dla Odwołującego blisko 4 miliony zł. netto, co znalazło odzwierciedlenie w oferowanej cenie z tytułu wykonania całości przedmiotu zamówienia.

Niemożliwym zatem jest, aby oferta firmy Comparex Poland Sp. z o.o. jak i Proximus S.A. obejmowała dostawę wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania. Należy zaznaczyć, że zgodnie z postanowieniem pkt. 8.2. (Oferta cenowa) Części I SIWZ, oferowana cena powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy i opłaty związane z realizacją Zamówienia.

Ponadto, zgodnie z brzmieniem § 7.2 Wzoru Umowy stanowiącego Część IV SIWZ, wynagrodzenie określone w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje wszystkie prace, usługi, dostawy oraz koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy, zgodnie z określonymi w § 2 wymaganiami, w tym, choć niewyłącznie: projektowanie, dostawy sprzętu, oprogramowania oraz instalacje urządzeń, oprogramowania testowanie (...) i pełne uruchomienie dostarczonych Produktów, instruktaże, a także opłaty za dostarczone licencje na oprogramowanie, gwarancje (...).

Zgodnie z zasadą równości wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp, stwierdzić należy że zapewnienie równego udziału w postępowaniu jest nakazem prawa, realizowanym w ustawie Pzp poprzez zobowiązanie Zamawiającego do jednakowego podejścia do wszystkich oferentów. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami Zamawiającego. Ustęp 3 art. 7 wprowadza zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zastosowaniu trybu dozwolonego dla danej wartości i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności. Niezbędne czynności, to czynności zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości w ofertach składanych przez Wykonawców, których to Zamawiający w ocenie Odwołującego nie wyjaśnił.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z zaniechaniem wyjaśnienia przez Zamawiającego istotnej kwestii sposobu ustalenia zaoferowanej przez poszczególnych oferentów całkowitej ceny oferty, która powinna być ustalona w sposób rzetelny i gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia, a w konsekwencji błędnego uznania, że

nie zachodzą przesłanki do odrzucenia ofert Comparex Poland Sp. z o.o. i Proximus S.A. na podstawie przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego Zamawiający zaniechał rzetelnego porównania ofert cenowych wszystkich wykonawców. W szczególności, zaniechał wyjaśnienia treści złożonych ofert przez wszystkich wykonawców w zakresie wyszczególnienia istotnych składowych cenowych oferty mających decydujący wpływ na ostateczną wartość zamówienia. W konsekwencji Zamawiający mógł się narazić na akceptację oferty, która obarczona jest omyłkowym lub zamierzonym pominięciem składowych cenowych lub zaniżeniem ich wartości.

W celu zagwarantowania rzetelności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający powinien zweryfikować ceny częściowe oferty, mające wpływ na ostateczną cenę oferty, w minimalnym rozbiciu na:

- Platformę sprzętową wraz z usługami wdrożeniowymi,
- Szkolenia
- Licencje oprogramowania (ORACLE), z dokładnością co to liczby licencji niezbędnej do spełnienia wymagań SIWZ

Przy tak zróżnicowanych cenach ofert w przedmiotowym postępowaniu, zaniechanie przez Zamawiającego, przeprowadzenia przynajmniej powyższej analizy, utwierdza Odwołującego w przekonaniu, że wybór Zamawiającego jest niezgodny z treścią SIWZ.

Odwołujący stanowczo stwierdza, iż oferta Comparex Poland Sp. z o.o. oraz Proximus S.A. bez wątpienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, nakłady pracy niezbędne do należytej realizacji zamówienia przy mocno konkurencyjnym rynku IT i zbliżonych marżach obowiązujących na rynku, należy stwierdzić że zaoferowana przez Comparex Poland Sp. z o.o. i Proximus S.A. cena realizacji przedmiotowego zamówienia w znacznym stopniu odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów, a także nie znajduje swojego odzwierciedlenia w realnej wartości przedmiotu zamówienia.

Ofertowa cena Comparex Poland Sp. z o.o i Proximus S.A. to, odpowiednio, kwoty: 5 740 295,36 zł netto i 7 150 000,00 zł netto, co stanowi odpowiednio około 57% i 71% możliwej i przedstawionej powyżej minimalnej kwoty dostarczenia całości rozwiązania zgodnego z SIWZ, podczas gdy ceny ofertowe pozostałych oferentów (w tym Odwołującego) oscylują realnie na poziomie rzeczywistej wartości wykonania zamówienia. Taka rozbieżność winna zostać przez Zamawiającego szczególnie dokładnie zbadana i wyjaśniona.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie KIO stanowiskiem, punktem wyjścia do oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, są m.in. ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu oraz ceny rynkowe usług tożsamyh z oferowanymi. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna

w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny może być też skutkiem czynu nieuczciwej konkurencji – jeśli wykonawca świadomie oferuje wykonanie zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług objętych zamówieniem w celu eliminacji innych oferentów (patrz: art.15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Przywołano orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach, który w wyroku z dnia 30 stycznia 2007r. sygn. Akt XIX Ga 3/07 stwierdził, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby nieopłacalne. Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 sierpnia 2012r. (KIO 1649/12) stwierdziła, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, a jej przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana zarówno przez Comparex Poland Sp. z o.o., jak i przez Proximus S.A. jest właśnie przykładem ceny nierealnej, oderwanej od cen rynkowych. Jest jednocześnie ceną, która w przekonaniu Odwołującego skutkuje koniecznością świadczenia przez tych oferentów usług objętych przedmiotem zamówienia poniżej ich kosztów własnych. Zdaniem Odwołującego nie ma realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Comparex Poland Sp. z o.o., jak i przez Proximus S.A. Świadczy o tym chociażby cena zaoferowana przez Odwołującego, który jest długoletnim dostawcą tego rodzaju produktów i usług na rynku IT i posiada pełną wiedzę w zakresie rzeczywistych ich kosztów. W opinii Odwołującego, potwierdzonej stosownym dokumentem, Comparex Poland Sp. z o.o. ani Proximus S.A., nie udowodniły, iż zaoferowana przez nie cena ofertowa jest realną ceną, za którą są w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, zobowiązany jest do szczegółowego wyjaśnienia wszystkich elementów ceny, które miały wpływ na jej wysokość. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia wykonawcy składane w toku procedury wyjaśniającej z art.90 ust. 1 ustawy Pzp powinny szczegółowo i wyczerpująco opisywać wpływ poszczególnych składników cenotwórczych na łączną cenę oferty. W wyroku z dnia 7 lipca 2010r. (sygn. KIO/UZP1260/10) Krajowa Izba Odwoławcza wprost stwierdziła, że „w oparciu o przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia, Izba uznała że nie były one wystarczające dla potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny oferty, a tym samym nie spełniały wymogu przepisu art.90 ust.2 ustawy. Wyjaśnienia wykonawcy zawierały ogólne stwierdzenia (...) Celem zaprowadzonej przepisami ustawy instytucji składania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny było uzyskanie potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny Jak trafnie ujął to w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010r. Sąd Okręgowy Warszawa -Praga w Warszawie (sygn. akt IV Ca 1299/09), wyjaśnienia powinny być jak

najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust.3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi "podpowiadać" wykonawcy dlaczego uważa cenę za zbyt niską".

Z powyższych względów, w zaistniałych okolicznościach przedmiotowego postępowania, Odwołujący wskazał, iż słusznym powinno być odrzucenie przez Zamawiającego oferty zarówno Comparex Poland Sp. z o.o., jak i Proximus S.A., z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nadto, Odwołujący przywołał także na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009r. (sygn. Akt: XII Ga 88/09) i próbę zdefiniowania sformułowania „rażąco niskiej ceny”. Zdaniem Izby „rażąco niska cena” to cena, która w sposób rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży odbiega od ogólnej ceny innych ofert. Nie może być to więc cena niższa od pozostałych o 35-40% ponieważ nie spełnia wskazanych wyżej kryteriów. Znakomita część orzecznictwa w zakresie wypracowania kryteriów oceny cen ofertowych przyjmuje właśnie za zasadną analizę opartą na wyliczeniu matematycznej - procentowej różnicy tych cen. Jak wskazano już powyżej, w tym postępowaniu ta procentowa różnica jednoznacznie wskazuje zdaniem Odwołującego na fakt, iż mamy do czynienia z ewidentnym przypadkiem oferty zawierającej rażąco niską cenę, co oznacza jednocześnie, iż oferta Comparex Poland Sp. z o.o., jak i Proximus S.A. jest o odpowiednio 55% i 44% niższa od średniej pozostałych ofert.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, że obowiązek odrzucenia oferty zarówno Comparex Poland Sp. z o.o., jak i Proximus S.A., powinien wynikać także z obawy o należyte wykonanie zamówienia. Nadto, z uwagi na fakt, iż ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego szczególny obowiązek prowadzenia postępowania z uwzględnieniem i poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji - odrzucenie oferty Comparex Poland Sp. z o.o., jak i Proximus S.A. winno być stanowczym sprzeciwem Zamawiającego wobec zachowań Wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję.

W dniu 18 listopada 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 listopada 2013 roku, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Jednocześnie Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego.

Zamawiający złożył na rozprawie pisemną odpowiedź na odwołanie, przedstawiając szczegółową argumentację dotyczącą sposobu przeprowadzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i wnosił o oddalenie odwołania w całości. Załączył również szczegółową kalkulację, sporządzoną na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawców Comaprex Poland Sp. z o.o. i Proximus S.A. w zakresie ukształtowania ceny oferty z uwzględnieniem wymagań SIWZ.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy i złożone oświadczenia przez poszczególne Strony sporu uznano, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Z zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wynika, że przedmiotem zamówienia jest modernizacja platformy sprzętowej systemu SIRE-DYSTER, tj. dostawa i implementacja platformy składającej się z następujących elementów: macierzy dyskowych, serwerów obliczeniowych, bibliotek taśmowych, przełączników LAN i SAN, oprogramowania systemowego, serwerów terminalowych.

- W ramach oferty cenowej Zamawiający w SIWZ określił, że walutą jest złoty polski. Cenę należało podać w rozbiciu na cenę netto w zł, kwotę podatku VAT oraz cenę brutto

w złotych. Cena powinna zawierać wszystkie koszty i opłaty związane z realizacją zamówienia.

Wartość zamówienia, zgodnie z protokołem ZP-PN została ustalona na kwotę 10 000 000 zł co stanowi równowartość 2 487 809,73 euro netto na podstawie cenników publikowanych przez producentów z uwzględnieniem 60% przewidywanego upustu. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 12 300 000 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy, proponując w nich następujące ceny:

- 1) Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, cena 7 060 563,29 zł;
- 2) Proximus S.A. z siedzibą w Katowicach, cena 8 794 500,00 zł;
- 3) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, cena 14 419 290,00 zł;
- 4) Trecom Enterprise Solutions Sp. z o.o. i Trecom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, cena 17 164 650,00 zł

Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str. 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania

techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jeśli Zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którymi ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Jednoznacznie podkreślić należy, że wystąpienie 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. Tryb ten dlatego winien być stosowany tylko wówczas, gdy badając i oceniając oferty Zamawiający poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny danej oferty. Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, że w każdym przypadku różnic cenowych między ofertami i choćby wartością szacunkową zamówienia, Zamawiający zobligowany jest uruchomić procedurę wyjaśnień. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale poprzez realność poczynionych założeń danego wykonawcy, uwzględniając specyfikę działania danego wykonawcy, czy też specyfikę rynku zamówień w danej branży.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do dwóch pierwszych wykonawców z rankingu ofert. Przystępujący Comaprex złożył szczegółowe wyjaśnienia, w rozbiciu ceny całkowitej na poszczególne etapy dostawy oraz załączył dodatkowe dokumenty od producentów i dostawców potwierdzające, że możliwe było osiągnięcie ceny na wskazanym przez wykonawcę w ofercie poziomie. Podobnie zaprezentował wyjaśnienia cenowe drugi z wykonawców.

Powyższe oznacza, iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogło się ostać i nie został potwierdzony. Zamawiający zastosował wymaganą procedurę wyjaśniającą, dokonał wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień (co potwierdza dokumentacja postępowania oraz stanowisko pisemne przedstawione na rozprawie), a tym samym spełnił wszystkie obowiązki wynikające z ustawy Pzp w zakresie badania czy mamy do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Odwołujący w zakresie naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziłyby, że analiza merytoryczna wyjaśnień wykonana przez Zamawiającego nie była prawidłowa.

W przypadku naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, to zauważyć należy, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: ustalona należycie przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, ceny zaoferowane przez innych wykonawców, ceny rynkowe przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu wszystkich czynników mających wpływ na wysokość ceny.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że porównując złożone w postępowaniu oferty, słusznie Zamawiający i Przystępujący zauważyli, że różnica między ofertą najtańszą a drugą w kolejności nie jest znacząca, biorąc choćby pod uwagę zakres i przedmiot zamówienia. Taka różnica procentowa w żaden sposób nie udowadnia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jest to normalne następstwo przyjęcia przez kolejnych wykonawców różnej wielkości składników cenotwórczych czy zysku. Nie są to różnice, które mogłyby uzasadniać zarzut rażąco niskiej ceny, zwłaszcza jeżeli uwzględni się przy ocenie ceny takie czynniki jak opis przedmiotu zamówienia, który został dokonany w sposób funkcjonalny, a więc to od wykonawców składających oferty zależało jaki model i jakie rozwiązanie zaproponują Zamawiającemu, co niewątpliwie przełożyło się na czynniki kosztotwórcze i wpłynęło na cenę całkowitą oferty. To ceny pozostałych dwóch wykonawców różnią się znacząco między sobą i odbiegają nawet od przewidywanego w postępowaniu budżetu. Dokonując pobieżnej analizy proponowanych cen, można by postawić tezę, że kwota około 7 000 000 zł jest kwotą zbliżoną do wartości budżetu Zamawiającego, a z pewnością kwota 14 000 000 zł i 17 000 000 zł znacząco ten budżet przekracza. A jak twierdził sam Odwołujący kwota 12 000 000 zł była kwotą racjonalną i warunkującą prawidłowe wykonanie zamówienia.

Idąc dalej i porównując złożone oferty z wartością szacunkową oszacowaną przez Zamawiającego i kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania, również nie sposób przyjąć, że oferty kwestionowanych wykonawców są ofertami zawierającymi rażąco niską cenę. Nawet jeżeli cena ofert odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, to jak słusznie zauważył Zamawiający, który ma doświadczenie w prowadzeniu postępowań o podobnym charakterze, zauważalnym zjawiskiem w postępowaniach informatycznych w ostatnim okresie jest zjawisko nasilonej konkurencji, co niewątpliwie przekłada się na ceny proponowane przez poszczególny wykonawców. Między tymi wartościami (tj. wartością szacunkową zamówienia a wartością dwóch pierwszych ofert) nie można mówić o poziomie tak rażąco odbiegającym, który nie gwarantowałby nieosiągnięcia choćby minimalnego zysku lub który groziłby niewykonaniem przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego właściwe wydaje się porównanie wartości (ceny) dwóch pierwszych w rankingu ofert i budżetu Zamawiającego. Porównanie to zaś pokazuje, iż ta wskazywana przez Odwołującego różnica w takim ujęciu nie jest znacząca.

Ponadto odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest także wystarczające (za wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością (za wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 671/08). Takie ukształtowanie cen w postępowaniu oznacza po prostu zaciętą walkę o tak intratne zamówienie.

Skład orzekający KIO w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym podziela także stanowisko wyrażane przez doktrynę i orzecznictwo, że pojęcie rażąco niskiej ceny odnosić należy do ceny całkowitej oferty, a nie do poszczególnych elementów składających się na cenę całkowitą.

O ile prawidłowe jest rozumowanie Odwołującego, że złożenie oferty z rażąco niską ceną stanowić może w określonych okolicznościach czyn nieuczciwej konkurencji, co w ostateczności, w przypadku zaniechania odrzucenia takiej oferty w trakcie procesu badania i oceny ofert, prowadzi do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to w referencyjnym postępowaniu, ponieważ nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, niemożliwym był do uznania jego zasadności również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej w odwołaniu o braku zaoferowania wymaganej liczby licencji, co mogłoby tłumaczyć ceny dwóch pierwszych ofert, ale jednocześnie powodowałoby, zdaniem Odwołującego, złożenie ofert treścią nie odpowiadających treści SIWZ, to dostrzeżenia wymaga okoliczność, że po pierwsze w SIWZ Zamawiający szczegółowo wskazał jakim oprogramowaniem dysponuje (przy opisie przedmiotu zamówienia), zaznaczył również, że wykonawca zobowiązany będzie do zaoferowania większej liczby licencji, jeżeli będzie to niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia z uwagi na przyjęte rozwiązania techniczne. Po drugie z żadnych pozostałych zapisów SIWZ nie wynikała jakakolwiek liczba licencji, choćby minimalna, do dostarczenia, bowiem Zamawiający nie narzucił sposobu wykonania zamówienia. Argumentacja Odwołującego o niezbędnym poziomie licencji określonym jako minimum 10 nie została natomiast poparta żadnymi dowodami poza odwołaniem się do wiedzy własnej Odwołującego. Co ciekawe, z oferty Odwołującego nie można wywnioskować jaką liczbę licencji zaoferował on sam, ponieważ cena w ofercie miała być ujęta na poziomie globalnym, a liczba licencji ujętych w ofercie Przystępującego oraz Proximus S.A. znana jest tylko

z uwagi na wezwanie tych wykonawców do złożenia wyjaśnień. Dowodem na prawidłowe skonstruowanie zarzutu miała być, zdaniem Odwołującego, odpowiedź, której Zamawiający udzielił na pytanie nr 24 w toku prowadzonego postępowania. Analizując jednakże stanowisko Zamawiającego w zakresie funkcjonowania platformy testowej i badawczej w ośrodku zapasowy i ośrodku głównym, w ocenie Izby odpowiedzi tej nie należy utożsamiać z wymaganą liczbą minimalną licencji do ujęcia w ofercie, ale raczej z określeniem zasad dotyczących zapewnienia skutecznego przejęcia przez ośrodek zapasowy funkcji ośrodka głównego w przypadku awarii tego ostatniego. W ocenie składu nie oznaczało to, że nie będzie możliwe wykorzystywanie licencji z ośrodka głównego w ośrodku zapasowy. Jeżeli jednak Odwołujący uważał, że taką koncepcję należy zaprezentować w ofercie, był uprawniony na etapie wstępnym postępowania do dalszego wyjaśniania tej kwestii, czego nie uczynił. Na obecnym zaś etapie, wszelkie niejasności lub niedopracowanie SIWZ, tłumaczyć należy na korzyść wykonawcy.

W świetle przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego dowodów uznać można, że przyjęta do wyceny liczba licencji oprogramowania ORACLE zależała od wielu czynników, w tym przede wszystkim od rodzaju sprzętu mogącego pochodzić od różnych producentów, zastosowania określonej technologii do osiągnięcia mocy obliczeniowej dla dwóch ośrodków lokalizacyjnych, co niewątpliwie przełożyło się na cenę kompletnego rozwiązania. Nie była zatem możliwa taka ocena struktury cenowej każdej z ofert, która nie uwzględniałaby tej różnorodności. Rozumowanie powyższe potwierdza opinia złożona przez Przystępującego Comparex, sporządzona przez dr inż. Z....., której to przyjętym założeniom Odwołujący nie zaprzeczył. Nie może być zatem mowy o potwierdzeniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez Zamawiającego przez jego niezastosowanie. Zaistnienia niegodności treści ofert z treścią SIWZ nie wykazano.

Dokonana analiza pokazuje, iż w żadnym z punktów odniesienia, Odwołujący nie udowodnił możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny lub złożenia oferty treścią nieodpowiadającej treści SIWZ. Z przedstawionych względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

Konkludując, uznano, iż wykonawca Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzonego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: