

Sygn. akt: KIO 1403/11

WYROK
z dnia 18 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 r. przez Odwołującego - Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa, przy udziale wykonawcy - B3System S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz, tytułem wpisu od odwołania,

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

Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21 00-919 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług serwisowych i usług konserwacyjnych w zakresie systemów wchodzących w skład CMZ przez okres 12 miesięcy”.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2011 roku poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez B3System" S.A. Al. Jerozolimskie 162 A 02-342 Warszawa i tym samym o niewybraniu oferty „Bazy i Systemy Bankowe" Sp. z o.o. ul. Kasprzaka 3 85-321 Bydgoszcz, zwanego dalej „Odwołującym”. Do postępowania skutecznie przystąpił wykonawca którego oferta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, tj. B3System" S.A zwany dalej „Przystępującym”

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp.:

Niniejszym zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy pzp:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, a co więcej wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej;
 - naruszenie art. 90 ust. 2 pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, tj. przyjęcie, że wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny są zasadne, w sytuacji gdy przy dokonaniu prawidłowej i rzetelnej ich oceny w oparciu o obiektywne czynniki, należało zająć stanowisko całkowicie odmienne, skutkujące odrzuceniem oferty Wykonawcy;
 - naruszenie art. 90 ust. 3 pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo, że dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów pzp, w wyniku których uznano ofertę Wykonawcy jako najkorzystniejszą pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę,
 - naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 pzp poprzez odmowę odtajnienia / ujawnienia i udostępnienia informacji, pomimo, iż mają one charakter jawny,
- oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania;

a także prawdopodobnie:

- naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. jeśli wbrew zajętemu przez Zamawiającego stanowisku z utajnionej części oferty wynikałoby ostatecznie, że Wykonawca nie spełnia jednak warunków udziału;
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy jeśli wbrew stanowisku zajętemu przez Zamawiającego z utajnionej części oferty wynikałoby ostatecznie, że Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie Odwołania,
- unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy,
- nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Wykonawcy,
- nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

lub ewentualnie o:

- wykluczenie Wykonawcy i w związku z tym uznanie jego oferty za odrzuconą, jeśli Izba wskutek poczynionych ustaleń uzna, że Wykonawca nie spełnia jednak warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje.

Uzasadniając zarzut z art. 89 ust.1 pkt.4 podał, że na skutek przeprowadzonego badania ofert Zamawiający wystosował, w dniu 17.06.2011 r., do Wykonawcy pismo z żądaniem złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty. Wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na powyższe wezwanie, przedstawione przez Wykonawcę w dniu 22.06.2011 r., zdaniem Odwołującego, nie mogą mieć większego znaczenia i z pewnością nie mogą zostać uznane za wystarczające w niniejszej sprawie. Generalnie rzecz ujmując na ich treść składają się wyłącznie dość ogólne sformułowania o charakterze pewnych oświadczeń i deklaracji Wykonawcy, zgodnie z którymi m.in.: jest on w stanie w pełni zrealizować przedmiot zamówienia za wskazaną w ofercie kwotę, cena obejmuje „wszystkie koszty związane z oferowanym świadczeniem”, „pozwala na wykonanie usługi z należytą starannością oraz zawiera zysk Wykonawcy”.

W taki sam powierzchowny sposób określano również poszczególne elementy cenotwórcze -pomijając przy tym jakiegokolwiek wyliczenia, analizy, podstawy - celem przykładu B3System w ogóle nie wyjaśniła, ile godzin zakłada na serwis w poszczególnych obszarach.

Wskazał iż zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 Pzp wykonawca musi udowodnić, że cena zaoferowana nie jest ceną rażąco niską mają to być wyjaśnienia poparte dowodami potwierdzającymi prawdziwość oświadczeń czy twierdzeń wykonawcy w tym zakresie.

Uważa, że Zamawiającemu nie wolno oceniać pustych deklaracji, a w tym postępowaniu Zamawiający tak zrobił. Przywołał zarzut, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie faktu, że złożona przez niego cena jest ceną nie realną, a tym samym rażąco niską nie gwarantującą w sposób prawidłowy wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący jest przekonany, że wartość ryczałtu za usługi serwisowe została zaniżona w stosunku do niezbędnego czasu który należy przeznaczyć na wykonywania tego zamówienia. Wskazał, że analizując przy przyjęciu swojego doświadczenia na podstawie wieloletniego świadczenia tych usług dla Zamawiającego, że wykonawca nie zdaje sobie sprawy jak wymagana jest duża pracowitość w tym zakresie. Dlatego też za niezasadne uważa twierdzenia, iż realność ceny wykonawca wywodzi z tego, że posiada własnych pracowników którym przy realizacji obecnych zadań dołoży wykonywania obowiązków wynikających z przedmiotu zamówienia dla NBP.

Jego zdaniem pracowitość jest tak duża, że do realizacji przedmiotu zamówienia muszą być oddelegowani pracownicy wykonujący tylko te usługi serwisowe. Wskazanie przez wykonawcę kwotę jako ryczałtowe miesięczne wynagrodzenie jest kwotą niską i jak potwierdza to ekspertyza z opinii według cen rynkowych może być nawet dwukrotnie wyższa od wskazanej w ofercie i osiągnąć nawet 60.000 zł.

Wskazuje iż on również posiada pracowników, własne oprzyrządowanie serwisowe i na podstawie wieloletniego doświadczenia stwierdza, że za cenę podaną wykonawca nie byłby stanie prawidłowo zrealizować zamówienia.

Zarzucił że oferta Wykonawcy, pomimo, iż ewidentnie zawiera rażąco niską cenę, została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą i firma B3System S.A. otrzymała maksymalną liczbę punktów-100.

Na potwierdzenie słuszności swojego stanowiska dotyczącego zarzutu iż zaofiarowana przez Przystępującego ofert zawiera rażąco niską cenę Odwołujący przedłożył - Ekspertyzę-Opinię techniczną w zakresie zasadności tez zawartych w odwołaniu do KIO nr UZP/DO/MP/11005/12928/11 Autorstwa Piotra F. Autor ekspertyzy wskazał, że „Zadaniem rzeczoznawcy było zweryfikowanie poczynionych przez BSB założeń i tez oraz przeanalizowanie ich pod kątem poprawności technicznej, dobrych praktyk i standardów IT oraz ogólnej wiedzy z zakresu systemów informatycznych”. Wskazał, że do celów ekspertyzy założono, że cena ta zawiera wszystkie składniki cenotwórcze, których opis Zamawiający zawarł w SIWZ. Na tej podstawie rzeczoznawca stwierdza, że ostateczna całościowa cena składa się z dwóch składników cenowych:

- a) ceny za usługi serwisowe - dalej oznaczone jako [A],
- b) ceny za usługi konsultacji w wymiarze 200 rbd. - dalej oznaczone jako [B].

Wskazał, że po analizie odpowiedzi B3System na zarzut rażąco niskiej ceny, w ocenie rzeczoznawcy, można stwierdzić, że nie udzielono odpowiedzi umożliwiającej weryfikację

kalkulacji złożonej oferty. Nie została przedstawiona rzetelna kalkulacja, przyjęte założenia ani inne czynniki kosztowe, które mogłyby wyjaśnić, w jaki sposób została wykonana kalkulacja. Dodatkowo w odpowiedzi B3System odnoszono się wyłącznie do ceny jednostkowej z [B], gdzie kalkulacja nie wymaga wyjaśnienia. Dla [A] podano tylko, że cena 28 tyś zł za miesiąc abonamentu na usługi serwisowe jest rynkowa. Zdaniem rzeczoznawcy za rynkową można by uznać także cenę 5 tyś zł przy odpowiednich założeniach (np. założeniu tylko gotowości i obsługi telefonicznej) oraz 60 tyś (przy założeniu przebywania na terenie Zamawiającego kilku konsultantów przez 8 godzin dziennie 5 dni w tygodniu). Problem w tym, że nie jest wiadome do jakich wskaźników ilościowych się odnoszono. Tym samym pismo nie wyjaśnia zarzutu rażąco niskiej ceny. Porównanie pracochłonności wskazanej przez B3System w odniesieniu do historycznych pracochłonności w poprzednich latach wskazanych przez BSB w odwołaniu, w zakresie świadczenia usług [A] jednoznacznie świadczą o istotnym niedoszacowaniu przez B3System pracochłonności. Ponadto wskazał na niewystarczający jego zdaniem opis przedmiotu zamówienia w siwz, a przede wszystkim fakt, że Zamawiający nie zawarł żadnych kryteriów ilościowych pozwalających na rzetelne wyliczenie całkowitej wartości zamówienia, a tym samym taki opis nie pozwala na niezależne, porównywalne i weryfikowalne obliczenie wartości zamówienia dla usług serwisowych. Tym samym powstała możliwość przyjmowania przez oferentów praktycznie dowolnych założeń cenotwórczych odnośnie pracochłonności zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że wynik przetargu może być nieprzewidywalny i krzywdzący dla niektórych oferentów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust.1 i 3 pzp i związanego z nim jako ewentualnego zarzutu naruszenia art. 22 ust.1 pkt.2 i 3 w związku z art. 24 ust.2 pkt. 3 i 4 wskazał, że wykonawca utajnił część oferty która zawiera wykaz osób, za pośrednictwem których Przystępujący zamierza zrealizować zamówienie. Tym samym zdaniem Zamawiającego w tym zakresie rodzi się wątpliwość czy wykonawca posiada osobę posiadającą posiadającej kwalifikację i doświadczenie i certyfikat SCC ponadto czy taką osobę posiada wśród własnych pracowników, czy jest to osoba która będzie zatrudniona z zewnątrz. Nadmieniam, iż jego zdaniem na rynku pracy, oprócz personelu Odwołującego uprawnienie i doświadczenie w tym zakresie posiada tylko jedna osoba, która byłaby w stanie spełnić swoimi kwalifikacjami wymóg Zamawiającego w tym zakresie. W związku z czym wnosi o przeanalizowanie przez Izbę udostępnionych jej tylko zastrzeżonych informacji pod kątem powyższych zastrzeżeń, celem ostatecznego potwierdzenia czy takie naruszenia faktycznie miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Jeśli takim pracownikiem by nie dysponował to Zamawiający mylnie uznał, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i naruszył tym samym dyspozycję art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp niewłaściwie ją stosując.

Zamawiający pismem z dnia 12.07.2011 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania podniósł między innymi, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający może odrzucić skutecznie ofertę Wykonawcy tylko wówczas, gdy udowodni, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Analizując treść oferty Zamawiający nie stwierdził, aby zachodziły podstawy do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Z treści oferty wynika, że:

- 1) wybrany Wykonawca wykona przedmiot zamówienia określony w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) wybrany Wykonawca uwzględnił w ofercie wszystkie koszty w tym niektóre z nich szczegółowo wyodrębnił i uwzględnił podatek VAT w wysokości 23 %;
- 3) wybrany Wykonawca zaakceptował zawarty w SIWZ projekt umowy wraz ze wszystkim zobowiązaniami zawartymi w projekcie umowy;
- 4) wybrany Wykonawca zaoferował cenę 413.280,00 złotych za świadczenie usług rozszerzonego wsparcia serwisowego systemów wchodzących w skład CMZ przez okres 12 miesięcy, która to cena nie może być zakwalifikowana jako cena nierealistyczna czy cena rażąco odbiegająca od cen tego rodzaju usług;
- 5) wybrany Wykonawca zaoferował cenę 319.800,00 złotych za świadczenie usług konsultacyjnych dotyczących systemów wchodzących w skład CMZ w wymiarze 200 osobodni, która to cena nie może być zakwalifikowana jako cena nierealistyczna czy cena rażąco odbiegająca od cen tego rodzaju usług;
- 6) wybrany Wykonawca zaoferował cenę za 1 osobodzień świadczenia usług konsultacyjnych dotyczących systemów wchodzących w skład CMZ w wysokości 1.599,00 złotych, która to cena nie może być zakwalifikowana jako cena nierealistyczna czy cena rażąco odbiegająca od cen tego rodzaju usług;
- 7) wybrany Wykonawca zaoferował wykonanie całego zamówienia za łączną kwotę 733.080,00 złotych, która to cena nie może być zakwalifikowana jako cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podniósł, że zgodnie z ugruntowaną zarówno w doktrynie jak o orzecznictwie KIO i sądów powszechnych cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Nie można się zgodzić z założeniami Odwołującego, który uzasadniając rażąco niską cenę złożoną przez B3System S.A. przedstawił wyliczenie oparte na założonej przez siebie liczbie 500 roboczodni wykonywania usługi ustalonej przez Odwołującego na podstawie dotychczasowych doświadczeń wynikających z wykonywania usługi na rzecz Zamawiającego w latach poprzednich, a następnie przemnożył to przez cenę

za 1 osobodzień świadczenia usług konsultacyjnych dotyczących systemów wchodzących w skład CMZ w wysokości 1.300,00 złotych netto zaoferowaną przez wybranego Wykonawcę. Cena wg. wymogu siwz za wykonanie całego przedmiotu umowy nie odnosiła się do liczby 500 dni świadczenia usług. W tym zakresie każdy Wykonawca był zobowiązany podać cenę ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przy czym oprócz ceny za wykonywanie usług przez 200 osobodni Zamawiający wymagał podania zryczałtowanej kwoty świadczenia usług rozszerzonego wsparcia serwisowego systemów wchodzących w skład CMZ przez okres 12 miesięcy nie żądając od Wykonawców, aby wyliczali w tym zakresie identyczny koszt jednego dnia roboczego wykonywania usług. Gdyby taka była wola Zamawiającego to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w projekcie umowy stanowiącym załącznik do siwz wskazałby jako podstawę liczbę osobodni wykonywania usług. Skoro tak nie uczynił w odniesieniu do ceny oferty za cały przedmiot zamówienia, a tylko w zakresie jednego z elementów zamówienia żądał podania ceny za świadczenie usług konsultacyjnych dotyczących systemów wchodzących w skład CMZ w wymiarze 200 osobodni, to oznacza, że jakiegokolwiek wyliczenia w tym zakresie poczynione przez Odwołującego mogą stanowić podstawę poprawności wyliczenia ceny wyłącznie przez Odwołującego, a nie przez B3System S.A. Jego zdaniem odwołujący bezpodstawnie przyjął, że zaoferowana cena za 1 osobodzień świadczenia usług konsultacyjnych dotyczących systemów wchodzących w skład CMZ w wysokości 1.599,00 złotych brutto, to cena każdego dnia pracy wykonawcy. Na wykonanie zamówienia składają się także inne usługi i zakładanie, że wykonanie jednego z elementów zamówienia za wskazaną przez Wykonawcę cenę jednego osobo dnia, dotyczy także innych elementów jest założeniem błędnym. Wskazał również na fakt, że profesjonalne świadczenie usług serwisowych może znacząco obniżyć koszt świadczenia usługi dla Zamawiającego w całym okresie trwania umowy. Ponadto z treści postanowień projektu umowy wynika, że wykonanie części zamówienia usługi serwisowe nie jest powiązane z konkretną liczbą osobodni lecz okresem 12 miesięcznym. Po drugie przy usługach konsultacyjnych rozliczenie nastąpi za faktycznie wykonane usługi a liczba 200 osobodni jest maksymalnym zakresem tej usługi.

Podważając słuszność zarzutów odwołania wskazał, że Odwołujący za „rynkowy”, i „realny” uznaje, tylko ten poziom ceny wykonania przedmiotu zamówienia, który sam zaoferował. Jest to pogląd zupełnie nieuprawniony. Wykonanie usług serwisowych i konsultacyjnych związanych w zakresie systemów wchodzących w skład CMZ nie wymaga drogiego czy kosztownego inwestowania w sprzęt czy materiały lecz wymaga pozyskania osób posiadających odpowiednią wiedzę, kwalifikacje i doświadczenia. Ponieważ w tym zakresie Wykonawca wykazał, że dysponuje minimalnie wymaganą liczbą osób spełniających warunki Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę, że firmie B3System S.A. oraz wykazanym osobom przysługuje duży zakres swobody w wyznaczeniu wynagrodzenia za wykonywaną pracę.

Równocześnie zaznaczył, że biorąc pod uwagę fakt, że oferta firmy B3System S.A. była niższa cenowo od oferty Odwołującego i od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wystąpił w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień przez odnośnie niskiej ceny. Nie można jednakże z samego faktu wezwania wnosić, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z treści złożonych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że oferowana cena obejmuje cały zakres zamówienia i firma B3System S.A. ujęła w cenie oferty wszystkie koszty wykonania zamówienia. To, że wyjaśnienia nie są tak szczegółowe jak tego oczekiwaby Odwołujący nie oznacza, że cena oferty jest rażąco niska. Określona w art. 90 Pzp procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy. Brak jest również uzasadnionych podstaw do tego aby opierając się na założeniach w przedstawionych wyliczeniach Odwołującego czy też poleganie wyłącznie na jego wiedzy i doświadczeniu, jakie wyniósł z realizacji w latach poprzednich na rzecz Zamawiającego usług będących przedmiotem zamówienia, uznać za podstawę dla udowodnienia rażąco niskiej ceny. Wskazał, że system CMZ, jak każdy system informatyczny ma wiele szczególnych elementów wyróżniających go spośród innych systemów. Nie oznacza to jednak, że jedynym Wykonawcą mogącym zrealizować zamówienie jest Odwołujący, podobnie jak nie oznacza to, że jedyna cena wykonania usługi wyliczona „realnie” i „rynkowo” to cena oferty obliczona przez Odwołującego. Ponadto nie może być postrzegana, jako złożenie oferty z rażąco niską ceną, działanie ukierunkowane na wygranie przetargu, poprzez złożenie możliwie najtańszej oferty. Konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert w celu wygrania postępowania i otrzymania zamówienia jest bowiem istotą postępowań o zamówienia publiczne.

Nadto w tym zakresie na rozprawie podniósł, że podnosi, że zaproponowana przez wybranego wykonawcę stawka za jedną roboczo dniówkę konsultacji wynosiła 1 300,00 złotych, a Odwołujący zaproponował ją w stawce 920 złotych co wskazuje, że przy tym elemencie cena wybranego wykonawcy jest wyższa niż cena zaproponowana przez Odwołującego. Zasadne jest zdaniem Izby przywołanie w tym miejscu stanowiska pełnomocnika Odwołującego który w zdaniu końcowym oświadczył, że *„Uważa za „sprytne” podnoszenie przez Zamawiającego dla uzasadnienia nie występowania rażąco niskiej ceny, iż w zakresie konsultacji Przystępujący podał wyższą cenę roboczodnia niż to uczynił Odwołujący. Oświadczył, że zarzut rażąco niskiej ceny podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu dotyczy tylko świadczeń serwisu, a nie ceny usług konsultacyjnych.”*

Zamawiający wskazał też że poziom różnicy cen pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a wybranego wykonawcę wynosił około 20% natomiast cena wybranego wykonawcy była niższa o około 30% od kwoty szacunkowej wartości zamówienia. Nawiązując do złożonych przez Przystępującego wyjaśnień co do prawidłowości zaoferowanej w ofercie ceny oświadczył, iż nie pozostawiały one żadnych wątpliwości co do

tego, że w oferta zawiera wynagrodzenie za wszystkie elementy ujęte w specyfikacji i za tą cenę wybrany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie. Na potwierdzenie swojego stanowiska w tej sprawie przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej z których wynikają główne tezy iż „*że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.*” (..) *”O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych”* (...) „*samo złożenie oferty z niższą ceną nie oznacza, że jest to czyn nieuczciwej konkurencji. Konkurencja (w tym cenowe) jest bowiem przejawem stosowania przez wykonawców mechanizmów wolnorynkowych. Nie może być postrzegana, jako złożenie oferty z rażąco niską ceną działanie ukierunkowane na wygranie przetargu, poprzez złożenie możliwie najtańszej oferty*”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy, wskazał że wykonawca może nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzec pewne dane mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wnikliwie zweryfikował i wyjaśnił poprawność zastrzeżenia informacji, które w ocenie firmy B3System S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyniku działań Zamawiającego część informacji zastrzeżonych pierwotnie przez Wykonawcę została ujawniona do wiadomości odwołującego. W odniesieniu jednak do informacji zawartych w wykazie osób, które mają uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w pełni zachodziły podstawy do uznania tych informacji za stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Ponadto odnośnie zgłoszonego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp wskazał na zarzut formalny, iż jest on spóźniony gdyż Odwołującemu w zakresie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa odmówiono dostępu do tych danych w dniu 18 maja 2011 r. i wykonawcy w tym zakresie przysługiwało odwołanie z czego nie skorzystał, a tym samym zgłaszany zarzut jest po terminie.

Jednakże odnosząc się merytorycznie do tego zarzutu wskazał, że z żadnego zapisu siwz, a zwłaszcza postanowień ze strony 4, 3 oraz 22 nie wynika wymóg, aby wykonawca miał wykazać się posiadaniem certyfikatu określone symbolem SCC o który to zarzut podnosi Odwołujący. Brak było również wymogu aby wiedzę i doświadczenie można było nabyć tylko przez prace u Zamawiającego. Potwierdził prawo wykonawcy do zachowania w zastrzeżonym i uznanym przez Zamawiającego zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto oświadczył, iż na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wynika, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wiedzy i doświadczenia.

Ponadto wskazał, że zarzuty odwołania oparte są na wybiórczym stosowaniu przepisów ustawy pzp i doborem tylko takich faktów, które są dla Odwołującego podstawą formułowania określonych żądań i zarzutów. Jednakże Zamawiający nie może takich działań uznać za poprawne, gdyż ich akceptacja spowodowałaby naruszenie podstawowych zasad funkcjonowania systemu zamówień publicznych to jest zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożony dokument prywatny Odwołującego - ekspertyzę oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, spośród dwóch złożonych w postępowaniu ofert i w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Stan faktyczny sprawy podany przez strony i Przystępującego został uzupełniony przez Izbę poprzez badanie na okoliczność spełnienia warunku podmiotowego z art. 22 ust.1 pkt.2 ustawy pzp dokumentacji postępowania zastrzeżonej przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów 89 ust. 1 pkt. 4; art. 90 ust. 2 i 3 ustawy pzp. Izba stwierdza, że powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 90 ustawy pzp nakłada na Zamawiającego, w razie powzięcia wątpliwości co do tego, czy cena nie jest rażąco niska obowiązek zwrócenia się do wykonawcy składającego ofertę z ceną, odbiegającą znacząco od realiów rynku i konkretnego zamówienia, o wyjaśnienie kwestii związanych z ustaleniem tej ceny, sposobem jej kalkulacji oraz elementami wpływającymi na jej wysokość. Ocenie podlega cena oferty, jako całości. Nie powinny w tym trybie podlegać wyjaśnieniom, tylko niektóre elementy składające się na cenę oferty, co jednak nie uniemożliwia podnoszącemu je wykonawcy, czy Zamawiającemu w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, wskazaniu ich jako elementów cenotwórczych wymagających szczególnego wyjaśnienia.

Przepis art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje domniemanie, że oferty złożone przez wykonawców zawierają ceny za wykonanie zamówienia, skalkulowane w sposób rynkowy, uwzględniające wszystkie koszty wykonania zamówienia oraz pewien

zysk. Domniemanie to, może zostać obalone przez uzasadnioną, mającą oparcie w obiektywnych przyczynach wątpliwość zamawiającego, wyrażoną w wystąpieniu skierowanym do wykonawcy o wyjaśnienie kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Postępowanie wyjaśniające prowadzone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy jest czynnością jednokrotną, obwarowaną w razie potwierdzenia się domniemania Zamawiającego, sankcją wynikającą z przepisu art. 89 ust.1 pkt.4 ustawy pzp. Wyjaśnienia wezwanego wykonawcy winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę , tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Wyjaśnienia wykonawcy zgodnie z przepisem art. 90 ust.3 ustawy mogą być poparte konkretnymi dowodami. Jednakże przepis ten nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów, jest to prawo a nie bezwzględny obowiązek wykonawcy, gdyż to w gestii wykonawcy leży obowiązek wykazania prawidłowości wyliczenia ceny. Wyjaśnienia do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów z mocy tego przepisu nie upoważniają Zamawiającego do odrzucenia oferty. Obowiązkiem wezwanego wykonawcy, jest udzielenie wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny, zaś brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień które potwierdzają, że cena została skalkulowana w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji lub nierynkowy, skutkować winno odrzuceniem oferty.

Obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo, z obowiązkiem Zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień. Z tego względu, dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06.

To na wezwanym wykonawcy ciąży obowiązek wykazania ,że zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest zaniżoną, natomiast na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania powodów ewentualnego nie uwzględnienia złożonych wyjaśnień i dowodów oraz w razie odrzucenia z tego powodu oferty, podania prawnego i faktycznego uzasadnienia swojej decyzji.

W sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa w całości na odwołującym, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym

sąd stwierdził, że „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażąco zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”.

Nie uszło uwadze Izby, że Odwołujący kwestionował wyłącznie treść udzielonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztu robót usługi serwisu. Pełnomocnik Odwołującego na rozprawie stwierdził, że „że zarzut rażąco niskiej ceny podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu **dotyczy tylko świadczeń serwisu, a nie ceny usług konsultacyjnych**”

Już choćby zatem z tego względu zarzut ten winien podlegać oddaleniu, gdyż jak na wstępie Izba wskazała przedmiotem zarzutu rażąco niskiej ceny może być tylko oferta jako całości. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, a nie do niektórych tylko pozycji oferty.

Pomimo istnienia obszernego w tym zakresie orzecznictwa sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej to jednak brak jest możliwości ustalenia jednolitych zasad oceny, wystąpienia lub nie, rażąco niskiej ceny. Także brak jest jednolicie ustalonych zasad dokonania oceny czy złożone wyjaśnienia wykonawcy są wystarczające do uznania iż wykazana w ofercie cena jest ceną rażąco niską. Problem dowodowy w tym zakresie skupia się przede wszystkim na właściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, oraz wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie zysk. W sytuacji gdy przedmiotem zamówienia są tylko usługi, to kwestia udowodnienia wystąpienia w ofercie wykonawcy, rażąco niskiej ceny jest zdecydowanie trudniejsza niż w przypadku zamówienia na roboty budowlane czy usługi, gdyż w tym przypadku decydujący wpływ na koszt realizacji zamówienia ma czynnik ludzki który u różnych wykonawców może być bardzo różnie wyceniany. Również odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Faktu tego nie można wywieść na podstawie określenia poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert i wartością oszacowania zamówienia, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (KIO/UZP 126/09; KIO 1483/10)

Za wyrokiem KIO 2289/10 Izba potwierdza, że zamawiający winien ocenić złożone wyjaśnienie w oparciu o zasady prawa zamówień publicznych kierując się potrzebą wykazania, czy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez tego konkretnego wykonawcę za zaoferowaną cenę jest dla niego opłacalne. Nieopłacalność, czyli próba wykonania zamówienia za cenę niepokrywającą kosztów realizacji zamówienia grozi zamawiającemu niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia i tym samym równocześnie stwarza niebezpieczeństwo „zmarowania” środków publicznych przeznaczonych na realizację zamówienia”.

W ocenie Izby udzielone przez wybranego wykonawcę B3System wyjaśnienia zostały ocenione przez Zamawiającego, stosownie do dyspozycji z art. 90 ust. 2 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że przy ocenie wyjaśnień Zamawiający 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. Adresatem tych złożonych wyjaśnień jest zawsze Zamawiający. Izba potwierdza tezę dowodową, że Odwołujący kwestionujący działania Zamawiającego w zakresie uznania iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, winien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przez tego wykonawcę. Izba wskazuje, że wzywany do wyjaśnień wykonawca ma przekonać o braku postaw do uznania zaoferowanej ceny w ofercie jako rażąco niskiej Zamawiającego, a wykonawca który ten fakt kwestionuje ma udowodnić, że cena jest nierealistyczna i stanowisko w tym zakresie Zamawiającego jest błędne, gdyż nie opiera się na racjonalnych przesłankach gospodarki rynkowej.

W niniejszym postępowaniu pomimo istnienia wątpliwości czy za zaoferowaną cenę wybrany wykonawca będzie w stanie dla tego Zamawiającego – Narodowego Banku Polskiego w sposób należyty wykonać, to jednak Izba stwierdza, że z argumentacji Odwołującego brak jest podstaw do przyjęcia za wyrokiem SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. XIX Ga 128/08, że zaoferowana przez wybranego wykonawcę cena za wykonanie zamówienia jest ceną **nierealistyczną i niewiarygodną** w porównaniu do cen rynkowych i innych podobnych zamówień. Odwołujący całą swoją argumentację w tym zakresie opiera na swoich doświadczeniach nabytych w tym zakresie, podczas wykonywania przez kilka lat tych usług dla Zamawiającego. Z jednej strony zdaniem Izby to doświadczenie należy oceniać jako wiarygodne wykazanie ogromu pracy dla zapewnienia prawidłowości pracy systemu informatycznego, ale z drugiej strony w żaden przekonujący sposób nie wykazuje, że wybrany wykonawca przy prowadzeniu własnej polityki kadrowo-płacowej nie jest w stanie za ustaloną cenę oferty wykonać. Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt iż dla oceny, czy zaoferowana cena jest ceną realistyczną, należy brać pod uwagę cenę całości oferty, a nie jak to robi Odwołujący, tylko pewnego wybranego jej fragmentu. Porównując oba podstawowe składniki cenotwórcze oferty należy wskazać, że cena zaoferowana za usługi konsultacyjne przez Przystępującego jest zdecydowanie wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Tym samym wykonawca będzie mógł dokonać ewentualnej kompensacji poniesionych kosztów, pomiędzy dwoma podstawowymi kosztami usług, składających się na przedmiot zamówienia. Ponadto w tym zakresie również z przedłożonej opinii Odwołującego wynika, jak stwierdza biegły, że w pewnych

okolicznościach za rynkową w tej sprawie można by uznać ofertę z ceną w zakresie od 5 – 60 tysięcy złotych. Oferta Przystępującego mieściła się w połowie tego zakresu cenowego.

Dokonując prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień wybranego wykonawcy co wykluczenia zaoferowania za wykonanie zamówienia ceny rażąco niskiej, Izba nie stwierdza w tym zakresie nieprawidłowości.

Tym samym Izba biorąc pod uwagę powyższe rozważania co do wystąpienia przesłanek ceny rażąco niskiej stwierdza, że brak jest podstaw do uznania iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające ,a ponadto Odwołujący nie udowodnił ,że za zaoferowaną cenę wybrany wykonawca nie może wykonać przedmiotu zamówienia. Tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia tego zarzutu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust.1 i 3 pzp i wiążanego z nim jako ewentualnego zarzutu naruszenia art. 22 ust.1 pkt.2 i 3 w związku z art. 24 ust.2 pkt. 3 i 4 należy wskazać ,że powyższą kwestię należy rozpatrzyć w dwóch aspektach , po pierwsze w zakresie objęcia pewnego zakresu informacji zawartych w ofercie ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa, a po drugie oceny wpływu tych zastrzeżonych informacji na zarzut braku wykazania się spełnianiem warunków podmiotowych przez wykonawcę.

Zdaniem Izby ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia może następować wyjątkowo i tylko w sytuacjach rzeczywiście uzasadnionych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności dokonanego przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 4 ustawy zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyrażone stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) gdzie sąd stwierdził ,że na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy Zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winy mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Odnosnie zgłoszonego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 pzp Izba uznaje za zasadny zarzut w tym zakresie Zamawiającego, że zarzut odwołania jest spóźniony, gdyż Odwołującemu w zakresie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa odmówiono dostępu do tych danych w dniu 18 maja 2011 r. i w tym zakresie przysługiwało mu odwołanie z czego nie skorzystał. Tym samym zgłaszany na tym etapie postępowania zarzut

jest zdaniem Izby zgłoszony po terminie. Terminy określone w art. 182 ustawy Pzp są terminami zawitymi, których upływ powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. W tym zakresie Izba akceptuje stanowisko KIO wyrażone w wyroku KIO 183/11 w którym stwierdza, że „*W ocenie Izby termin do wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu podjęcia przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. W praktyce zwykle będzie to termin najbliższy po uzyskaniu przez zamawiającego od wykonawcy wyjaśnień co do zasadności zastrzeżenia*”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie wnosił o odrzucenie odwołania z powodu spóźnionego zarzutu. Jednakże Izba w zakresie zarzutu podniesionego po terminie na jego wniesienie, stwierdza że wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez odwołującego zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania. Dlatego też zarzut ten w zakresie niezasadnego utajnienia pewnych części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Jednakże nierozpoznanie zarzutu co do utajnienia pewnych elementów oferty nie pozbawia Odwołującego prawa do kwestionowania prawidłowości merytorycznej oceny zawartych tam danych, przez Zamawiającego. W tym zakresie Izba dokonała oceny zastrzeżonej części oferty w zakresie podniesionym w odwołaniu dot. spełniania przez Przystępującego warunków z art. 22 ust.1 pkt. 2 i 3 w związku z art. 24 ust.2 pkt. 3 i 4 i na podstawie dokonanych ustaleń Izba stwierdza „że brak jest podstaw do kwestionowania spełniania w/w warunków przez Przystępującego. Tym samym podniesiony przez Odwołującego zarzut nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania i tym samym nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238.

Przewodniczący