

Sygn. akt: KIO 1651/16

WYROK

z dnia 23 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 20 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez wykonawcę w **SoftHard S.A. z siedzibą w Płocku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Usług Komunalnych w Warce Sp. z o.o. z siedzibą w Warce**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **SoftHard S.A. z siedzibą w Płocku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **SoftHard S.A. z siedzibą w Płocku** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 zasądza od **SoftHard S.A. z siedzibą w Płocku** na rzecz **Zakład Usług Komunalnych w Warce Sp. z o.o. z siedzibą w Warce** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1651/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Zakład Usług Komunalnych w Warce Sp. z o.o. z siedzibą w Warce prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI)

Nr sprawy 04/SZP/2016/P.

Postępowanie wszczęto dnia 26 lipca 2016 r. tj. przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 13 lipca 2016 r., poz. 1020) i dotyczy przedmiotu zamówienia o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą lub Pzp. Dnia 31 sierpnia 2016 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania.

Odwołujący: SoftHard S.A. z siedzibą w Płocku wniósł dnia 5 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, które zostało unieważnione.

Jedynie cena oferty Odwołującego (89 980,00 zł netto) była niższa od kwoty, którą Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia (wynosi 150 000 zł netto) i wobec braku możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny oferty drugiego wykonawcy Unisoft Sp. z o.o. (365.600,00 zł netto), Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie w postępowaniu niezgodnych z ustawą następujących czynności:

1. błędnej ocenie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi wyliczenia zaoferowanej ceny;
2. bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, której cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej SIWZ;

3. w konsekwencji powyższego - unieważnienia postępowania, mimo że cena oferty Odwołującego nie przewyższa środków przewidzianych przez Zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia;

4. z ostrożności procesowej - nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

(3) Powyższymi czynnościami dokonany niezgodnie z ustawą, naruszono przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 Pzp.

W związku z powyższym żąda nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonania z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Zamawiający w dniu 31.08.2016 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji, wobec braku możliwości zwiększenia środków do ceny drugiej oferty wykonawcy Unisoft, o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, „ze względu na to, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień przedstawionych przez tego Wykonawcę potwierdziła powyższe.”

Odnosząc się do zarzutu, Odwołujący zauważył, że przepisy Pzp nie zawierają definicji rażąco niskiej ceny. Dlatego za Sądem Okręgowym w Katowicach wskazuje, że „Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Judykatura zawiera pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny, w tym m.in., że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne” . Wskazano również, że „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie

jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających" .

W doktrynie i orzecznictwie przywoływana jest również definicja zawarta w wyroku SO w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., w którym stwierdzono „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. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” . Natomiast SO w Krakowie w wyroku z 23 kwietnia 2009 r. wskazał jako kryteria identyfikujące cenę rażąco niską „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych” .

W punkcie 2.52 Załącznika nr 6 do SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie, zgodnie z którym „system winien być oprogramowaniem autorskim jednego Wykonawcy we wszystkich jego obszarach funkcjonalnych”, a dodatkowo w punkcie 5.1.2 lit. b) SIWZ wskazano „Przez udokumentowane, ukończone wdrożenia Zamawiający rozumie zamówienia, w których wdrożono i/ lub rozbudowano i/ lub zaktualizowano oferowany autorski system Wykonawcy. zamówienia te zostały ukończone, a wdrożony system jest w ciągłym użytkowaniu (działa tam do chwili obecnej)”. Zatem uwzględniając powyższe wymagania Zamawiającego dotyczące odpowiednio przedmiotu zamówienia oraz opartego na nim warunku udziału w postępowaniu, a także związaną z nim treść uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów odwołania (sygn. akt: KIO 1438/16), należy stwierdzić, że mówiąc o rynkowych realiach, cenach itp., tudzież branży należy odnosić się nie do całego rynku IT i oferowanego na nim wszelakiego rodzaju oprogramowania jak również wszelkich podmiotów działających na tym rynku, a jedynie i wyłącznie do rynku IT ściśle związanego z przedmiotem zamówienia, tj. Zintegrowanego Systemu Informatycznego - oprogramowania autorskiego Wykonawcy (vide art. 2 pkt 11 Pzp) we wszystkich jego obszarach funkcjonalnych. Na rynku oprogramowania ZSI ze wszystkimi obszarach funkcjonalnymi odpowiadającymi wymaganiom Zamawiającego opisanymi w SIWZ, istnieją dwa produkty dwóch konkurujących ze sobą autorów (producentów), tj. Odwołującego i wykonawcy Unisfot. Potwierdza to również fakt, że wyłącznie te dwa podmioty złożyły ofertę w postępowaniu. Zatem jedyne wiarygodne i miarodajne dane dotyczące cen i kosztów mogą pochodzić wyłącznie od tych podmiotów. Na

marginiesie można zauważyć, że jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, rozbieżność cen i kosztów obu przedsiębiorców jest „znaczna”, co wynika z odmiennej polityki cenowo-kosztowej obu przedsiębiorców w tym segmencie rynku IT, na którym działają jako jedyni. Nie mniej związany z tym sposób prowadzenia działalności gospodarczej jest immanentną domeną tych przedsiębiorców.

Zgodnie z udzieleniem w dniu 01.08.2016 r. przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości wykorzystania licencji open source, głównym kosztem „zewnętrznym” wykonawcy było nabycie licencji bazy komercyjnej bazującej na języku SQL. Natomiast pozostałe koszty stanowiące elementy cenotwórcze są co do zasady kosztami „wewnętrznymi” wykonawców. Przy czym podkreślić należy, że Zamawiający w punkcie 15.1 (Opis sposobu obliczenia ceny) SIWZ zawarł jednoznaczne wymaganie, że „Cena ofertowa określona przez Wykonawcę jest ceną zawierającą wszystkie koszty skalkulowane przez Wykonawcę i składa się ze składników wyszczególnionych w Formularzu oferty”, co oznacza, że cena oferty ma charakter ryczałtowy. Dodatkowo zgodnie z pkt 15.2 SIWZ powinna uwzględniać wszystkie jej wymagania.

Odwołujący udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.08.2016 r. kierował się treścią wezwania, jak również orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrokiem z dnia 18 listopada 2015 r., w którym izba stwierdziła, że „Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.”, a także wyrokiem z 8 września 2015 r. wyjaśniającym, że „trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu

wykwalfikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności".

W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Odwołujący zawarł wszystkie elementy cenotwórcze oferty ze wskazaniem poszczególnych konkretnych wartości uwzględnionych w kalkulacji ceny oferty. Odwołujący nie dokonywał żadnych zmian, a złożone wyjaśnienia były zgodne z danymi podanymi w formularzu ofertowym. Nie jest prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że „Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia nie umożliwiły ustalenia przez Zamawiającego, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wbrew żądaniu Zamawiającego nie przedstawił wyjaśnień ani dowodów w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, czy też oryginalności projektu Wykonawcy." Po pierwsze, to należy zauważyć, że wymagania Zamawiającego zwarte w wezwaniu jak i odpowiednio powyższy fragment uzasadnienia Zamawiającego stanowią przeniesienie na zasadzie „kopiuj-wklej” art. 90 ust. 1 ustawy, który ogólnie określa procedurę wyjaśniania ceny oferty. Rolą poszczególnych Zamawiających odpowiednio do przedmiotu zamówienia na dostawy, usługi i roboty budowlane i odpowiednio do zakresu zamówienia określić w wezwaniu zakresu wymaganych informacji. Przy braku odpowiedniego określenia wymagań Zamawiający pozostawia wykonawcy dowolność w doborze sposobu prezentacji elementów cenotwórczych.

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia „potwierdzają, zasadność zastrzeżeń Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. (...) Przede wszystkim przyjęta na potrzeby kalkulacji ceny stawka roboczogodziny pracowników realizujących wdrożenie objęte przedmiotem zamówienia, mająca zasadniczy wpływ na wysokość oferty, nie została poparta jakimikolwiek dowodami, które wykazywałyby realność przyjętych przez Wykonawcę założeń w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego przedstawiona stawka w sposób zasadniczy odbiega od stawek rynkowych za tego rodzaju usługi. (...) Wykonawca nie przedstawił konkretnych i obiektywnych okoliczności uzasadniających rozbieżności w oferowanych cenach, a jedynie wybiórczo i ogólnikowo wskazał na rzekome istniejące różnice w przedmiocie

poszczególnych zamówień. Twierdzenia te nie są przekonujące, tym bardziej, że bez szczególnego uzasadnienia Wykonawca przyjął dla potrzeb kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu miesięczne wynagrodzenia za świadczenie serwisu w kwocie ponad dwukrotnie niższej niż w dwóch pozostałych postępowaniach, oraz założył „łatwą migrację plików”, nie odnosząc powyższego do jakiegokolwiek analizy merytorycznej uzasadniającej takie twierdzenie."

Należy jednak zauważyć, że podstawą do kalkulacji oferty był dane zawarte w SIWZ przez Zamawiającego. Kluczowe znaczenie miały limity godzin określone przez Zamawiającego w okresie wdrożenia (min. 600 godzin - punkt 6.1.3), Załącznik nr 6 do SIWZ) oraz 5 godzin serwisu w siedzibie Zamawiającego - punkt 6.2.2), Załącznik nr 6 do SIWZ). Inne przywoływane przez Zamawiającego zamówienia na rzecz innych Zamawiających, takich limitów nie zawierały i już to czyni elementy cen tych ofert nieporównywalnymi, a ponadto uzasadnia różnice kwot za realizację tych zamówień. Zgodnie z naszą najlepszą wiedzą oraz wieloletnim doświadczeniem, migracja danych to jeden z kluczowych elementów powodzenia całego wdrożenia. Zamawiający zapewnił w punkt 6.1.4), Załącznik nr 6 do SIWZ, że udostępni dane w formacie czytelnym, co powoduje obniżenie ceny oferty. Natomiast w przypadku innych realizowanych przez nas wdrożeń, migracja danych należy do obowiązków wykonawcy bez względu na ich czytelność, co także zwiększa koszt wdrożenia.

Kalkulacja ceny oferty, co znalazło swoje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach Odwołującego, zostały oparte o stawkę godzinową wyliczoną na podstawie danych zawartych w ewidencji księgowej Wykonawcy, zawierającą ponoszone przez niego koszty, co jest kwestionowane przez Zamawiającego jako uniemożliwiające wykonanie zamówienia za cenę skalkulowaną na jej podstawie oraz na podstawie danych, które Zamawiający zawarł w SIWZ (600 godz. wdrożenia, 5 godz. w ramach opieki serwisowej w siedzibie Zamawiającego). Podana w wyjaśnieniach stawka godzinowa wynika z podzielenia wszystkich kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w okresie od stycznia do lipca 2016 roku przez komórki organizacyjne zajmujące się wdrażaniem oprogramowania przez ilość etatów wynikających z zatrudnienia w tym okresie czasu, którą dla celów kalkulacyjnych Odwołujący zaokrąglił (zwiększył) do pełnych 5,00 zł. Wobec tego uważamy, że Zamawiający nie ma żadnych podstaw aby ją kwestionować, w szczególności nie widzimy podstaw do stwierdzenia, że nasze rzetelne wyjaśnienia potwierdzają, zasadność zastrzeżeń Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę" ponieważ jest to wartość obiektywna wyliczona w oparciu o nasze rzeczywiste i wiarygodne dane księgowe.

W związku z powyższym nie znajduje faktycznego uzasadnienia zarzut Zamawiającego, że kalkulacja wyliczona o ww. stawkę godzinową stanowi „charakter mało precyzyjny, nie wynikają z niej również żadne obiektywne czynniki", ponieważ stawka godzinowa została

wyliczona precyzyjnie i obiektywnie w oparciu o nasze dane księgowo, została nawet lekko podwyższona, co w sposób oczywisty przeczy niczym nieuzasadnionym stwierdzeniom Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu, iż „stawka roboczogodziny pracowników realizujących wdrożenie objęte przedmiotem zamówienia, mająca zasadniczy wpływ na wysokość oferty, nie została poparta jakimikolwiek dowodami, które wykazywałyby realność przyjętych przez Wykonawcę założeń w tym zakresie” informujemy, że nie wiemy jakie dowody mielibyśmy przedstawić poza oświadczeniem, że stawka godzinowa została rzetelnie wyliczona na podstawie naszych danych księgowych oraz zatrudnienia w firmie SoftHard S.A. w tym samym okresie czasu.

Nieprzekonywujące, gołosłowne, jest również twierdzenie Zamawiającego, że „W ocenie Zamawiającego przedstawiona stawka w sposób zasadniczy odbiega od stawek rynkowych za tego rodzaju usługi”. Przeczy temu chociażby, przedstawiona powyżej, nasza rzetelna kalkulacja.

Także proste porównywanie przedmiotowego zamówienia z innymi, wg pewnych oznak podobnymi, realizowanymi przez nas pracami nie uzasadnia przyjmowania za słuszne wniosków wyciąganych przez Zamawiającego co najmniej z następującego powodu; w żadnym z przywołanych zamówień zamawiający nie określali limitu godzin wdrożenia i serwisu (w przypadku przedmiotowego zamówienia jest to odpowiednio 600 i 5 godz.). Uwzględniając powyższe przedstawiliśmy w wyjaśnieniach tabelaryczne zestawienie elementów składowych tych zamówień, z którego wynikają „konkretne i obiektywne (jednocześnie różne) okoliczności” ich realizacji.

Na marginesie zupełnie nieuzasadnione jest porównywanie do ceny drugiej oferty, która choć ustawa takiego pojęcia nie zdefiniowała, winna być uznana jako rażąco wysoka, skoro sam Zamawiający stwierdził, że ponad dwukrotnie przekracza środki, które przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wskazanych.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp uznając, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jego ocenie cena ta znacząco odbiega od cen ustalonych w ramach analizy rynku, w tym w szczególności jest znacząco niższa od cen, jakie wykonawca SoftHard S.A. zaoferował w innych postępowaniach o zbieżnym z niniejszym zakresem przedmiotowym, a na które wykonawca powoływał się w toku niniejszego postępowania.

Na wezwanie zamawiającego wykonawca udzielił wyjaśnień. Jak stwierdził zamawiający, wbrew jego żądaniu wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających twierdzenie przedstawione w ramach wyjaśnień. Nie przedstawiono wyjaśnień ani dowodów zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, czy też oryginalności projektu wykonawcy. Zamawiający wskazał na ciężar dowodu określony w art. 90 ust. 2 ustawy pzp i stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia potwierdzają zasadność zastrzeżeń zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Wskazano w wyjaśnieniach jako elementy kalkulacji ceny mające wpływ na jej wysokość koszty zakupu licencji oraz koszty osobowe ustalane z zastosowaniem stawki jednej roboczogodziny pracowników oddelegowanych do realizacji wdrożenia wraz z wszystkim kosztami (dojazdu, diet z tym związanych, noclegów, amortyzacji itp.). Załączona kalkulacja ceny (zastrzeżona jako tajemnica) jest mało precyzyjna, nie wynikają z niej żadne obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny. Przede wszystkim przyjęta na potrzeby kalkulacji ceny stawka roboczogodziny pracowników realizujących wdrożenie objęte przedmiotem zamówienia, mająca zasadniczy wpływ na wysokość ceny, nie została poparta jakimikolwiek dowodami, które wskazywałyby realność przyjętych przez wykonawcę założeń w tym zakresie. W ocenie zamawiającego przedstawiona stawka zasadniczo odbiega od stawek rynkowych za tego rodzaju usługi i jak wynika z analizy rynku dokonanej przez zamawiającego jest kilkakrotnie niższa od średnich stawek rynkowych.

Zamawiający wskazał na inne zbieżne przedmiotowo postępowania, na które powoływał się wykonawca i rozbieżności cenowe bez uzasadnienia. Zauważył, że wykonawca przyjął dla potrzeb kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu miesięczne wynagrodzenie za świadczenie serwisu w kwocie ponad dwukrotnie niższej niż w dwóch pozostałych postępowaniach oraz założył „łatwą migrację plików”, nie odnosząc powyższego do jakiegokolwiek analizy merytorycznej uzasadniającej takie twierdzenie.

Podkreślił, że zaoferowana cena znacząco odbiega nie tylko od szacunkowej wartości zamówienia, ale i ceny zaoferowanej przez drugiego wykonawcę, jak również od cen w innych postępowaniach, których zakres przedmiotowy jest tożsamy z niniejszym postępowaniem.

Strony postępowania odwoławczego przedstawiły stanowiska na rozprawie.

Odwołujący – poparł odwołanie wraz z zawartą w nim argumentacją. Przypomniał, że przed Izbą toczyło się postępowanie dot. warunków udziału, które w wyniku odwołania strony zostało uwzględnione przez zamawiającego (1438/16). Wskazał, że przedmiotem

zamówienia jest dostawa i wdrożenie istniejącego autorskiego oprogramowania wykonawcy zgodnie z wymogiem pkt 2.52 OPZ (str. 6 OPZ). Zauważył, że koszty główne przedmiotu zamówienia to koszt wdrożenia. Wskazał na treść złożonych wyjaśnień i zauważył, że w innych postępowaniach, na które powołuje się zamawiający w swojej decyzji, wobec innych wymogów, wyższych, zaoferowane ceny były wyższe, zatem nieporównywalne do tego postępowania. Wskazał na własne doświadczenie w realizacji kontraktów na rzecz podmiotów publicznych i prywatnych. Stwierdził, że rynek właściwy dla przedmiotu zamówienia to w istocie dwóch wykonawców, którzy wzięli udział w tym postępowaniu. Podkreślił, że zaoferowane stawki w ofercie są realne. Zauważył, że koszt z pkt 1.2 tj. dostarczenie, instalacja i udzielenie licencji na ZSI w wysokości 20 000 zł stanowi w rzeczywistości rezerwę, gdyż dotyczy istniejącego oprogramowania i nie wymaga odrębnego stworzenia lecz powielenia za koszt 1 godz. pracy pracownika biurowego. Stwierdził, że przyjęte koszty jednostkowe wskazane w wyjaśnieniach jako koszt 1 roboczogodziny w wysokości 45 zł/godz. brutto są realne, a także zgodne z przyjętymi przepisami i nie odbiegają od stosowanych w branży, przy czym zawierają w sobie koszty wynagrodzeń powyżej średniej krajowej. Stwierdził, że wszyscy pracownicy zatrudnieni są na podstawie umowy o pracę, a średnie wynagrodzenie jest wyższe od średniej krajowej. Wniósł o nieuwzględnienie treści zawartych w dokumentach złożonych przez zamawiającego negując ich walor dowodowy, a także podnosząc niespełnienie warunków z rozporządzenia. Podniósł, że firmy wskazane w ofertach cenowych przedstawionych przez zamawiającego nie świadczą usług będących przedmiotem zamówienia. Stwierdził, że zasadnie przyjął przy kalkulacji wymagane min. 600 godzin. Potwierdził, że przewiduje także migrację danych. Zauważył, że nie było wymagane przedstawienie wynagrodzeń pracowników w branży IT. Podkreślił, iż rzetelnie przedstawił kalkulację z przyjętą stawką 45 zł/godz. Zauważył, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przede wszystkim przez ekonomistów, konsultantów z wykształceniem ekonomicznym, natomiast programiści będą mniej zaangażowani z powodu dysponowania gotowym oprogramowaniem (przyznał, że wynagrodzenia informatyków często są znacząco wyższe niż średnia krajowa). Ponownie zauważył, że wielobranżowa specyfika przedmiotu zamówienia przesądza o rynku stanowiącym dwa podmioty. Wskazał na własne doświadczenie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że poprawnie poprowadził analizę ceny oferty. Przypomniał, że zgodnie z art. 190 ust 1a ustawy pzp ciężar dowodu w zakresie ceny obciąża odwołującego, a dowodów na tą okoliczność odwołujący nie przedstawił. Złożył do akt oferty cenowe innych podmiotów w zakresie kosztów noclegu oraz pracy informatyków. Zauważył, że minimalny koszt pracy informatyka na terenie Warki to koszt 100

zł netto, natomiast inne podmioty przyjmują ten koszt do 300 zł. Oceniał, że stawka 45 zł brutto wskazana w wyjaśnieniach, biorąc pod uwagę, że obejmuje także koszty noclegów, dojazdów, amortyzacji itp. jest zaniżona. Stwierdził, że nawet przy założeniu, iż stawka ta jest jedynie wynagrodzeniem, byłoby to wynagrodzenie w wysokości 25 zł netto, co jest stawką zaniżoną w stosunku do rynkowych. Wskazał na pkt 6.1.3 i 6.2 OPZ gdzie określono minimalny wymiar godzinowy w wysokości 600 godzin i zauważył, że w innych postępowaniach powoływanych takiego minimalnego limitu nie określano. Wywodził, że warunki w tych postępowaniach nie były bardziej rygorystyczne. Odwołujący kalkulował stawkę z uwzględnieniem sztywno 600 godzin, gdyby przyjąć nakład pracy wyższy godzinowo, to stawka uległaby dalszemu obniżeniu. Negował tezę o rynku usług, który reprezentowany jest tylko przez dwa podmioty. Wyraził obawę, że udzielenie zamówienia za zaoferowaną cenę może w efekcie doprowadzić do konieczności ponoszenia znacznych kosztów serwisu w przyszłości. Zauważył, że wynagrodzenie za serwis odwołującego jest ponad dwukrotnie niższe niż w dwóch pozostałych kontraktach. Podkreślił, że rzeczywiste wynagrodzenie informatyków i programistów jest znacząco wyższe niż przedstawione przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postanowienia siwz, treść oferty odwołującego oraz treść wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy pzp, zważyła, co następuje.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przepisów ustawy powodują

Izba rozpoznała odwołanie z uwzględnieniem podstawy odrzucenia oferty odwołującego – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, badając czy wyjaśnienia udzielone przez odwołującego zawierają elementy uzasadniające w sposób zobiektywizowany wysokość zaoferowanej ceny.

Izba uznała, że jeśli zamawiający jest w stanie skonkretyzować wątpliwości, podać przyczyny, które uzasadniają przypuszczenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, to działając z należytą starannością, winien wskazać je w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie w myśl obowiązującego w niniejszym postępowaniu przepisu art. 90 ust. 1 ustawy pzp wobec faktu, że cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia zamawiający był zobowiązany do zażądania od wykonawcy wyjaśnień w tym przedmiocie i takie postępowanie wyjaśniające przeprowadził. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty

wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska, co w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej oraz Sądów Okręgowych interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone. Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy pzp ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Konsekwentnie, w toku postępowania odwoławczego, stosownie do art. 190 ust. 1a ustawy pzp ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy będącym stroną lub uczestnikiem tego postępowania tj. w okolicznościach niniejszej sprawy – odwołującym.

Odwołujący może w trakcie postępowania odwoławczego, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną w wyjaśnieniach argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko.

W okolicznościach sporu podstawą odrzucenia oferty odwołującego może być wyłącznie brak wskazania w sposób przekonujący obiektywnych czynników uzasadniających w danych okolicznościach sprawy wysokość zaoferowanej ceny.

W ustalonych w czasie rozprawy okolicznościach sporu Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień odwołującego, a odwołanie w konsekwencji podlega oddaleniu.

Zważywszy, że treść wyjaśnień odwołującego wskazujących na elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, motywy rozstrzygnięcia Izby uznającej zastrzeżenie za uzasadnione, zostają przedstawione w zakresie, jak poniżej.

Przyjęcie wskazanej w wyjaśnieniach stawki godzinowej brutto nazwanej roboczogodziną, zawierającej oprócz wynagrodzenia pracownika także inne koszty, w tym dojazd, diety, noclegi, amortyzację itp. Jest w ocenie składu orzekającego znacząco zaniżone w stosunku do stawek na rynku usług nie tylko o charakterze IT. Wielkość ta, jak stwierdził odwołujący została zaokrąglona w górę do pełnych 5 zł, natomiast nie wskazano, jaką rzeczywiście wynika z kalkulacji. Nie wykazano zatem wielkości przedstawionej stawki bazowej.

Przedstawione w wyjaśnieniach porównanie cent stosowanych w niniejszym postępowaniu z cenami zaoferowanymi w dwóch innych postępowaniach nie zawiera przekonującego wyjaśnienia różnicy cen serwisu, które w przyjętych do porównania postępowaniach są ponad dwukrotnie wyższe od zaoferowanych w postępowaniu będącym przedmiotem rozpoznania.

Nie negując profesjonalizmu i doświadczenia wykonawcy należy stwierdzić, że uzasadnione i oparte na obowiązujących przepisach wątpliwości co do rynkowego charakteru zaoferowanej ceny nie zostały wyjaśnione, a odwołujący nie przedstawił dowodów obalających tzw. domniemanie ceny rażąco niskiej, pomimo iż ciężar dowodu w tym zakresie, jak wcześniej wskazano, jego obciąża.

W tym świetle Izba uznała, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zgodnie z przepisami ustawy i nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: