

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**
 Ewa Rzońca

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa (lider konsorcjum), Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. Dubois 5A**, protestu z dnia 8 marca 2010 r.,

przy udziale wykonawcy **COMARCH S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa (lider konsorcjum), Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm: Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa (lider konsorcjum), Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa (lider konsorcjum), Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74** na rzecz **Skarbu Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. Dubois 5A**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Infovide-Matrix S.A., ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa (lider konsorcjum), Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74.**

U z a s a d n i e

Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie, wytworzenie i wdrożenie Prototypu Systemu Analiz, Statystyk i Raportów w ramach fazy projektowania Projektu P1: Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych w ramach Programu Informatyzacji Ochrony Zdrowia”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 7 listopada 2009 r., nr 2009/S 215-310018.

W dniu 26 lutego 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) i Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „Comarch”, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 8 marca 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę Comarch,
2. naruszenie ar. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum firm: SAS Institute Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie i UHC Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zwane dalej „konsorcjum SAS”, ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz niewłaściwą ocenę wyjaśnień, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty tego wykonawcy.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawcy Comarch,
3. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Comarch,
4. powtórzenie oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum SAS, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
5. odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum SAS,
6. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż:

1. treść oferty wykonawcy Comarch nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, gdyż w treści złożonej oferty nie określił on licencji składających się na dostawę oprogramowania, mimo, iż zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 30 udzielonej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20 stycznia 2010 r. wykonawcy zobowiązani byli do określenia w treści formularza ofertowego poszczególnych licencji składających się na dostawę oprogramowania (licencji na narzędzia do budowy hurtowni danych, ETL, narzędzia analityczne, statystyczne i raportowe);
2. treść oferty konsorcjum SAS nie odpowiada treści SIWZ, gdyż zgodnie z treścią SIWZ i wyjaśnieniami zawartymi w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 1 w piśmie z dnia 20 stycznia 2010 r. liczba użytkowników prototypu ma wynosić nie więcej niż 1000 osób (980 pasywnych oraz 20 aktywnych), a z treści wyjaśnień złożonych przez konsorcjum SAS wynika, iż „oprogramowanie wykorzystane byłoby przez ograniczoną liczbę użytkowników (szacowaną na kilkadziesiąt osób)”. Zakres i liczba licencji oferowanych przez konsorcjum SAS nie zapewnia możliwości korzystania z oprogramowania przez liczbę użytkowników określona przez Zamawiającego.
3. Zamawiający niewłaściwie ocenił wyjaśnienia złożone przez konsorcjum SAS, gdyż cena netto za usługi szkoleniowe określona w treści oferty przez tego wykonawcę na kwotę 95 200 zł jest blisko dziesięciokrotnie niższa od ceny szkoleń wynikających z oficjalnego cennika SAS.

Pismem z dnia 8 marca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału

w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca Comarch otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 11 marca 2010 r. (pismem z tej samej dacie) wykonawca Comarch przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma Protestującemu.

Pismem z dnia 18 marca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc:

1. odnośnie zarzutów dotyczących wykonawcy Comarch, iż w piśmie z dnia 20 stycznia 2010 r. brak zarówno pytania, jak i odpowiedzi o numerze 30. Nadto podniósł, iż w treści SIWZ, jak i udzielonych wyjaśnieniach brak jest wymogu dotyczącego określenia przez wykonawcę licencji w formularzu ofertowym. Wykonawca Comarch na stronie 20 złożonej oferty wskazał, iż w ramach przedmiotowego postępowania dostarczy 20 licencji oprogramowania „Produkt 1”.
2. odnośnie zarzutów dotyczących konsorcjum SAS podniósł, iż w treści złożonych wyjaśnień sformułowanie „kilkadziesiąt osób” dotyczy użytkowników aktywnych, czyli wymogi Zamawiającego zostały spełnione. Natomiast cena rażąco niska musi się odnosić do przedmiotu zamówienia, a nie jej poszczególnych cen jednostkowych

Pismem z dnia 26 marca 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni pisma do Prezesa UZP i do Zamawiającego w dniu 29 marca 2010 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

W dniu 9 kwietnia 2010 r. (pismem z tej samej dacie) wykonawca Comarch przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przed wszystkim skład orzekający Izby ustalił, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 7 listopada 2009 r., a którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, tj. w dacie przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778)

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy Comarch z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli złożyć „Formularz oferty”, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ, w którym zamieszczono tabelę zawierającą elementy składające się na zaoferowaną cenę, w tym w ramach pozycji „Dostawa oprogramowania (...), w tym (...)” pozycję „Produkt 1”, „Produkt 2”, „...”.

Wykonawca Comarch w tabeli „Formularza oferty” wskazał cenę dla pozycji „Dostawa oprogramowania (...), w tym (...)” oraz cenę elementu „Produkt 1”, dla którego podał liczbę „20” w kolumnie „Liczba”.

W ocenie Odwołującego wykonawcy w kwestionowanej pozycji zobowiązani byli do określenia poszczególnych licencji składających się na dostawę oprogramowania, a obowiązek ten – jego zdaniem - wynikał z odpowiedzi na pytanie nr 30, której udzielono pismem z dnia 11 grudnia 2009 r.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotnie, jak słusznie podniósł Zamawiający i Przystępujący, żadne postanowienie SIWZ nie nakładało na wykonawców obowiązku wskazania w kwestionowanej przez Odwołującego pozycji licencji na oprogramowanie. Obowiązek taki nie wynikał także z treści udzielonych wyjaśnień. W ocenie Izby wskazano w nich jedynie, iż dana pozycja dotyczy „poszczególnych licencjonowanych wyrobów”. Natomiast wyrób ten, jak słusznie zauważył Przystępujący, mógł i był różnie nazwany przez różnych wykonawców składających oferty. Jedni wykonawcy ów wyrób nazwali „Produkt 1” i tę nazwę zakwestionował Odwołujący, inni zaś podali określoną własną nazwę oferowanego wyrobu. Z okoliczności nazwania oferowanego wyrobu nazwą „Produkt 1”, a więc identyczną, jak ta, którą wskazano w „Formularzu oferty”, jak i wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Comarch pismem z dnia 23 lutego 2010 r., które dotyczyły wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, absolutnie nie wynika, iż wykonawca ten w złożonej ofercie zaoferował licencje pochodzące od innych producentów. Z ich treści wynika natomiast, iż do realizacji przedmiotu zamówienia wykorzysta „w szerokim zakresie oprogramowanie własne oraz elementy komercyjne (...), a oferowany System jako całość jest unikalną kompilacją komponentów komercyjnych i własnych”. Tak więc już z powyższego wynika, iż oferowany wyrób to produkt autorstwa własnego wykonawcy Comarch, a przytoczony przez Odwołującego fragment wyjaśnień nie

może być odczytywany w sposób wyrwany z kontekstu. Z pełnej treści wyjaśnień „2.Elementy rozwiązania technicznego mające wpływ na wysokość ceny” nie wynika bowiem, iż wykonawca ten, wytwarzając oferowany Zamawiającemu wyrób wykorzysta w pełni komercyjne licencje obce, przeciwnie wskazują one, iż oferowany wyrób został stworzony wyłącznie dla Zamawiającego („pod klucz”), co Przystępujący podnosił konsekwentnie, zarówno w pismach procesowych, jak i na rozprawie, wskazując iż jest on dedykowany wyłącznie dla stworzenia prototypu. Tak więc przedmiotem dostawy będą licencje na oprogramowanie wyrobu o nazwie „Produkt 1”.

Nadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, stwierdzić należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z rozdziałem II „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3.1. jest „dostawa oprogramowania (...) niezbędnego do wytworzenia, instalacji, konfiguracji, uruchomienia i wdrożenia Prototypu (...) i udzielenie licencji na jego użytkowanie oraz zapewnienie asysty technicznej (...)”. Przystępujący (wykonawca Comarch) zaoferował dostawę wyrobu o nazwie „Produkt 1”, którego funkcjonalność wykonawca Comarch określił na stronach 8-15 złożonej oferty, a dla stworzenia którego uzyskał licencje komercyjne.

Tym samym Izba uznała, iż brak jest podstaw do uznania, iż złożona przez niego oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum SAS nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum SAS, w złożonej ofercie, zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto w wysokości 1.174.494,00 zł.

Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia złożone przez konsorcjum SAS w zakresie rażąco niskiej ceny, podnosząc iż cena netto za usługi szkoleniowe, zaoferowana przez tego wykonawcę, w wysokości 95.200,00 zł netto jest blisko dziesięciokrotnie niższa od ceny szkoleń wynikających z oficjalnego cennika firmy SAS.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż aby mówić o cenie rażąco niskiej, zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową. Cena rażąco niska jest to bowiem cena nierealna w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ściślej do wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, ale również do średniej ceny pozostałych ofert i cen rynkowych.

Natomiast w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący zakwestionował cenę jednostkową wyłącznie jednego z elementów składających się na cenę przedmiotu zamówienia, odnosząc cenę tego elementu - tej usługi (kwestionowanego w niniejszym stanie faktycznym) do cen tych usług oferowanych przez jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum w ofercie jego firmy, występującej samodzielnie w obrocie

gospodarczym. Tymczasem nie kwestionował on ceny oferty wykonawcy Comarch, którego ofertę wybrano za najkorzystniejszą. Cena całkowita oferty tego wykonawcy (wykonawcy Comarch) wynosi 885.596,07 zł brutto i bezspornie stanowi ona cenę najniższą zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu, podczas gdy cena całkowita oferty konsorcjum SAS wynosi 1.174.494,00 zł brutto i nie jest ceną najniższą. Nadto stwierdzić także należy, że także wartość kwestionowanego elementu w ofercie konsorcjum SAS jest wyższa niż ten niekwestionowany przez Odwołującego element oferty wykonawcy Comarch.

Zaoferowanie przez konsorcjum SAS niższych cen niż wynika to z cennika zamieszczonego na stronie internetowej firmy Centrum Szkoleniowego SAS Institute nie może być argumentem przemawiającym za uznaniem, iż w danym stanie faktycznym wystąpiła rażąco niska cena. Praktycznie każdy wykonawca kalkuluje cenę dla konkretnego postępowania, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy. Nie można więc stawiać wykonawcy tego rodzaju zarzutu, zwłaszcza że obecnie SAS Institute ubiegał się o zamówienie, tworząc konsorcjum wspólnie z innymi firmami. Tak więc konsorcjum, łącząc swój potencjał handlowy, mogło skalkulować nie tylko cenę oferty, ale i cenę jednostkową jednego z elementów na poziomie innym niż by to uczyniło, gdyby składało ofertę samodzielnie. Odwołujący twierdził, iż cena kwestionowanego elementu jest rażąco niska mimo iż, poza stanowiskiem zawartym na rozprawie, jak słusznie podniósł Zamawiający, nie podnosił zarzutu rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny oferty, a jedynie jej elementu. Twierdzenia Odwołującego nie zostały udowodnione, mimo iż ciężar udowodnienia, iż istotnie taka sytuacja w danym stanie faktycznym wystąpiła spoczywa właśnie na Odwołującym, a więc podmiocie, który zgodnie z art. 6 k.c. z faktu tego wywodzi skutki prawne. To Odwołujący powinien udowodnić, iż konsorcjum SAS zaoferowało cenę oferty na poziomie poniżej kosztów wykonywania tego rodzaju usług, a więc cenę nieopłacalną.

Zdaniem Izby Odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, iż cena oferty zaoferowana przez konsorcjum SAS nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty konsorcjum SAS z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum SAS, udzielając wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wskazało m.in. w zakresie wyjaśnień ogólnych dotyczących oprogramowania, iż „zostały spełnione następujące obiektywne czynniki, pozwalające na przedłożoną ofertę cenową: (...) 5) oprogramowanie wykorzystywane byłoby przez ograniczoną liczbę użytkowników (szacowaną na kilkadziesiąt osób)”.

Odwołujący w oparciu o powyższe podniósł, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 w piśmie z dnia 20 stycznia 2010 r. wskazał, iż liczba użytkowników

prototypu ma wynosić nie więcej niż 1000 osób (980 pasywnych oraz 20 aktywnych), tym samym wskazując, iż oferta konsorcjum SAS jest w tym zakresie niezgodna z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, z treści złożonej oferty nie wynika, iż zakres i liczba licencji oferowanych przez konsorcjum SAS nie zapewnia możliwości korzystania przez wymaganą przez Zamawiającego ilość użytkowników. Odwołujący nie wykazał także okoliczności, z których można by wywieść, iż sformułowanie użyte jedynie w wyjaśnieniach, dotyczących zupełnie innej kwestii, nie dotyczy użytkowników aktywnych, jak również nie wskazał postanowienia SIWZ nakładającego na wykonawców taki obowiązek. Dlatego też Izba, mając na uwadze treść art. 6 k.c. uznała, iż Odwołujący w sposób nie budzący żadnych wątpliwości nie wykazał, iż oferta konsorcjum SAS nie spełnia wymogów postawionych w SIWZ. Nie wskazał także tych rzekomych niezgodności w treści złożonej oferty. Zatem zarzut ten nie potwierdził się.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....