

Sygn. akt: KIO/UZP 850/10

WYROK
z dnia 25 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Katarzyna Ronikier – Dolańska
Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SOFTEX DATA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 47** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5** protestu z dnia 22 kwietnia 2010 r.

przy udziale **Euroimpex S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje odrzucić ofertę Euroimpex S.A.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SOFTEX DATA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 47,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5** na rzecz **SOFTEX DATA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 47** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 **SOFTEX DATA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 47.**

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

Odwołujący Softex Data S.A. w Warszawie uczestniczący w postępowaniu na „Dostawę i wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych Systemu Zarządzania Wydrukiem” zarzucił Zamawiającemu, którym jest ZUS w Warszawie naruszenie:

art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Euroimpex S.A., mimo, że złożone na wezwanie wyjaśnienia wskazują, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz,

art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz złożonych dokumentów (pismo Euroimpex z dnia 24.11.2009 r., wykaz zrealizowanych zamówień oraz list referencyjny od EnergiaPro Gigawat sp. z o.o.,

art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału określonych w R. IV pkt III ppkt 1.1 ust 7 siwz,

art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje odnośnie spełnienia warunku udziału, o którym mowa w R. IV pkt I ppkt 2 siwz, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 12.04.2010 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, nakazanie wykluczenia Euroimpex S.A. we Wrocławiu, ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty tego wykonawcy i dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący w pierwszym rzędzie kwestionuje stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, w którym protest został odrzucony jako niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy oraz jako złożony po terminie. Odwołujący wskazuje, że w proteście podniósł zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Euroimpex S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę oraz tego, że Zamawiający powinien w toku badania ofert w wyniku wyroku KIO wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełniania przez oferowany system „Documaster” wymogów „W-13” i „W-18” wskazanych w R. II pkt I ppkt 1 siwz, dotyczących bezpieczeństwa oferowanego systemu. Pozostałe zarzuty dotyczyły podstaw wykluczenia Euroimpex S.A. z postępowania.

Odwołujący wskazał, że w zakresie podstaw odrzucenia oferty nie miał wcześniej interesu prawnego wnosić protestu, ponieważ pierwotnie jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a firma Euroimpex została wykluczona z postępowania. Odwołujący stwierdził, że w wykonaniu wyroku Izby sygn. KIO/UZP 152/10 po ponownej ocenie ofert dnia 12.04.2010 wybrano ofertę Euroimpex S.A. i od tego dnia należy liczyć termin na wniesienie protestu. Zauważył również, że kwestie zgodności treści oferty z siwz oraz rażąco niskiej ceny nie były przedmiotem rozpoznania przez KIO, która rozpatrywała kwestie spełnienia kryteriów podmiotowych.

Odwołujący wskazał, że wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 720.000 zł, natomiast cena oferty Euroimpex S.A. wynosi 210.450 zł, co stanowi ok. 29% wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego i ma charakter dumpingowy. Odwołujący stwierdził, że odpowiedź na wezwanie Zamawiającego w istocie nie zawierała wyjaśnień dotyczących wysokości ceny.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazał, że oferowany przez Euroimpex S.A. system „Documaster” nie spełnia podstawowych wymogów bezpieczeństwa. System ten nie ma możliwości rozbudowy do technologii MSCS (Microsoft Cluster Server), która zgodnie z siwz powinna być możliwa w razie zwiększenia liczby drukarek przez Zamawiającego. System MSCS to powszechnie wymagany standard bezpieczeństwa – nieawaryjności. Jego oprogramowanie jest zainstalowane w klastrze – układzie dwóch serwerów umożliwiając przejęcie funkcji przez drugi komputer w razie awarii pierwszego. Brak tej technologii oznacza, że wybrana oferta jest niezgodna z wymogami „W-13” i „W-18 R. II pkt I ppkt 1 siwz.

Odwołujący wskazał na wymóg R. IV pkt III ppkt 1.1 ust 7 siwz załączenia do oferty wykazu dostaw w zakresie dostawy i wdrożenia systemu zarządzania wydrukiem obejmujących co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących. Na zapytanie Zamawiającego wykonawca oświadczył, że uzupełniony wykaz dostaw spełnia wymogi siwz. Odwołujący stwierdził, że Euroimpex S.A. nie mógł w ramach zamówienia na rzecz EnergiaPro Gigawat sp. z o.o. wykonać dostawy i wdrożenia wymaganego systemu,

gdyż w 2008 r. podanym jako datę wykonania zamówienia, spółka ta zatrudniała jedynie 108 pracowników. Okoliczność ta wymagała zatem wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Odwołujący wskazał na informacje zawarte na stronie internetowej EnergiaPro Gigawat sp. z o.o. oraz fragment publikacji dodatku do Rzeczpospolitej wskazujące na zatrudnienie mniejszej liczby pracowników.

Z powyższego wnioskuję, że wykonawca powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 2 pkt 2 wskazując, że obowiązek wykluczenia wykonawcy podlega aktualizowaniu na każdym etapie postępowania.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że KIO wyrokiem z dnia 23.03.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 152/10 uwzględniła odwołanie Euroimpex S.A. nakazując ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy uznając, że spełnia on wymogi siwz w zakresie doświadczenia zawodowego. Było to ostateczne rozstrzygnięcie protestu zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Euroimpex S.A. Zamawiający stwierdził, że zarzuty te zostały wniesione z przekroczeniem terminu, gdyż w piśmie z dnia 21.12.2009 r. poinformował o zakończeniu badania ofert, w wyniku którego wskazał ofertę najkorzystniejszą i wykluczył m.in. Euroimpex. Na tym etapie uzyskał również wyjaśnienia Euroimpex o rażąco niskiej cenie, w dniu 5.10.2009 r.

Zamawiający wskazał, że w terminie 10 dni od dnia otrzymania powyższych informacji Odwołujący powinien był sformułować wszystkie swoje zarzuty i żądania odnośnie oferty Euroimpex S.A. korzystając ze środków ochrony prawnej.

Na poparcie stanowiska Zamawiający powołał postanowienie KIO z 30.12.2009 r. sygn. akt `1670/09 cyt. Ponadto Zamawiający stwierdził, że okoliczności naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znalazły potwierdzenia w treści oferty Euroimpex S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, ustaliła i zważyła, co następuje.

W zakresie podniesionych w proteście i odwołaniu zarzutów co do spełniania warunków podmiotowych podniesionych w stosunku do wybranego wykonawcy – przystępującego do postępowania odwoławczego - należy stwierdzić, że nie mogą być one rozpatrzone w niniejszym postępowaniu odwoławczym z uwagi na wiążące rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe w wyroku z dnia 23 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 152/10, w którym uznano, że wykonawca Euroimpex S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie obecnie kwestionowanego doświadczenia zawodowego.

Z powyższego względu rozpatrzeniu podlegają wnioski i zarzuty podniesione wobec treści oferty oraz wysokości ceny oferty złożonej przez przystępującego.

Jak ustalono, zamawiający w toku prowadzonego postępowania, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pismem z dnia 1 października 2009 r. zwrócił się do wykonawcy Euroimpex S.A. o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W odpowiedzi z dnia 5 października 2009 r. wykonawca uznał żądanie za nieprecyzyjne i zadeklarował, że przygotowana przez niego oferta jest rynkowa, rzetelna i uwzględnia wszystkie wymogi postawione formularzu cenowym. Stwierdził nadto, że zobowiązał się wykonać pełny zakres zamówienia oraz, że jest producentem obu elementów oferty, urządzeń i licencji i posiada prawa autorskie na oferowane oprogramowanie.

Powyższe okoliczności wskazują, że zamawiający zasadnie powziął wątpliwości, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w szczególności wobec faktu, że wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 720.000 zł, a cena oferty Euroimpex S.A. wynosi 210.450 zł, co stanowi ok. 29% wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby w przywołanym piśmie wykonawca zawarł jedynie deklaracje o zaoferowaniu całości przedmiotu zamówienia, natomiast w istocie nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nawet w odniesieniu do pozycji cenowych zawartych w formularzu cenowym.

W ocenie Izby zasadne byłoby rzeczywiste wyjaśnienie ceny oferty w kontekście przedmiotu zamówienia, na który składa się szereg elementów, w tym udzielenie licencji na oprogramowanie Systemu Zarządzania Wydrukiem, wdrożenie oprogramowania Systemu Zarządzania Wydrukiem, dostawa i wdrożenie sprzętu do autoryzacji użytkowników, wdrożenie systemu przy wykorzystaniu urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych wskazany przez zamawiającego, wyposażenie urządzeń w wewnętrzny interfejs sieciowy Fast Ethernet 1/100 Mbps, dostarczenie dokumentacji, szkolenia i usługi serwisowe.

. W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie pozwalały na przyjęcie przez zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby, w sytuacji kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Celem dla którego wykonawca wzywany jest do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powinny one zatem osadzać się na konkretnych uwarunkowaniach, jakie towarzyszyć będą realizacji danego zamówienia i pozwalać na ocenę skali w jakiej wpływają one na ustalenie poziomu kosztów. Jeżeli wykonawca powołuje się na pewne okoliczności, mające mieć wpływ na wysokość ceny, to powinien również wykazać w jaki sposób zostały one uwzględnione przy kalkulacji

kosztów. Informacji takich nie zawierały wyjaśnienia złożone przez Euroimpex S.A., przez co nie było możliwe stwierdzenie dopuszczalności ich uwzględnienia przez zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że nie został on udowodniony przez Odwołującego, na którym spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodu. Okoliczności tej nie zmienia fakt złożenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, którego Izba nie przyjęła ze względu na ekonomię postępowania biorąc również pod uwagę, że postawiona teza dowodowa mogła być wykazywana w różny sposób.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) 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:

.....

.....