

**WYROK**  
z dnia 11 lipca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2012 r. przez wykonawcę: **M2 NET S.A. ul. Smoleńskiego 1, 01-698 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Kraków - Urząd Miasta Krakowa, Plac Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków,**

przy udziale wykonawcy: **Centrum Informatyki ZETO S.A., ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1363/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **M2 NET S.A. ul. Smoleńskiego 1, 01-698 Warszawa**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M2 NET S.A., ul. Smoleńskiego 1, 01-698 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza kwotę **251,00 zł 44 gr.** (słownie: dwieście pięćdziesiąt jeden złotych czterdzieści cztery grosze) od wykonawcy **M2 NET S.A., ul. Smoleńskiego 1, 01-698 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Gmina Miejska Kraków - Urząd**

**Miasta Kraków Plac Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków** stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający: Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Budowa i wdrożenie Systemu Elektronicznych Usług Publicznych (SEUP) w Urzędzie Miasta Krakowa i Miejskich Jednostkach Organizacyjnych Gminy Miejskiej Kraków - Zarządzie Budynków Komunalnych, Zarządzie Cmentarzy Komunalnych, Zarządzie Infrastruktury Komunalnej i Transportu”, w związku z realizacją projektu pn. „Wdrożenie Systemu Elektronicznych Usług Publicznych w Urzędzie Miasta Krakowa i Miejskich Jednostkach Organizacyjnych Gminy Miejskiej Kraków”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 marca 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2012/S 43-070460.

W dniu 20 czerwca 2012 r. zamawiający przesłał do wykonawcy M2 NET S.A. z siedzibą w Warszawie informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp. W wyniku oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie całości zamówienia za oferowaną cenę. Zdaniem zamawiającego wysokość ceny oferty nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia gdyż koszty realizacji zamówienia zostały skalkulowane przez wykonawcę poniżej kosztów wytworzenia usług. Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdził, iż zaoferowana przez wykonawcę cena jest niewiarygodna i nie odzwierciedla rzeczywistych cen rynkowych podobnych zamówień, a także nie pokrywa wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia.

Wykonawca M2 NET S.A. wniósł odwołanie wobec powyższych czynności zamawiającego. Zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 90 ust. 1 - 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Centrum Informatyki „ZETO“ S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w przypadku gdyby oferta złożona przez odwołującego nie została odrzucona, podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą. Wyjaśnił, że w dniu 6 czerwca 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący pismem z dnia 12 czerwca 2012 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że złożona przez niego oferta obejmuje wszystkie elementy i odpowiada wszystkim wymaganiom określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”), w tym obejmuje zakup sprzętu komputerowego o parametrach wskazanych w siwz. Podał również obiektywne czynniki, które miały wpływ na ukształtowanie ceny. Tym samym, odwołujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Zaoferowana cena jest ceną realistyczną, adekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, a wbrew twierdzeniom zamawiającego możliwe jest wykonanie za nią całości zamówienia i osiągnięcie zysku. Ponadto, podane w wyjaśnieniach wartości określonych elementów zamówienia stanowią cenę danego elementu, a nie jak wskazuje zamawiający jego koszt. Ceny te obejmują zarówno koszt wytworzenia (zakupu) konkretnego elementu jak i zysk wykonawcy. Tym samym brak jest przesłanek do uznania, iż cena zawarta w ofercie odwołującego jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podana przez odwołującego cena uwzględnia wszelkie czynności niezbędne do realizacji zamówienia i koszty z tym związane. Odwołujący wskazał, że zamówienie na budowę i wdrożenie Systemu Elektronicznych Usług Publicznych (SEUP) jest specyficzne, co powoduje, iż odniesienie ceny oferty odwołującego jedynie do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT stanowiłoby znaczne uproszczenie. Fakt, iż zaoferowana cena jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT nie przesądza, że jest ona rażąco niska. Ponadto, duża konkurencyjność na rynku powoduje, iż zróżnicowanie cen może sięgnąć nawet kilkudziesięciu procent. Różnica w cenie oferty pomiędzy poszczególnymi wykonawcami jest zatem przejawem konkurencji i nie może stanowić podstawy do uznania, że zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska. Tym samym zdaniem odwołującego zamawiający dokonując odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w rażący sposób naruszył przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok KIO z dnia 25 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1492/11, KIO 1495/11, wyrok KIO z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 693/10.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył także przepis art. 90 ust. 1 - 3 Pzp, gdyż dokonana ocena złożonych przez odwołującego wyjaśnień przeprowadzona została z pominięciem przedstawionych tam obiektywnych czynników, które miały wpływ na ukształtowanie ceny. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 Pzp, zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W dniu 4 lipca 2012 r. wykonawca Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 10 lipca 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako w całości niezasadnego. Podtrzymał w całości stanowisko zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Wyjaśnił, iż nie podważa faktu, że oferta odwołującego obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, jednak uważa, że nie jest możliwe wykonanie całości zamówienia za oferowaną przez odwołującego cenę ze względu na koszty osobowe związane z zatrudnieniem wysoko wykwalifikowanych pracowników oraz zakres zamówienia, które odwołujący zamierza pokryć kwotą około 197 000,00 zł netto, biorąc pod uwagę aktualne ceny rynkowe usług informatycznych i ich wytworzenia. Zamawiający wskazał ponadto, że nie kwestionował faktu, iż kwoty podane przez odwołującego w złożonych wyjaśnieniach zawierają w sobie zysk wykonawcy, a jedynie stwierdził, że zaoferowana cena jest niewiarygodna i nie odzwierciedla rzeczywistych cen rynkowych podobnych zamówień, a także nie pokrywa wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia. Wyjaśnił, że potraktował złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w sposób indywidualny, dokonał oceny złożonych wyjaśnień zgodnie z wytycznymi art. 90 Pzp oraz z orzecznictwa KIO w tym zakresie. W ocenie zamawiającego zarzuty odwołania nie odnoszą się do faktycznych przyczyn odrzucenia oferty, wskazanych w uzasadnieniu decyzji z dnia 20 czerwca 2012 r.

Zamawiający podkreślił również, że wszystkie czynności wykonał zgodnie z obowiązującymi przepisami i zachowując należyłą staranność, a także żadna z jego czynności podjętych w postępowaniu nie naruszyła zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie przez zamawiającego nałożonego przez ustawę obowiązku przestrzegania przy udzielaniu zamówień publicznych zasady zachowania uczciwej konkurencji wyraziło się m.in. w ustaleniu czy oferty wykonawców (w tym także oferta odwołującego) zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Centrum Informatyki ZETO S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp. Został poinformowany przez zamawiającego o wniesieniu odwołania w dniu 2 lipca 2012 r., natomiast przystąpienie wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 4 lipca 2012 r. Przystępujący wykazał też interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z uwagi na zastrzeżenie przez odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz.U. Nr 153, poz. 1503) informacji zawartych w ofercie oraz w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, rozprawa została przeprowadzona w części z wyłączeniem jawności, na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp. Z tego też względu w uzasadnieniu nie zostały zawarte szczegółowe informacje, podlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzut naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 - 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w wyniku odrzucenia oferty odwołującego, Izba uznała za niezasadny. Izba nie stwierdziła przy tym nieprawidłowej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 9 ofert, z których tylko oferta odwołującego opiewała na cenę poniżej 2 000 000,00 zł (1 706 010,00 zł). Kolejna oferta zawiera cenę 2 691 161,28 zł, natomiast dwie następne - opiewają na kwoty ponad 3 000 000,00 zł, a pozostałe 5 ofert – znacznie powyżej 4 000 000,00 zł. Okoliczności powyższe stanowią uzasadnioną podstawę do podjęcia przez zamawiającego czynności zmierzających do wyjaśnienia wysokości ceny oferty, która w znacznym stopniu wysokością odbiega od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu, jak również od kwoty, którą zamawiający oszacował jako wartość zamówienia i kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (5 000 000,00 zł). Zamawiający w dniu

6 czerwca 2012 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie można się zgodzić z odwołującym, że treść ww. wezwania ograniczyła wykonawcę co do zakresu wyjaśnień. Zamawiający zaproponował w wezwaniu kilka istotnych elementów oferty do wyjaśnienia, wskazując je „w szczególności”, co nie oznacza jednak, że wykonawca powinien był ograniczyć składane wyjaśnienia tylko do tych punktów. Nie oznacza to również, że zamawiający miał obowiązek ocenić złożone wyjaśnienia wyłącznie w zakresie tych elementów. Zamawiający ma obowiązek ocenić wyjaśnienia w kontekście całego przedmiotu zamówienia i tym samym przedmiotu oferty. Wykonawca ma natomiast obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach okoliczności, które potwierdzałyby, że cena oferty pokrywa wszelkie koszty realizacji zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający w przedmiotowym postępowaniu prawidłowo ocenił złożone przez odwołującego wyjaśnienia. Wbrew twierdzeniu odwołującego zamawiający nie podjął decyzji o uznaniu ceny oferty odwołującego za rażąco niską wyłącznie na podstawie porównania z wartością przedmiotu zamówienia, ani też wyłącznie w oparciu o porównanie z cenami innych ofert, choć okoliczności tych nie można pominąć przy badaniu ceny oferty. Jak wynika z uzasadnienia decyzji zamawiającego z dnia 20 czerwca 2012 r. analiza ceny oferty odwołującego została dokonana w znacznej mierze w oparciu o dane podane przez wykonawcę i ceny rynkowe. Zamawiający w sposób racjonalny i obiektywny dokonał analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego w zakresie kilku elementów przedmiotu zamówienia, odnosząc je do całości zamówienia, uwzględniając zakres usług, do którego odwołujący w ogóle nie odniósł się w wyjaśnieniach, a także specyfikę przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał w szczególności, że kwota około 197 000,00 zł zapewni pokrycie kosztów wykonania zamówienia w zakresie, co którego odwołujący nie podał ceny (kosztów), w tym m.in. kosztów wykonania analizy przedwdrożeniowej, implementacji i wdrożenia oprogramowania dedykowanego, opracowania i wykonania testów, wykonania dokumentacji powykonawczej, przeprowadzenia szkoleń, przekazania kodów źródłowych oprogramowania dedykowanego, świadczenia usług gwarancyjnych, co w świetle cen rynkowych budzi uzasadnione wątpliwości. Przedłożona na rozprawie przez odwołującego oferta firmy ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. powinna stanowić element wyjaśnień składanych zamawiającemu i wówczas podlegałaby ocenie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie znalazła w konsekwencji podstaw do uznania, że zamawiający dokując oceny wyjaśnień odwołującego i decyzji o odrzuceniu

oferty odwołującego naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....