

**WYROK**  
**z dnia 6 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **JCommerce Spółka Akcyjna, 40-519 Katowice, ul. Tadeusza Kościuszki 112** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Zootechniki Państwowy Instytut Badawczy, 31-047 Kraków, ul. Sarego 2,**

przy udziale wykonawcy **SMT Software Spółka Akcyjna, 50-048 Wrocław, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 13** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddała odwołanie;**

**2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę JCommerce Spółka Akcyjna, 40-519 Katowice, ul. Tadeusza Kościuszki 112 i:**

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę JCommerce Spółka Akcyjna, 40-519 Katowice, ul. Tadeusza Kościuszki 112, tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od wykonawcy JCommerce Spółka Akcyjna, 40-519 Katowice, ul. Tadeusza Kościuszki 112 na rzecz Instytutu Zootechniki Państwowy Instytut

Badawczy, 31-047 Kraków, ul. Sarego 2 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Instytut Zootechniki Państwowy Instytut Badawczy w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa *Wykonanie projektu technicznego i wdrożenie hurtowni danych wraz ze wsparciem technicznym*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówienie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 21/11/2012 r., nr 2012/S 224-369252.

I. Odwołujący: JCommerce Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, wniósł odwołanie wobec zaniechania i dokonania czynności przez zamawiającego:

1) zaniechania wezwania wykonawców: SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanych cen;

2) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. w warunkach, w których oferty podlegały odrzuceniu, ponieważ zawierały rażąco niskie ceny i ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) dokonania oceny i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SMT Software S.A., którego oferta winna zostać odrzucona w związku z okolicznością, że wykonawca ten zaoferował rażąco niską cenę, a złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, tj.:

1) art. 90 ust. 1 przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców: SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonych przez nich ofert mających wpływ na wysokość ceny;

2) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy ewentualnie:

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SMT Software S.A.

i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. pomimo tego, że oferty te zawierały rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wezwanie wykonawców SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

ewentualnie:

2) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenia ofert wykonawców SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podał w uzasadnieniu, że posiada interes w złożeniu odwołania, zgodnie z treścią art. 179 Pzp. Wskazał, że gdyby zamawiający postępował zgodnie z przepisami ustawy i wezwałby wykonawców: SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wówczas zamawiający mógłby dokonać prawidłowej oceny ofert, a w konsekwencji odrzuciłby oferty wskazanych wykonawców z uwagi na rażąco niską cenę i zaistniałaby możliwość wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że podważając czynności zamawiającego, zmierza do uzyskania zamówienia. Podjęte lub zaniechane przez zamawiającego czynności objęte zarzutami odwołania, narażają odwołującego na szkodę z powodu utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby liczyć, gdyby zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Pzp.

Odnosząc się do złożonych ofert, odwołujący wskazał następujące okoliczności. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1 117 491,00 zł brutto (wartość zamówienia zamawiający szacował na kwotę 908 529,27 zł netto). Jako jedyne kryterium oceny ofert zastosował - cenę oferty.

Sześciu wykonawców złożyło oferty z następującymi cenami wyrażonymi w PLN brutto:

- 1) konsorcjum firm: Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. - 1 196 578,11;
- 2) JCommerce S.A. (odwołujący) - 886 830,00;
- 3) MT Software S.A. (oferta wybrana) - 503 070,00;
- 4) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. - 676 131,00;
- 5) T Systems and Solutions Sp. z o.o. - 910 446,00;
- 6) Controlling Systems Sp. z o.o. - 897 900,00.

Odwołujący wskazał, że wobec braku podstaw do przyjęcia, że oszacowanie nie zostało dokonane należycie, dysproporcja pomiędzy wartością przedmiotu zamówienia i jednocześnie

kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia, a ceną wybranej oferty (503 070,00 zł) oraz oferty zaklasyfikowanej na drugim miejscu (676 131,00 zł), jest znaczna, gdyż stanowi ona odpowiednio około 45% i 60% wartości zamówienia określonej przez zamawiającego (porównania dokonano zgodnie z opinią UZP zamieszczoną na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) traktując, jako punkt odniesienia ustaloną przez zamawiającego cenę za przedmiot zamówienia, tj. wartość zamówienia + podatek VAT).

Zaoferowanie tak niskich cen winno było skłonić zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, zwłaszcza, że zgodnie ze stanowiskiem KIO (wyrażonym m.in. w wyroku z dnia 27.10.2010 r., sygn. akt KIO 2240/10), *to na Zamawiającym ciąży obowiązek przestrzegania kardynalnych zasad udzielania zamówień publicznych - równości podmiotów, uczciwej konkurencji, staranności itd.*

Tak znaczna różnica pomiędzy przywołanymi cenami ofertowymi a wartością przedmiotu zamówienia uzasadniała wystąpienie do obu wskazanych wykonawców o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego, rażąco niskie ceny zaoferowane przez obu wyżej wskazanych wykonawców wynikają z faktu złożenia przez nich ofert realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług objętych zamówieniem a wręcz można uznać, że za kwotę w sposób oczywisty oderwaną od realiów rynkowych.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego oferty złożone w postępowaniu winny zawierać wycenę wykonania przedmiotu umowy w rozbiciu na trzy elementy składowe:

- 1) projekt techniczny i wdrożenie hurtowni danych;
- 2) wsparcie techniczne dla hurtowni danych;
- 3) przeprowadzenie instruktaży.

W myśl pkt 2.7.7 zał. Nr 1 do SIWZ, wsparcie techniczne powinno być świadczone przez okres 1 roku od wdrożenia rozwiązania. W ramach wsparcia świadczona będzie pomoc dla zamawiającego przy wprowadzaniu zmian do systemu. Pomoc ta jednak nie ogranicza się wyłącznie do konsultacji - pkt 7: „Z chwilą dokonania każdej zmiany (modyfikacji, aktualizacji, poprawki itp.) Systemu, na Zamawiającego przechodzą autorskie prawa majątkowe(...)” - innymi słowy w ramach pomocy zakładane są prace programistyczne po stronie wykonawcy, niezależnie od konsultacji oraz świadczenia usługi telefonicznego wsparcia w godzinach 8:00-16:00 w dni robocze. Zamawiający wskazuje również na częstotliwość zmian w Systemie (pkt 1.2.1 ppkt 6b zał. Nr 1 do SIWZ): „[...] Struktura baz danych repozytorium musi uwzględniać zmieniające się kilkakrotnie w ciągu roku struktury danych źródłowych [...]”.

Wycena tego elementu powinna uwzględniać, co najmniej koszty zatrudnienia odpowiedniego personelu (wraz z wszystkimi należnymi obciążeniami wobec ZUS), koszt amortyzacji środków trwałych (sprzęt) oraz wartości niematerialnych i prawnych (oprogramowanie), koszty zużycia materiałów i energii, koszty usług obcych (najem pomieszczeń, usługi telefoniczne).

Wybrany wykonawca - SMT Software S.A. określił wartość tej usługi na kwotę 1.230 zł brutto. Mając na uwadze powyższe oraz istotną dysproporcję pomiędzy wyceną tego elementu przez pozostałych wykonawców odwołujący uznał, że zaoferowana kwota jest zdecydowanie nierealna, a jednocześnie przez jej istotny wpływ na całościową cenę, powoduje, iż zaoferowana kwota za wykonanie przedmiotu umowy jest kwotą rażąco niską i co najmniej powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego skutkujące wdrożeniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący odniósł się do najważniejszej i najbardziej pracochłonnej w jego ocenie, części przedmiotu umowy, tj. wykonania projektu technicznego i wdrożenia hurtowni danych. Z opisu przedmiotu zamówienia i doświadczenia odwołującego wynika, iż czynnikami istotnie wpływającymi na pracochłonność przy realizacji tej części projektu (pkt 1.2.1 zał. Nr 1 do SIWZ) są:

a) konieczność przeanalizowania zawartości każdej z baz danych źródłowych, przy czym zamawiający wskazuje ich szereg (podzielonych na 5 obszarów: baza bydła, baza trzody chlewnej, baza owiec, baza koni, inne); odwołujący zamieścił opis baz: (*Ocena wartości hodowlanej buhajów ras mlecznych (system WYCENA)*), (*Ocena wartości użytkowej i hodowlanej buhajów ras mięsnych (system BuhajeMięsne)*), (*Kontrola pochodzenia bydła (system IMG BOV)*), (*Wartość hodowlana krów kandydatek na matki buhajów (system KROWY)*), (*Ochrona bioróżnorodności zwierząt gospodarskich - Bydło (system BIO Bydło)*), (*eBOVIS*), (*Ocena wartości użytkowych i hodowlanych trzody chlewnej (system TRZODA)*), (*Ochrona bioróżnorodności zwierząt gospodarskich - ŚWINIE (system BIO ŚWINIE)*), (*Ocena wartości hodowlanej owiec (system OcenaOwiec)*), (*Ochrona bioróżnorodności zwierząt gospodarskich - Owce (System BioOwce)*), (*Baza danych owiec badanych pod kątem ryzyka wystąpienia śmiertelnej choroby Scrapie (system SCRAPIE)*), (*Baza oceny owiec ze Stacji Oceny Tryków*), (*Ochrona bioróżnorodności zwierząt gospodarskich - KONIE (system BIO KONIE)*), (*Baza publikacji pracowników IZ PIB (system Publikacje)*), (*Baza kontaktów pracowników IZ PIB (system Pracownicy)*), (*Baza zakończonych prac badawczych IZ PIB (system Tematy)*), (*Krajowa Baza Danych o Zasobach Genetycznych Zwierząt Gospodarskich (system EFABIS)*), (*Baza danych analiz cytogenetycznych prawidłowości kariotypu*), (*Baza analiz chemicznych Pasz*), (*Baza danych genotypów SNP bydła mlecznego, Polagra*);

b) zróżnicowanie technologicznej formy przechowywania danych wymagają każdorazowego testowania integralności platform wymiany danych;

c) konieczność zaprojektowania procesów ETL indywidualnie dla każdego źródła (różne częstotliwości przesyłania) z pełną obsługą błędów;

d) konieczność implementacji mechanizmów poprawiających jakość otrzymanych danych;

e) identyfikacja potrzeb analitycznych na potrzeby realizowanych raportów (100 sztuk raporty nieopisane);

f) wykonanie wielu typów dokumentacji: Techniczna dokumentacja projektowa, Zarządcza

dokumentacja projektowa, Dokumentacja dla administratora, Dokumentacja dla projektanta, Dokumentacja dla użytkownika;

g) konieczność zrealizowania interfejsu pozwalającego na wprowadzanie danych przez zewnętrznych dostawców;

h) konfiguracja platformy na potrzeby użytkowników wewnętrznych jak i dla użytkowników z poza lokalnej sieci (różne zakresy dostępu danych jak i formy prezentacji);

i) implementacja narzędzi raportowania oraz zaawansowanej analityki, umożliwiającej wielowymiarową analizę danych (OLAP).

Rozległy zakres prac wymaga zatrudnienia wykwalifikowanego personelu oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (co zresztą potwierdzają wymogi zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu - pkt V SIWZ). Tym samym zaoferowana kwota winna uwzględniać: a) koszty zatrudnienia personelu wraz z obciążeniami z tytułu składek ZUS, względnie podwykonawców, przy czym co do zasady należy wykluczyć możliwość wykonania usługi za pomocą wolontariuszy, czy też osób zatrudnionych z minimalną płacą, b) koszty nabycia lub wytworzenia odpowiednich bezterminowych licencji na oprogramowanie, c) koszty amortyzacji środków trwałych (sprzęt) i wartości niematerialnych i prawnych (oprogramowanie), d) koszty podróży służbowych, e) koszty usług obcych (najem pomieszczeń, usługi telefoniczne, internetowe), f) koszty zużytych materiałów i energii, g) koszty podatków związanych z realizacją przedmiotu umowy.

Zaoferowane przez wykonawców SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. kwoty w tym zakresie - zdaniem odwołującego popartym wieloletnim doświadczeniem na rynku usług informatycznych - nie zawierają wskazanych wyżej elementów lub zostały one znacznie zaniżone. Wobec jednak braku wezwania tych wykonawców przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, odwołujący nie jest w stanie szczegółowo wykazać, jakie elementy nie zostały uwzględnione bądź zostały uwzględnione w sposób niewystarczający.

Odwołujący podniósł, że zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez KIO w wyroku z dnia 09.01.2012 r., sygn. akt KIO 2771/11: *Ustawodawca zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”*. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa, prowadzi zdaniem KIO do wniosku, iż każdy przypadek zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie.

Zgodnie z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych: *za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi*. Również w bogatym orzecznictwie zarówno sądów powszechnych jak i KIO oraz Zespołów Arbitrów dokonywano

wielokrotnie dookreślenia pojęcia rażąco niskiej ceny. I tak zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 *o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście 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. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 04.09.2007 r.: za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe.*

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł, że jeżeli zamawiający wezwał wskazanych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na cenę, a odwołująca jedynie nie posiada stosownej wiedzy w tym zakresie, to zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców pomimo tego, że oferty te zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z powołanym przepisem, nadrzędnym obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Wobec tak prezentowanego stanowiska doktryny (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis, uwagi do art. 7 Nb 3) nie zwrócenie się przez zamawiającego do wskazanych wykonawców z żądaniem złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. Wskazał, że odwołujący zarzucając zamawiającemu:

- naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców: SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny,
- art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, ewentualnie:
  - art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne pomimo tego, że oferty te zawierały rażąco niskie ceny stosunku do przedmiotu zamówienia, nie wykazał podstaw, by w toku prowadzonego postępowania doszło do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów.

W pierwszym rzędzie wskazał, że skorzystanie przez zamawiającego z procedury



wyjaśnień oferty w zakresie rażąco niskiej ceny, stanowi niewątpliwie uprawnienie zamawiającego, co jednak z uwagi na treść art. 7 Pzp nie oznacza całkowitej dowolności w tej mierze. Zastosowanie wskazanej regulacji winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz, jak w tym przypadku, brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 Pzp (sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r.). Stan faktyczny sprawy nie dawał zamawiającemu podstaw do wystosowania żądania zgodnie z dyspozycją art. 90 ustawy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że również twierdzenia odwołującego przytoczone dla uzasadnienia postawionych zarzutów nie mają przymiotu choćby uprawdopodobnienia, iż cena zaoferowana przez wykonawców SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jest rażąco niska. Odwołujący nie udowodnił swych twierdzeń, co tylko potwierdza, że słusznie zamawiający dochowując staranności w badaniu i ocenie ofert nie powziął wątpliwości, co do zaoferowania rzekomo rażąco niskiej ceny.

Wskazał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.06.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 571/08, traktujące o formułowaniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp:

*Odwołujący nie wskazał, jakie działanie, czy zaniechanie doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, a jedynie przywołał ten przepis. Izba stoi na stanowisku, że zarzut, to twierdzenie Odwołującego o okolicznościach faktycznych, które zaistniały w postępowaniu, a których zaistnienie powoduje, że czynności lub zaniechania Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z prawem i dokonać ich subsumcji pod określony przepis aktu normatywnego. Samo zaś powołanie przepisu, bez wskazania okoliczności faktycznych nie pozwala na ustalenie, jakie działanie lub zaniechanie Zamawiającego narusza przepis prawa.*

Odwołujący nie wykazał na czym konkretnie miało polegać naruszenie art. 7 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości, jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Odwołujący nie wykazał, który z wykonawców i przez jakie działanie został potraktowany gorzej/lepiej niż pozostali wykonawcy. Dalej, zasada zapewnienia uczciwej konkurencji wiąże zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania. Zasada - w uproszczeniu - jest to zarówno nakaz obligujący zamawiającego do czuwania nad postępowaniem uczestników postępowania w zakresie popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji, jak i nakaz nieograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

Zgodnie z orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 września 2007 r. (sygn.

akt DF/GKO-4900-38/42/07/25) art. 7 ust. 1 ustawy pzp powinien być interpretowany w oparciu o regulacje ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 14, poz. 211), w której została zawarta definicja czynu nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W treści art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zdefiniowano przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, tj.: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Również i w tym zakresie odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń zaferowania przez wykonawców rzekomo rażąco niskiej ceny. Zamawiający podkreśla, że ceny ofert złożonych w postępowaniu są do siebie zbliżone i jako takie są wyrazem rynkowej konkurencji wykonawców a nie oferowaniem rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Wykonawca - SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem, przedstawił dodatkowo swoje stanowisko w sprawie w piśmie z dnia 5 lutego 2013 r. Wykonawca ten, zwany też „przystępującym” wskazał w piśmie, jak niżej. Zarzuty odwołującego JCommerce S.A., dotyczące:

- a) zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień ceny,
- b) rażąco niskiej ceny oferty SMT Software S.A.,
- c) czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez złożenie oferty przez przystępującego - nie zostały potwierdzone wiarygodną argumentacją, ani tym bardziej udowodnione w odwołaniu.

1. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień ceny.

Przepisy Pzp nie precyzują tego, jak duża różnica pomiędzy ceną oferty, a kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia lub też innymi ofertami, obliguje go do żądania wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W postępowaniu rozpiętość cenowa pomiędzy ofertami jest dość duża, przy czym największa liczba ofert oscyluje wokół kwoty 900 000 zł;

- JCommerce S.A. - 886 830 zł

- Controlling System Sp. z o.o. - 897 900 zł

- IT Systems and Solutions Sp. z o.o. - 910 446 zł.

Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1 117 491,00 zł. Ponieważ większość ofert odbiegała od tej kwoty (była niższa), a wśród najwyższych z nich przeważała kwota około 900 000 zł, oznacza to, że mniej więcej ta wartość powinna być podana przez zamawiającego, jako kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie

zamówienia, Zamawiający przeszacował wartość zamówienia, o czym przekonał się analizując ceny ofert. Gdyby zaś brać pod uwagę kwotę 900 000 zł, jako prawidłową maksymalną wartość brutto zamówienia, cena oferty przystępującego wynosiłaby ponad 55% tej wartości.

Ponadto podniósł, że nie tylko oferta SMT Software S.A. jest na niższym poziomie. Cena oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jest na zbliżonym do przystępującego poziomie - 676 131 000 zł. Bliżej jej do oferty pierwszej (SMT Software S.A.) niż trzeciej (JCommerce S.A.). Zwrócił uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1145/12, że: *Różnica w cenie ofert oraz różnica cen ofert w stosunku do ceny zamówienia, stanowi naturalny objaw konkurencji.*

W ślad za Krajową izbą Odwoławczą, przystępujący wskazał, że: *punktem odniesienia przy analizie ceny oferty jest przedmiot zamówienia, a nie jedynie jego wartość* (wyrok z dnia 2 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1292/12). Zwrócił uwagę, że usługi świadczone w ramach zamówienia to usługi informatyczne, intelektualne, których cena zależy od indywidualnej wyceny, a rozpiętość cenowa może być znaczna. Brak tutaj takich kosztów, które związane byłyby z koniecznością nabycia dostaw, które ze względu na swój fizyczny charakter muszą mieć jakiś minimalny koszt, związany chociażby z kosztem materiałów.

Zamawiający uwzględnił i tę okoliczność dochodząc do wniosku, że nie ma potrzeby wzywania przystępującego do wyjaśnień ceny, gdyż nie ma podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Słusznie zauważyła Izba w jednym z wyroków, że: *Decyzja odnośnie uznania rażąco niskiej ceny spoczywa na zamawiającym, który musi wziąć pod uwagę nie tylko wysokości cen, ale także wiele innych czynników* (wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1622/12). Wykazanie istnienia tych czynników, dotyczących przedmiotu zamówienia, a powodujących konieczność wezwania do wyjaśnień ceny, skoro nie doszukał się ich zamawiający, spoczywa na odwołującym. JCommerce S.A. podał jedynie bardzo ogólnikowe stwierdzenia na temat złożoności przedmiotu zamówienia, który jego zdaniem nie uzasadnia zaoferowania ceny na takim poziomie, jaki zaoferował SMT Software S.A. Natomiast dlaczego nie, tego odwołujący nie uzasadnił.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodów z art. 6 k.c. obowiązek udowodnienia zarzutów stawianych w odwołaniu ciąży na odwołującym. Jako argumentację na dowód naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, polegającego na zaniechaniu wezwania do wyjaśnień ceny, odwołujący przedstawił jedynie różnicę pomiędzy ceną oferty przystępującego, a cenami poszczególnych ofert i ceną zamówienia podaną przez zamawiającego. Jednakże odwołujący nie uargumentował przekonująco dlaczego, przy tego rodzaju zamówieniu informatycznym, różnice pomiędzy poszczególnymi cenami dają podstawę do podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Argument, że cena za wsparcie techniczne w wysokości 1230 zł daje taką podstawę - jest nieuprawniony.

W orzecznictwie ugruntował się słuszny pogląd, że pojedyncza składowa ceny nie przesądza o tym, że cała cena jest rażąco niska. Dla przykładu przystępujący podał klika z

licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej na ten temat:

KIO 2011/12, wyrok KIO 2012-10-03, LEX nr 1225200

1. *Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.*
2. *Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, gdy zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia, jednocześnie nawet w takiej sytuacji należy uwzględniać wszystkie ceny jednostkowe, a nie koncentrować się jedynie na cenach wybranych.*

KIO 1762/12, wyrok KIO 2012-08-30, LEX nr 1218005: *Nawet gdyby poszczególne ceny jednostkowe, czy też poszczególne elementy oferty odbiegały od cen rynkowych i były zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia odpowiadających im prac, to okoliczność ta nie może jeszcze świadczyć o rażąco niskim poziomie całej oferty.*

KIO 654/12, wyrok KIO 2012-04-16, LEX nr 1163133.

1. *Twierdzenie, że cena oferty jest rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji, jest to tym bardziej uzasadnione, w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, które ze swej istoty jest ustalone z góry i dotyczy całego przedmiotu.*
2. *W przypadku ceny ryczałtowej wykonawcy nie mają obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe.*
3. *Twierdzenia o cenie rażąco niskiej nie można oprzeć wyłącznie na podstawie prostego porównania cen ofert wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia.*

Niski poziom danego elementu ceny całkowitej nie tylko nie przesądza o rażąco niskim poziomie całej ceny, lecz również nie może być powodem do wszczęcia procedury wyjaśnień ceny, co również znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO: KIO 2590/11; KIO 2692/11; KIO 2693/11; KIO 2696/11, KIO 2012-01-09, LEX nr 1108826

*Samo zaoferowanie ceny z elementami ceny - nawet dalece odbiegającymi od elementów cen oferowanych przez innych wykonawców - nie stanowi przesłanki do wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust. 1 p.z.p. - i rozpoczęcia ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż przepis kładzie nacisk na wyjaśnienie całej ceny ofertowej, a nie poszczególnych elementów ceny mających, wpływ na wysokość globalnej ceny ofertowej.*

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł żadnych wymogów odnośnie proporcji ceny wsparcia technicznego do ceny pozostałych elementów przedmiotu zamówienia. Faktem jest, że zamówienie podzielono na cztery etapy (rozdział 3 SIWZ), z których żaden nie zawiera wsparcia technicznego. Wsparcie jest świadczone dopiero po odbiorze usługi.

1. Etap 1 - przeprowadzenie analizy wymagań, sporządzenie dokumentacji analizy oraz projektu technicznego modułów dedykowanych oraz struktur danych, przedłożenie do zatwierdzenia przez zamawiającego, w terminie do 1/3 okresu od dnia podpisania umowy do

terminu wykonania zamówienia.

2. Etap 2 - wykonanie „pod klucz”, na podstawie zatwierdzonego dokumentu analizy i dokumentu projektu technicznego dedykowanych modułów Systemu i struktury danych, na tydzień przed terminem wykonania zamówienia.
3. Etap 3 - dostarczenie dokumentacji Systemu zgodnie z SIWZ,
4. Etap 4 - przeprowadzenie szkolenia zgodnie z SIWZ.

Termin wykonania zamówienia określono sztywną datą - do 31 marca 2013 r. (rozdział 4 SIWZ), co oznacza, że zamawiający przewidywał około 2 miesiące na wykonanie zamówienia. Czas ten skraca się przez przeciągającą się procedurę wyboru najkorzystniejszej oferty. W § 2 ust. 2 i 3 wzoru umowy okres wsparcia technicznego przewidziano na 12 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego, co ulega każdorazowo przedłużeniu o czasu usuwania takiej wady systemu, która powoduje, że zamawiający nie może w pełni korzystać z systemu. Zamawiający nie zawarł w SIWZ lub załącznikach do niego żadnych wytycznych na temat wyceny wsparcia technicznego, Jak zauważyła Izba w jednym z wyroków: *Rażąco niską cenę należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych. Teza ta jest tym bardziej zasadna w sytuacji, gdy powszechną praktyką przy kalkulowaniu cen ofert jest tzw. „przenoszenie” kosztów prac, które mają być wykonane w terminie późniejszym do pozycji, które będą wykonane wcześniej, Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p.* (wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r., KIO 916/12).

Przystępujący wskazał, że oprócz rocznego wsparcia technicznego elementem przedmiotu zamówienia jest 36-miesięczna gwarancja jakości oraz 12-miesięczna rękojmia. Formularz ofertowy nie przewidywał odrębnej wyceny tych pozycji. Tymczasem obowiązki wykonywane w ramach gwarancji (pkt 2.7.6 Załącznika nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) są bardzo podobne do obowiązków realizowanych w ramach wsparcia technicznego (pkt 2.7.7 Załącznika nr 1 do SIWZ). Porównując zakres obowiązków świadczonych w ramach gwarancji oraz w ramach wsparcia technicznego, można stwierdzić, że usługi gwarancyjne mają znacznie szerszy zakres niż usługi wsparcia, które w zasadzie są usługami konsultacji. W ramach wsparcia wykonawca ma udzielać zamawiającemu pomocy, w tym telefonicznej, natomiast w ramach gwarancji instalować i wdrażać niezbędne lub celowe poprawki aplikacji wchodzących w skład systemu (pkt 2.7.6 ppkt 4.2.7-8), wykonywać aktualizacje systemu (pkt 2.7.6 ppkt 4.2.9) oraz dostarczać, instalować i wdrażać aktualizacje aplikacji standardowych wchodzących w skład Systemu.

Koszt gwarancji i rękojmi został wliczony w cenę pozycji a) w Formularzu oferty, co spowodowało, że koszt wsparcia technicznego (lit. b Formularza ofertowego) ustalono na relatywnie niższym poziomie. Było to rezultatem przyjętego przez przystępującego sposobu

wyceny kosztów gwarancji, rękojmi i wsparcia technicznego. Stąd argumenty odwołującego o rzekomo rażąco niskim poziomie ceny wsparcia technicznego i wpływie tego elementu na konieczność wezwania przystępującego do wyjaśnień ceny - są nieuzasadnione.

2. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty SMT Software S.A. Odwołujący zarzucił gołoślownie w swoim odwołaniu, że SMT Software S.A. zaoferował realizację zamówienia „poniżej kosztów wytworzenia usług (...) za kwotę w sposób oczywisty oderwaną od realiów rynkowych”. Zarzutów tych nawet nie uprawdopodobnił, nie mówiąc już o udowodnieniu. Pomijając już kwestię zarzutów dotyczących ceny wsparcia technicznego, które to zarzuty zostały odparte w pierwszej części pisma, przystępujący wskazał, że zaproponowana przez niego cena jest ceną rynkową, realną, a przy tym dającą mu odpowiedni zysk.

W swoim odwołaniu JComrnerce S.A. wskazał, że jedną z najważniejszych i najbardziej pracochłonnych części przedmiotu zamówienia jest wykonanie analizy technicznej i szczegółowego przeanalizowania zawartości każdej z baz danych źródłowych dla 5 obszarów badawczych: baza bydła, baza trzody chlewnej, baza owiec, baza koni, inne. Przystępujący zgodził się z odwołującym, co do złożoności, trudności i pracochłonności tego procesu. Wskazał, że jednakże paradoksalnie ten argument uzasadnia możliwość zaoferowania przez SMT Software S.A. dużo niższej ceny niż pozostali oferenci. Podał, że SMT Software S.A. podobną analizę ma już wykonaną w ramach projektu TAURUS dla Instytutu Genetyki i Hodowli Zwierząt Polskiej Akademii Nauk (dalej IGHZ). W strukturach danych załączonych przez zamawiającego do SIWZ w aktualnym postępowaniu, firma SMT Software S.A. nie znalazła znaczących różnic pomiędzy podobnymi wymaganymi przez Instytut Zootechniki w Balicach, a już zrealizowanymi dla Instytutu Genetyki i Hodowli Zwierząt Polskiej Akademii Nauk. Tak więc, w tym przypadku praca specjalistów SMT Software S.A. będzie znacznie ułatwiona.

Przystępujący wskazał, że umowa z IGHZ została zawarta w dniu 26 września 2011 r. na kwotę 1 330 860,00 zł brutto, przy 21-miesięcznym okresie realizacji, 10-letniej gwarancji i nieco szerszym zakresie przedmiotu zamówienia. W ramach projektu TAURUS dla IGHZ postawiono wiele podobnych wymagań do tych, które są w wymaganiach Instytutu Zootechniki (np. przygotowanie, utworzenie i wdrożenia pięciu (5) baz danych, zwanym Centralnym Repozytorium Danych Instytutu), jest także bardzo wiele innych, dodatkowych wymagań ponad te, które postawiono w SIWZ Instytutu Zootechniki, jak np. prowadzenie ewidencji zwierząt, prowadzenie obserwacji zwierząt, badanie zwierząt, pobieranie próbek, laboratoryjne pobieranie próbek i ich rejestracja, wprowadzenie technologii kodów paskowych do rejestracji próbek, tworzenie lokalnych ewidencji wyników i łączenie danych, specjalistyczna obróbka wyników, matematyczna i statystyczna obróbka wyników, graficzna prezentacja wyników, przygotowywanie raportów i publikacji, współpraca naukowa z innymi ośrodkami, budowanie baz wiedzy, integracja Systemu z ponad 40 urządzeniami laboratoryjnymi do automatycznej wymiany i rejestracji danych, integracja z różnymi systemami aplikacyjnymi firm zewnętrznych (np. Obora, Makoń, system DeLaval i inne), rejestracja projektów oraz w zakresie realizacji baz

danych - wprowadzenie dynamicznych struktur danych, dostawa licencji bazodanowych firmy Microsoft.

W bieżącym postępowaniu zamawiający niejednokrotnie zapewnia licencje na standardowe oprogramowanie, przykładowo w pkt 1.2.1 ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ: *Całość rozwiązania musi być zbudowana w oparciu o technologie w pełni kompatybilną z posiadaną przez Zamawiającego bazą Microsoft (SQL Server 2008, Sharepoint Services, Windows 2008 Server) przy wykorzystaniu posiadanych przez zamawiającego licencji (Dokładna lista licencji posiadanych przez zamawiającego będzie przekazana na etapie analizy środowiska).* Czas realizacji obecnego zamówienia oraz okres gwarancji są krótsze, niż przy zamówieniu realizowanym na rzecz IGHZ. Zakres przedmiotowego zamówienia jest znacznie zmniejszony w porównaniu do projektu TAURUS, a przy tym zawiera się w nim. Pozwala to na wykorzystanie uprzednio zdobytych doświadczeń i zaoferowanie konkurencyjnej ceny.

Nie bez znaczenia dla ceny usługi przystępującego jest fakt, iż w ramach prowadzenia projektu TAURUS dla IGHZ, którego rozwój właśnie się zakończył a rozpoczęło się wdrażanie, SMT Software pozyskał i wykształcił kadry odpowiednio przygotowane do przeprowadzania projektu w Instytucie Zootechniki w tak krótkim czasie.

SMT Software w swoich zasobach posiada, w szczególności:

- analityków zaznajomionych z problematyką badawczą instytutu,
- specjalistów od naukowych baz i hurtowni danych, w szczególności baz zwierzęcych i genetycznych,
- programistów zaznajomionych z problemami badawczymi, w szczególności z aspektami raportowymi wyników prac naukowców,
- technika weterynarii a także konsultanta, który jest ekspertem w dziedzinie badań biologicznych i genetycznych oraz wykładowcą na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie. Osoby te aktualnie są zatrudnione lub stale współpracują ze spółką SMT Software S.A. Aby wykonać przedmiotowe zamówienie analitycy SMT Software S.A. nie muszą się uczyć od podstaw tego, z czym odwołujący mógłby mieć problem, a przynajmniej musiał liczyć ogromne koszty. Kalkulacja kosztów projektowych oparta jest na kosztach osobowych zespołu, który obecnie pracuje w biurze przystępującego w Białymstoku. Jest tam obecnie zatrudnionych 40 osób. Biuro to stanie się wkrótce Ośrodkiem Badawczo-Rozwojowym firmy SMT Software S.A. Wynagrodzenia w branży informatycznej w województwie podlaskim są znacząco niższe, niż w mazowieckim, małopolskim, czy śląskim.

Fakt dysponowania osobami z regionu białostockiego, umożliwił w wycenie przystępującego redukcję kosztów projektów ze względu na bardzo małe ryzyko projektowe oraz koszty osobowe. Mimo małego ryzyka projektowego, przystępujący wskazał, że w kalkulacji kosztów projektowych SMT Software S.A. założony jest budżet ryzyka związany z ewentualnym opóźnieniem projektu z powodu późnego jego startu (obowiązkowy termin

zakończenia projektu to 31 marca 2013 r.). Dowodzi to faktu, że projekt w Instytucie Zootechniki został wyceniony z konieczną biznesową ostrożnością i profesjonalnie. Tak więc, cena oferty przystępującego nie jest absolutnie rażąco niska.

### 3. Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący postawił zarzut, że złożenie oferty przez przystępującego jest czynem nieuczciwej konkurencji. Nie podał, o który konkretnie czyn z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mu chodzi, jednakże mając na uwadze powiązanie tego zarzutu z zarzutem rażąco niskiej ceny, zapewne o czyn wymieniony w art. 15 ust. 1. Przepis ten stanowi, że: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Aby można było uznać, że zachowanie danego przedsiębiorcy stanowiło wymieniony czyn nieuczciwej konkurencji, trzeba udowodnić wystąpienie dwóch przesłanek:

- 1) sprzedaż poniżej kosztów wytworzenia (a w przypadku usług poniżej kosztów świadczenia);
- 2) działanie kierunkowe, mające na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku.

Odwołujący w odwołaniu nie wykazał spełnienia żadnej z powyższych przesłanek przez przystępującego. Wobec powyższego przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, przesądzające o legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, złożył ważną ofertę sklasyfikowaną na trzeciej pozycji w rankingu ofert, ze względu na jedyne kryterium oceny ofert - cena. W sytuacji potwierdzenia się zarzutów odwołania wobec ofert dwóch wykonawców, sklasyfikowanych na pierwszej i drugiej pozycji, odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, podzielonym na 4 etapy realizacji, jest usługa informatyczna pn. *Wykonanie projektu technicznego i wdrożenie hurtowni danych wraz ze wsparciem technicznym.*

Zamawiający wymagał, by wykonawca wykonał w poszczególnych etapach realizacji zamówienia następujący zakres: w pierwszym - przeprowadził analizę wymagań, sporządził dokumentację analizy oraz projekt techniczny modułów dedykowanych oraz struktur danych i przedłożył do zatwierdzenia przez zamawiającego, w terminie do 1/3 okresu od dnia podpisania umowy do terminu wykonania zamówienia (pkt **Błąd! Nie można odnaleźć źródła**



**odwołania.** SIWZ); w drugim - wykonał „pod klucz”, na podstawie zatwierdzonego dokumentu analizy i dokumentu projektu technicznego dedykowane moduły Systemu i struktury danych, na tydzień przed terminem wykonania zamówienia (pkt **Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.** SIWZ); w trzecim - dostarczył dokumentację Systemu zgodnie z SIWZ; w czwartym przeprowadził szkolenia zgodnie z SIWZ.

Termin realizacji zamówienia, jako przedmiotu objętego ostatnią z 13 części projektu, został wyznaczony do 31 marca 2013 r.

Wykonanie zamówienia polega, w szczególności na intelektualnej pracy ludzi, zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: Kierownik Projektu; Inżynier Systemowy; Specjalista ds. Systemów BI; Programista, co najmniej po jednej osobie w każdym przedmiocie.

Wymagania w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, zamawiający opisał następująco: wykonawca poda cenę oferty na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.

Cena oferty musi zawierać wszystkie elementy cenotwórcze (w tym podatek VAT), wynikające z wymaganego przez zamawiającego zakresu i sposobu realizacji przedmiotu umowy w całym okresie jej trwania. Cenę należy podać w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia - przyjęta formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe.

Formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ przedstawiał m.in.:

- a) projekt techniczny i wdrożenie hurtowni danych,
- b) wsparcie techniczne dla hurtowni danych,
- c) przeprowadzenie instruktaży.

Kryterium oceny ofert stanowiła włącznie cena o znaczeniu 100%.

Oferty z wymienionymi cenami, złożyli następujący wykonawcy:

- 1) konsorcjum: Comarch Polska S.A. i Comarch S.A - 1 196 578,11 zł;
- 2) odwołujący - 886 830,00 zł;
- 3) SMT Software S.A.- 503 070,00 zł,
- 4) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. - 676 131,00 zł,
- 5) IT Systems and Solutions Sp. z o.o. - 910 446,00 zł,
- 6) Controlling Systems Sp. z o.o. - 897 900,00 zł.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 1 117 491,00 zł.

Zamawiający wybrał najtańszą ofertę SMT Software S.A.- 503 070,00 zł.

Zamawiający nie wzywał tego wykonawcy - uczestnika postępowania odwoławczego, również drugiego w kolejności wykonawcy, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stwierdził w odpowiedzi na

odwołania i na rozprawie, że nie miał, co do ceny wybranej oferty oraz drugiej w kolejności żadnych wątpliwości. Podkreślił, że charakter przedmiotu zamówienia przesądza o wycenie usługi w zależności od indywidualnych możliwości wykonawcy, a przede wszystkim od wykorzystania licencji posiadanych przez zamawiającego. Oświadczył, że niewłaściwie oszacował wartość zamówienia, przez podwyższenie szacunku z powodów: ewentualnego zawyżenia cen w ofertach, braku możliwości zwiększenia kwoty przyjętej na etapie szacunku w dalszym toku postępowania oraz w celu uniknięcia zarzutu zaniżenia wartości dla stosowania określonej procedury postępowania.

Oceniając ceny ofert miał na uwadze oferowanie przez zamawiającego licencji, krótki okres wykonania zamówienia, wymóg dysponowania niewielkim zespołem osób, a także znaczne zróżnicowanie cen w zakresie usług informatycznych.

Izba, związana zarzutami w rozpoznaniu odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp) ustaliła, że odwołujący podnosząc w odwołaniu zaniechania i czynności zamawiającego, do jakich doszło w postępowaniu, wskazał: 1) zaniechania czynności: - wezwania dwóch wykonawców (SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.) do złożenia wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanych cen, - odrzucenia ofert tych wykonawców, ponieważ zawierają rażąco niskie ceny i ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, 2) dokonanie czynności: oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez pierwszego z wykonawców (SMT Software S.A.), którego oferta winna zostać odrzucona w związku z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny i złożenia oferty stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji (str. 1 odwołania). Na str. 2 odwołania sformułował zarzuty (okoliczności faktyczne i podstawy prawne): - naruszenie Pzp przez wskazanie okoliczności faktycznych odpowiadających zaniechaniu i dokonaniu czynności zamawiającego wraz z podaniem normy prawnej wynikającej z przepisów Pzp. Zarzuty i żądania sformułował alternatywnie, wskazując naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie tego przepisu oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty, zarzut i żądanie alternatywne - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia dwóch ofert sklasyfikowanych na pozycji 1 i 2 rankingu ofert, pomimo tego, że oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z uzasadnienia odwołania (str. 7) wynika, że jeżeli zamawiający wezwał wskazanych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na ceny, a odwołujący nie posiada jedynie stosownej wiedzy w tym zakresie, to zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia tych ofert, gdyż zawierają one rażąco niskie ceny.

Zatem, odwołujący formułując zarzut zaniechania wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień - założył, że jeśli nawet wezwania zostały dokonane i wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia, to niezależnie od treści wyjaśnień, należy odrzucić oferty, jako zawierające rażąco

niskie ceny, co oznacza w ocenie Izby, że żądanie nakazania zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawców, staje się bezprzedmiotowe.

Konstrukcja uzasadnienia odwołania odpowiadająca konstrukcji zarzutów, wskazuje w pierwszej kolejności odniesienie cen ofert do kwoty, jaką zamawiający podał podczas otwarcia ofert - stosunek cen ofert do kwoty stanowiącej o finansowym wymiarze przedmiotu zamówienia (dotyczy obu ofert - SMT Software S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.), w dalszej części przedstawia argumentację w celu wykazania rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do części składowej oferty SMT Software S.A. - formularz ofertowy, pkt b) wsparcie techniczne dla hurtowni danych.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone na rozprawie stosownie do zarzutów odwołania, uwzględniło stanowiska oraz dowody stron i uczestnika postępowania odwoławczego - przystępującego, zarówno w kontekście naruszenia art. 90 ust.1 Pzp (zaniechanie wezwania) i art. 89 ust. 1 pkt 4 (zaniechania odrzucenia ofert) oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - naruszenia zasad wskazanych w tym przepisie.

Oceniając zarzuty odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp) oraz rozstrzygając o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z przepisu wynika wyjaśniający charakter czynności zamawiającego. Z orzecznictwa arbitrażowego, sądowego i stanowiska doktryny, w zależności od okoliczności rozpoznawanego lub ocenianego przypadku wynika, że zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy o dokonanie weryfikacji ceny oferty musi być poprzedzone uzasadnionym powzięciem przez zamawiającego wątpliwości, co do ceny oferty (*tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień* - wyrok KIO 1354/12). *Nie jest uzasadnione zwracanie się o przedstawienie kalkulacji ceny, jeśli zamawiający nie poweźmie, co najmniej wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska* - wyrok KIO 255/10.

W przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska obciąża wezwanego wykonawcę, gdyż wykonawca zostaje zobowiązany do wykazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przeciwnym razie zamawiający odrzuca ofertę, co wynika z przepisów z art. 90 ust. 3 Pzp (art. 55 dyrektywy klasycznej). W przypadku zarzutu wobec zamawiającego, że zaniechał wskazanej w art. 90 ust. 1 Pzp czynności, wykonawca stawiający zarzut jest zobowiązany do wykazania, a co najmniej do uprawdopodobnienia, że oferta wykonawcy jest rażąco niska, co

oznacza, że jest nierealna, nie pozwala na właściwe wykonanie zamówienia.

Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodowy nie przedstawił dowodów i nie wykazał, że cena uczestnika postępowania odwoławczego jest niewiarygodna, za którą nie można wykonać zamówienia. Zarzut wywiódł na podstawie procentowej różnicy cenowej pomiędzy ceną wybranej oferty, a ceną przedmiotu zamówienia i cenami pozostałych ofert. Wskazane argumenty nie mogą samodzielnie w żadnej mierze stanowić podstawy do wykazania, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba podziela stanowisko przedstawione w obszernym zakresie przez strony i uczestnika postępowania, na podstawie cytowanego orzecznictwa, z którego wynika m.in., że o niezbędności przeprowadzenia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ust. 1-3 Pzp decydują istotne okoliczności konkretnej sprawy i nie ma żadnego uzasadnienia stosowanie tej procedury wyłącznie na podstawie porównania matematycznego cen ofert. Ponadto, postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, zobowiązującym stronę, do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Udowodnienie naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że w okolicznościach konkretnej sprawy, zamawiający powinien powziąć, co najmniej wątpliwości, że cena oferty jest nierealna, za którą nie można wykonać zamówienia. W orzecznictwie określa się również, że wypełnienie przesłanek z tego przepisu, to domniemanie rażąco niskiej ceny, które ma obalić wykonawca w postępowaniu wyjaśniającym, ze skutkiem z art. 90 ust. 3 tego przepisu, bądź wykonawca podnoszący zarzut zaniechania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Na podstawie dowodów przedstawionych na rozprawie - zakres przedmiotu zamówienia, w szczególności krótki termin wykonania zamówienia - 31 marca 2013 r., wymóg dysponowania niewielkim zespołem osób oraz udostępnione przez zamawiającego licencje [pkt 1.2.1 ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ: *Całość rozwiązania musi być zbudowana w oparciu o technologie w pełni kompatybilną z posiadaną przez Zamawiającego bazą Microsoft (SQL Server 2008, Sharepoint Services, Windows 2008 Server) przy wykorzystaniu posiadanych przez zamawiającego licencji (Dokładna lista licencji posiadanych przez zamawiającego będzie przekazana na etapie analizy środowiska)*], a przede wszystkim wykazanie przez zamawiającego, że nie wystąpiły okoliczności uzasadniające powzięcie wątpliwości, o których stanowi przepis art. 90 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że brak jest podstaw by uznać naruszenie wskazanego przepisu. Trudno jest uznać, że podstawę stanowi kwestionowanie w uzasadnieniu odwołania częściowej ceny oferty, jako ceny b) wsparcie techniczne dla hurtowni danych w kwocie 1230 zł, wobec przedstawienia przez zamawiającego przyczyn, dla których przy ryczałtowej cenie oferty wymagano podania ceny z podziałem na 3 segmenty. Zakres i sposób świadczenia wsparcia wynikający z OPZ - SIWZ, płatność za tę usługę w dwóch terminach, po wykonaniu zamówienia i w pół roku po pierwszej płatności oraz możliwość przesunięć między segmentami, a także pokrycie kosztów tej części usługi z części dotyczącej gwarancji i rękojmi

(pkt a), stanowią zaprzeczenie takiemu twierdzeniu. Co do zasady, ocena ceny oferty, jako rażąco niskiej dokonywana jest w odniesieniu do całościowej ceny oferty, a nie jej składowych części.

Zarzut rażąco niskiej ceny wybranej oferty (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp).

Wskazany przepis stanowi podstawę i obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty w razie ziszczenia się określonych w nim przesłanek. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ma zastosowanie w razie stwierdzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku także ustalenie rażąco niskiej ceny następuje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a nie jego części składowych, czy cen jednostkowych. W orzecznictwie, piśmiennictwie oraz doktrynie jednoznacznie ustalono, że przedmiot zamówienia, w rozumieniu wynikającym z podanych przepisów Pzp, oznacza w ujęciu rzeczowym cały zakres robót, dostaw lub usług, w finansowym wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego na podstawie art. 32 ust. 1 Pzp w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień i art. 33 ust. 1 i 2 Pzp w odniesieniu do robót budowlanych, powiększoną o kwotę podatku VAT. Z reguły jest to kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podana podczas otwarcia ofert. W przypadku odrzucenia oferty na podstawie wskazanego przepisu ciężar dowodu obciąża zamawiającego. Z kolei w przypadku przedstawienia zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny oferty obciąża wykonawcę, który z tego faktu wywodzi skutki prawne, przez wykazanie, że kwestionowana oferta istotnie zawiera rażąco niską cenę. Przepis art. 190 ust. 1 Pzp uprawnia strony i uczestników postępowania odwoławczego do przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń i odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy, w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Nie został udowodniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec nie wykazania, że cena oferty jest rażąco niska.

Wyjaśnienia i dowody przedstawione przez przystępującego wskazują na wiarygodną cenę oferty wykonawcy, ustaloną przede wszystkim z uwzględnieniem: wykonania już analizy podobnej do określonej w pkt a formularza ofertowego (wskazanej w odwołaniu, jako najważniejszej) - w ramach projektu TAURUS dla Instytutu Genetyki i Hodowli Zwierząt Polskiej Akademii Nauk, zrealizowanego na podstawie zawartej w dniu 26 września 2011 r. umowy na kwotę 1 330 860,00 zł, przy 21-miesięcznym okresie realizacji, 10-letniej gwarancji i nieco szerszym zakresie przedmiotu zamówienia. W ramach projektu TAURUS postawiono wiele podobnych wymagań do wymagań w postępowaniu objętym rozpoznawanym odwołaniem, np. przygotowanie, utworzenie i wdrożenia pięciu (5) baz danych, zwanym Centralnym Repozytorium Danych Instytutu, dodatkowe wymagania, np. prowadzenie ewidencji zwierząt, prowadzenie obserwacji zwierząt, badanie zwierząt, pobieranie próbek, laboratoryjne pobieranie próbek i ich rejestracja, wprowadzenie technologii kodów paskowych do rejestracji próbek, tworzenie lokalnych ewidencji wyników i łączenie danych, specjalistyczna obróbka

wyników, matematyczna i statystyczna obróbka wyników, graficzna prezentacja wyników, przygotowywanie raportów i publikacji, współpraca naukowa z innymi ośrodkami, budowanie baz wiedzy, integracja Systemu z ponad 40 urządzeniami laboratoryjnymi do automatycznej wymiany i rejestracji danych, integracja z różnymi systemami aplikacyjnymi firm zewnętrznych (np. Obora, Makoń, system DeLaval i inne), rejestracja projektów oraz w zakresie realizacji baz danych - wprowadzenie dynamicznych struktur danych, dostawa licencji bazodanowych firmy Microsoft. Zorganizowane świadczenie usługi wsparcia przy świadczeniu już tego typu usług na rzecz innych projektów.

Znaczenie ma także fakt, że w ramach projektu TAURUS dla IGHZ z zakończonym już etapem rozwoju a rozpoczętym wdrażaniem, przystępujący pozyskał i wykształcił kadry odpowiednio przygotowane do przeprowadzania projektu u zamawiającego w tak krótkim czasie. Kalkulacja kosztów projektowych została oparta na kosztach osobowych zespołu, którym dysponuje biuro w Białymstoku (40-osobowe zatrudnienie) planowane, jako Ośrodek Badawczo-Rozwojowy SMT Software S.A.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, zatem orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zaliczając do kosztów wpis oraz zasądzając na rzecz zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia).

**Przewodniczący:** .....