

Sygn. akt: KIO 2654/14

**WYROK**  
**z dnia 31 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2014 r. przez **Odwołującego** - Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Katowicach Sp. z o.o., ul. Owocowa 1, 40-158 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa

przy udziale **Wykonawcy** - Ipix S.C. P. K., A. W., T. W., ul. Instalatorów 9, 02-237 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Katowicach Sp. z o.o., ul. Owocowa 1, 40-158 Katowice, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Katowicach Sp. z o.o., ul. Owocowa 1, 40-158 Katowice, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *"Zakup usług drugiej linii asysty technicznej i konserwacji (ATiK) posiadanych przez resort obrony narodowej systemów informatycznych: SI PROSTA-C oraz SI-PODATEK"*. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 18.10.2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 201-355533.

Odwołujący Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Katowicach Sp. z o.o., wniósł odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania IPIX S.C. P. K., A. W., T, W., zwanym dalej "IPIX S.C." do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę; art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IPIX S.C., która, opierając się na jej treści, zawiera rażąco niską cenę; art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IPIX S.C., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny oferty, a w jej toku odrzucenia oferty Wykonawcy IPIX S.C.; dokonanie ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wybranie oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę IPIX S.C.

W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez Wykonawcę IPIX S.C. zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca IPIX S.C. na str. 33 oferty zawarł informację dotyczącą kosztów oraz kalkulacji ceny oferty. W pkt 5 *"Koszty i kalkulacja"* została przedstawiona kalkulacja kosztów świadczenia usług drugiej linii asysty technicznej i konserwacji za 1 miesiąc, składająca się z 4 pozycji: dyżur, bieżące problemy, nadzór, większa modyfikacja i szkolenia. Dokonując zsumowania wartości z pozycji wskazanych powyżej można wywnioskować, iż koszty za jeden miesiąc świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia wynoszą 11 330,00 zł

netto. W formularzu ofertowym zawartym na str. 1 Wykonawca IPIX S.C. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wynoszącą 264 000,00 zł netto. Uwzględniając okres realizacji usługi tj. 24 miesiące wynika, iż cena za jeden miesiąc świadczenia usługi wynosi 11 000,00 zł netto.

Zdaniem Odwołującego, mimo, że Zamawiający nie żądał przedłożenia w ofercie dokumentu przedstawiającego kalkulację ceny ofertowej, to zobowiązany jest badać całość złożonej oferty. W ocenie Odwołującego, załączony na str. 33 oferty dokument uprawdopodobnia, że oferta Wykonawcy IPIX S.C. zawiera rażąco niską cenę. Suma przyjętych kosztów za dyżury, bieżące problemy, nadzór oraz modyfikacje i szkolenie jest o 330 zł wyższa niż cena zaproponowana za jeden miesiąc świadczenia usługi. Uwzględniając okres realizacji umowy koszty w całym okresie jej obowiązywania będą wyższe o co najmniej 7 920,00 zł netto. Opierając się na argumentacji wskazanej poniżej przez Odwołującego różnica ta z całą pewnością będzie znacząco większa.

Odwołujący zaznaczył, że przygotowana przez Wykonawcę IPIX S.C. kalkulacja kosztów została przygotowana w sposób nierzetelny. Nie zostały ujęte wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, np. koszty delegacji, kosztów dojazdu na szkolenia, kosztów zakwaterowania. Powyższe, zdaniem Odwołującego, powinno stanowić podstawę do wystosowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Nadto Odwołujący wskazał, że cena zaproponowana przez IPIX S.C. w sposób znaczący odbiega od ceny oferty zaproponowanej przez Odwołującego.

Zaznaczył, że Wykonawca IPIX S.C. nie uwzględnił szeregu składników cenotwórczych. Nie uwzględnił kosztów związanych z przygotowaniem do realizacji usługi, np. nie ujął w kosztach okresu przygotowania do realizacji zamówienia polegającego na stworzeniu środowiska programistycznego i analizie kodu źródłowego. Przygotowanie do realizacji zamówienia wiąże się z określonym nakładem pracy, a co za tym idzie z kosztami. Odwołujący wskazał także, że Wykonawca IPIX S.C. dokonał nierzetelnej kalkulacji także w zakresie kosztów świadczenia usługi dyżuru telefonicznego. Wykonawca IPIX S.C. zadeklarował 36 godzin miesięcznie dyżuru, zaś do kalkulacji przyjął 30 godzin.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca IPIX S.C. nie ujął w kosztach przeszkolenia osób wyznaczonych przez Zamawiającego, odpowiedzialnych za pierwszą linię wsparcia w zakresie eksploatacji i usuwania problemów związanych z przedmiotowym oprogramowaniem oraz w zakresie przygotowania środowiska programistycznego i generowania wersji wykonywalnych programu na podstawie kodów źródłowych. Wykonawca IPIX S.C. nie ujął także zysku.

Nadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993

r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenie lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Usługa objęta przedmiotem zamówienia związana jest ze świadczeniem asysty technicznej i konserwacji systemów informatycznych opartych o technologię Clipper, którą można określić mianem niszowej. Według indeksu TIOBE Programming Community Index opublikowanego w listopadzie 2014 r. wynika, iż technologia ta nie mieści się w czołowej pięćdziesiątce najpopularniejszych języków programowania. Jak podniósł Odwołujący, zaoferowanie przez Wykonawcę IPIX S.C. ceny poniżej kosztów realizacji usługi może w sposób znaczący ograniczyć udział Odwołującego w tym rynku, a w skrajnym przypadku ostatecznie może doprowadzić do eliminacji z tego rynku, gdyż potencjalnych obszarów możliwości wykorzystania wiedzy merytorycznej w zakresie technologii Clipper jest niewiele. W ocenie Odwołującego, Wykonawca IPIX S.C. zdaje sobie sprawę z powyższego faktu i za wszelką cenę dąży do pozyskania przedmiotu zamówienia.

Na str. 22 oferty Wykonawca IPIX S.C. zawarł wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. W odniesieniu do osoby wskazanej pod pozycją nr 1 oraz 2 w kolumnie, w której należało określić podstawę dysponowania daną osobą, Wykonawca IPIX S.C. zawarł postanowienie: "Umowa o współpracy/własna działalność gospodarcza". Odwołujący podniósł, że Wykonawca IPIX S.C. umieszczając zapis o treści "*umowa o współpracy/własna działalność gospodarcza*" nie określił w sposób jednoznaczny, czy osoby wskazane w pozycji nr 1 oraz 2 wykazu osób pozostają w jego dyspozycji na podstawie ich udostępnienia przez podmiot trzeci czy też nie. W przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego, IPIX S.C. zobowiązany był udowodnić dysponowanie tymi osobami.

Powyższa wątpliwość, w ocenie Odwołującego, powinna stanowić podstawę do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wezwaniu Wykonawcy IPIX S.C. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, celem ustalenia, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a co za tym idzie czy zaistniały przesłanki do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego oświadczenie zawarte na 23 stronie oferty Wykonawcy IPIX S.C. nie rozwiewa wątpliwości związanych z podstawą dysponowania osobami wskazanymi w pozycji nr 1 oraz 2 wykazu osób.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Należy zauważyć, że z oświadczenia złożonego przez Odwołującego w trakcie rozprawy, jak i z treści odwołania wynika, że Odwołujący nie kwestionuje, że cena oferty Wykonawcy IPIX S.C. nie jest ceną, za którą niemożliwe jest zrealizowanie zamówienia, a co za tym idzie, nie jest to cena rażąco niska. W trakcie rozprawy Odwołujący wprost przyznał, że stawki wskazane w treści oferty Wykonawcy IPIX S.C. są stawkami rynkowymi. Już na tej podstawie, w ocenie Izby należy uznać, że nie potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy IPIX S.C. Cena rażąco niska jest to bowiem taka cena, wobec której oczywiste jest dla wszystkich, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia. Skoro sam Odwołujący przyznaje, że cena w ofercie Wykonawcy IPIX S.C. została skalkulowana w oparciu o stawki rynkowe, to oznacza, że Wykonawca IPIX S.C. ma możliwość zrealizowania zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, a tym samym postawiony przez Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy IPIX S.C. jest bezzasadny. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że cena globalna zawarta w ofercie Wykonawcy IPIX S.C. jest nierealna, oderwana od realiów rynkowych. Odwołujący przyznał, że zawiera ona stawki rynkowe. Powyższe w ocenie Izby oznacza, że Zamawiający, oceniając realność zrealizowania zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, nie miał podstaw do występowania do Wykonawcy IPIX S.C. o wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Tym bardziej, że Wykonawca IPIX S.C., składając ofertę zawierającą cenę ryczałtową, zobowiązuje się do zrealizowania zamówienia za tę cenę. Skoro globalna cena nie budzi wątpliwości także u samego Odwołującego, brak było podstaw do jej wyjaśnienia.

Odwołujący podnosił, że przedstawiona w ofercie Wykonawcy IPIX S.C. kalkulacja jest nierzetelna. Należy zauważyć, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kalkulacji. Cena za realizację zamówienia jest ryczałtowa. Art. 11 ust. 1 SIWZ stanowił, że planowane koszty wykonawca kalkuluje dowolną metodą. Powyższe oznacza, że dokument zawierający kalkulację mógł mieć charakter wyłącznie informacyjny. Z całą pewnością treść załączonej do oferty kalkulacji nie niweluje oświadczenia Wykonawcy IPIX S.C., zawartego na pierwszej

stronie oferty, z którego wynika zobowiązanie (i bezwzględny obowiązek) do zrealizowania całości przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ za zaoferowaną cenę ryczałtową.

Dodatkowo należy zauważyć, że skoro załączona kalkulacja nie była obligatoryjnym elementem oferty, to jako taka stanowiła dokument dowolny również w zakresie swojej treści. Mogła więc zawierać ujawnione wszystkie koszty lub tylko ich część, mogła ujawniać zysk, lub też zysk mógł pozostać ukryty (np. jak wskazał w niniejszym postępowaniu Wykonawca IPIX S.C. w stawce pracowników). Z tego względu, że kalkulacja nie była w ogóle dokumentem wymaganym, nie można zarzucić, że jest nierzetelna. Fakt jej załączenia, jak również jej treść, miały charakter dobrowolny. W tym miejscu ponownie należy podkreślić okoliczność, że Odwołujący nie kwestionuje, że zawarte w niej stawki są rynkowe. Niemniej Wykonawca IPIX S.C. wyjaśnił w piśmie procesowym, że uwzględnił koszty wszystkich zadań, jakie są wyszczególnione w treści SIWZ. Wyjaśnił także, że przewidział w swojej ofercie telefoniczne przyjmowanie zgłoszeń 3 razy w tygodniu przez 3 godziny. Ponieważ przy realizacji usługi stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia nie można zakładać, że telefon będzie dzwonił przez cały czas, osoba pełniąca dyżur telefoniczny będzie mogła wykonywać w tym czasie również inne prace.

Z treści oferty wynika także, że Wykonawca w kalkulacji uwzględnił także koszty szkolenia. Wynika to ze sformułowania zawartego w kalkulacji załączonej do oferty: „większa modyfikacja i szkolenia”

Nadto z postanowień umowy wynikało, że wystąpienie etapu wstępnego nie zwiększa wynagrodzenia wykonawcy, a tym samym etap wstępny nie może być traktowany jako element cenotwórczy. Tym samym brak jest konieczności wykazywania kosztów tego etapu w jakiegokolwiek kalkulacji. Żądanie, aby taki element cenotwórczy pojawił się w ofercie Wykonawcy IPIX S.C., jest nieuzasadnione i nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ. Wykonawca IPIX S.C. wyjaśnił także, że nie było potrzeby doliczenia kosztów delegacji, dojazdów i zakwaterowania, ponieważ siedziba Wykonawcy znajduje się w odległości ok. 1 km od siedziby Zamawiającego. Powyższe wyjaśnienia, w ocenie Izby dodatkowo potwierdzają, że brak było podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca IPIX S.C. nie jest w stanie zrealizować zamówienia za wskazaną w ofercie cenę.

W ocenie Izby za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podnosił, że zaoferowanie przez Wykonawcę IPIX S.C. ceny poniżej kosztów realizacji usługi może w sposób znaczący ograniczyć udział Odwołującego w rynku, a w skrajnym przypadku ostatecznie może doprowadzić do eliminacji z tego rynku, gdyż potencjalnych obszarów możliwości wykorzystania wiedzy merytorycznej w zakresie technologii Clipper jest niewiele. Należy

zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca IPIX S.C. zaoferował ceny poniżej kosztów realizacji usługi. Sam przyznał, że nie kwestionuje wysokości zaoferowanych stawek. Tym samym, nie można stwierdzić, aby Wykonawca IPIX S.C. podejmował działania o znamionach nieuczciwej konkurencji. Należy podkreślić, że samo zaoferowanie ceny niższej niż inny wykonawca, nawet niższej niż wartość szacowana przez Zamawiającego, jest przejawem normalnego konkurowania na rynku, i samo w sobie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powołanego powyżej przepisu ustawy. Zwykła konkurencja w postępowaniu przetargowym i chęć pozyskania zamówienia nie oznacza automatycznie działania mającego na celu eliminację z rynku podmiotów konkurencyjnych.

W ocenie Izby bezzasadny jest także zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca IPIX S.C. zawarł wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Odwołujący podniósł, że Wykonawca IPIX S.C. umieszczając zapis o treści *"umowa o współpracy/własna działalność gospodarcza"* nie określił w sposób jednoznaczny, czy osoby wskazane w pozycji nr 1 oraz 2 wykazu osób pozostają w jego dyspozycji na podstawie ich udostępnienia przez podmiot trzeci, czy też nie. W ocenie Odwołującego, wątpliwość ta powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie było jednak podstawy do dokonywania czynności wyjaśnień w powyższym zakresie. Należy wskazać, że na 23 stronie oferty Wykonawcy IPIX S.C. znajduje się oświadczenie, z treści którego wynika, że Wykonawca ten nie zamierza korzystać z potencjału podmiotów trzecich na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet, jeśli był to dokument składany fakultatywnie, to jego treść powinna rozwiązać wątpliwości związane z podstawą dysponowania osobami wskazanymi w pozycji nr 1 oraz 2 wykazu osób.

Biorąc pod uwagę art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, że art. 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, znajduje zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, które dysponują takimi osobami. W takim przypadku mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w sposób pośredni. Powyżej wskazany przepis nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami. Pomiędzy IPIX S.C. a osobami, na których zdolności powołuje się ten Wykonawca, zachodzi stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a tymi osobami. Charakter prawny stosunku w takiej

sytuacji pozostaje bez znaczenia (np. umowa zlecenie, czy jak wskazano w wykazie umowa o współpracy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....