

WYROK
z dnia 28 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1. Lumena S.A, 2. Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Reja 6, 02-053 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa** protestu z dnia 27 listopada 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1. Lumena S.A, 2. Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Reja 6, 02-053 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: 1. Lumena S.A, 2. Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Reja 6, 02-053 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1. Lumena S.A, 2. Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Reja 6, 02-053 Warszawa** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Lumena S.A, 2. Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Reja 6, 02-053 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Ministerstwo Sprawiedliwości, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego dla sądów.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 17.11.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą uznano ofertę Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. (dalej: „ZSK”). Kolejno najwyższej ocenionymi ofertami w postępowaniu zostały oferty: INCOM S.A. (dalej: „Incom „) oraz Konsorcjum w składzie: Lumena S.A. i Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. (dalej: „Lumena”).

PROTEST

W dniu 27.11.2009 Lumena wniosła protest wobec wyżej wskazanej czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5, art. 90 i art. 91 ust. 1 ustawy oraz domagając się odrzucenia oferty ZSK i wykluczenia Incom.

2

W uzasadnieniu protestu w odniesieniu do oferty ZSK, protestujący wskazał, iż w jego ocenie wybrany wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia po rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Kwota 7.064.153,80 zł za dostawę sprzętu komputerowego (stacji roboczych, serwerów, monitorów i drukarek) oraz oprogramowania komputerowego w ilościach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nierealistyczna wobec kosztów zakupu sprzętu i oprogramowania, które należy ponieść, nie będąc ich producentem.

W związku z powyższym zamawiający powinien w trybie art. 90 ustawy wezwać wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co jest niezbędne do zweryfikowania rzetelności obliczenia ceny ofertowej, której wysokość budzi uzasadnione wątpliwości w tym zakresie. W przekonaniu protestującego procedura określona w art. 90 ustawy potwierdzi zaoferowanie przez ZSK wykonania przedmiotowego zamówienia po rażąco niskiej cenie i w tej sytuacji zamawiający będzie zobowiązany odrzucić ww. ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Uzasadniając żądanie wykluczenia Incom z postępowania protestujący podniósł, iż w ofercie INCOM znajdują się oświadczenia wskazujące, że producentem serwera Supermicro SuperServer 6026T-NTR+ jest INCOM S.A. Informacji tej nie potwierdza natomiast wydruk testu SPECint rate2006 dla tego serwera, gdzie wskazany został wyłącznie sponsor testu (Intel Corporation). Ponadto jak wynika z informacji zawartych na stronie internetowej www.supermicro.com (wydruk z ww. strony załączono do protestu) serwer Supermicro SuperServer 6026T-NTR+ jest produktem zaprojektowanym i wytwarzanym przez firmę Supermicro Corp.

Jednocześnie z informacji otrzymanych przez protestującego od firmy Supermicro wynika, że firma ta nie udzieliła na terytorium Polski prawa do używania w obrocie przez inne osoby nazwy „Supermicro” dla jakichkolwiek produktów, zaś nazwa ta jest znakiem towarowym prawnie zastrzeżonym.

Powyższe wskazuje, że Incom podał w ofercie informacje niezgodne z prawdą lub niezgodne z przepisami prawa. Incom nie ma tytułu prawnego do przypisywania roli producenta serwerów Supermicro SuperServer 6026T-NTR+, a informacje podane przez Incom w tym zakresie wprowadziły w błąd Zamawiającego w trakcie weryfikacji dokumentów załączonych do oferty.

W tych okolicznościach należy wskazać, że INCOM złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i w związku z tym podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

3

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

W dniu 07.12.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazano, iż porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu nie uzasadnia powzięcia podejrzeń, co do rażąco niskiej ceny oferty wybranej. W szczególności różnica pomiędzy ceną oferty ZSK, a protestującego wynosi niecałe 6,7% (7 064 153,80 zł do 7 570 734,40 zł.) Natomiast różnica pomiędzy ceną oferty wybraną, a średnią ceną ofert złożonych w postępowaniu to niecałe 9%.

W odniesieniu do zarzutu podania nieprawdziwych informacji przez Incom (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp), zamawiający wskazał, że nie uwzględnił go z uwagi na brak w proteście dowodów, które wskazywałyby i dawałyby możliwość jednoznacznego stwierdzenia, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W dniu 17.12.2009 r. Lumena wniosła odwołanie podtrzymując wszystkie zarzuty i żądania protestu.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Ceny trzech najtańszych ofert przyjętych w przedmiotowym postępowaniu wynosiły:

1. ZSK – 7.064.153,80 zł.,
2. Incom - 7.243.481,23 zł.,
3. Lumena - 7.570.734,40 zł.

W ofercie Incom, w tabeli zawartej w formularzu ofertowym stanowiącej określenie sprzętu oferowanego przez wykonawcę w ramach przetargu, w wierszu pierwszym, w kolumnie wymagającej oznaczenie oferowanego sprzętu i jego producenta podano: „Supermicro SuperServer 6026T-NTR+, INCOM S.A.”

Strona 36 załączników do oferty zawiera test SPECint rate2006 odnoszący się do urządzenia Supermicro SuperServer 6026T-NTR+. Producenta serwera w dokumencie testu nie podano.

4

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku redakcją ww. przepisu pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnieść do zamówienia, którego cena dotyczy. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są poprzez postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów na nim działających. O wystąpieniu ceny rażąco niskiej nie przesądza więc i nie decyduje porównanie ceny oferty badanej do cen innych ofert złożonych w danym postępowaniu. Powyższe może być natomiast poszlaką, która uzasadnia wystąpienie podejrzenia, iż zaproponowana cena jest rażąco niska.

Następnie Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu nie było żadnych poszlak i przesłanek do wystąpienia podejrzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę ZSK jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W szczególności przesłanką taką nie jest powoływana przez odwołującego 25% różnica pomiędzy ceną najniższą i najwyższą zaproponowanymi w przedmiotowym postępowaniu. W kontekście dynamiki rynku usług i dostaw informatycznych oraz skali zamówienia, stwierdzić można, iż jest to różnica raczej niewielka. A uwzględniając niewielkie różnice cenowe pomiędzy ofertami najtańszymi, wskazać raczej można, że cena oferty najwyższej złożonej w postępowaniu jest rażąco wysoka. Przesądzające dla stwierdzenia braku podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 Pzp, jest porównanie ceny oferty wybranej do ceny dwóch następnych, najtańszych ofert złożonych w postępowaniu, które jednoznacznie wskazuje, iż poziom cen proponowany przez różnych wykonawców nie odbiega od siebie i tym samym można go uznać za poziom realnych cen rynkowych.

Odnosząc się do samego zarzutu wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, stwierdzić należy, iż odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń i dowodów na ich poparcie, które pozwoliłyby ocenić jakie jest rzeczywiste minimum kosztowe realizacji przedmiotowego zamówienia oraz na czym polega rażące zaniżenie ceny oferty wybranej w stosunku do rzeczywistej wartości zamówienia.

W szczególności za dowód taki nie może zostać uznane powołanie faktu, iż wybrany wykonawca nie posiada praw do odsprzedaży licencji w ramach oferowanego oprogramowania wolumenowego firmy Microsoft. Odwołujący nie wskazał w jaki sposób

5

powyższe powinno przełożyć się na cenę ofertową, tzn. jakiego rzędu kosztów z powyższym związanych ZSK miałby w swojej ofercie nie uwzględnić.

Reasumując, Izba nie podzieliła zarzutów protestu i odwołania dotyczących rażąco niskiej ceny oferty wybranej.

W nawiązaniu do zarzutu podania nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania przez Incom, wskazać należy, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Ponadto art. 190 ust. 2 stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Uwzględniając powyższe oraz zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 KC Izba nie uznała za udowodnioną przez odwołującego tezę jakoby firma Incom nie była, czy też nie mogła być, producentem wskazanego w ofercie serwera Supermicro SuperServer 6026T-NTR+, brak również dowodów na okoliczność, że przedstawiony wraz z ofertą test wydajności nie dotyczył serwera wskazanego w ofercie – oznaczenia urządzenia testowanego są tożsame z oznaczeniem urządzenia wskazanego w ofercie.

W szczególności za dowód w sprawie nie może zostać uznany i uwzględniony wydruk strony internetowej załączony do protestu. Ww. strona prowadzona jest w języku angielskim, natomiast zgodnie z § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 r. Nr 187, poz. 1327, Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1156) wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski, poświadczone przez tłumacza przysięgłego

Ponadto nie jest również wykluczone wyprodukowanie/zbudowanie serwera na bazie serwera innego producenta oraz jego dalsza sprzedaż, co podobnie jak składanie komputerów osobistych z podzespołów różnych producentów, można uznać za powszechną praktykę na rynku informatycznym. W tym kontekście informacje zawarte w tabeli formularza ofertowego można interpretować jako podanie przez wykonawcę, że zobowiązuje się dostarczyć wskazany serwer, który następnie zmodyfikuje i dostosuje do potrzeb przedmiotowego zamówienia.

Natomiast w odniesieniu do nieuprawnionego posługiwania się przez Incom znakami towarowymi zastrzeżonymi przez inną firmę odwołujący również żadnych dowodów na poparcie swojego twierdzenia nie przedstawił.

Reasumując, odwołujący nie przedstawił dowodów, z których wynikałoby potwierdzenie podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez

6

wykonawcę Incom, skutkującymi wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, tym samym za niepotwierdzony należało uznać zarzut naruszenia ww. przepisu przez zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Uwzględniono koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....