

Sygn. akt: KIO 2096/16

WYROK
z dnia 22 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2016 r. przez wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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**.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Usługi dotyczące Systemu SC FEAD*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 15 lipca 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2016 r. pod numerem 2016/S 137-247468.

Wykonawca Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 4 listopada 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenia oferty wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej w niniejszym Postępowaniu, spełniającej wszelkie wymagania SIWZ; tj. oferty Qumak S.A.,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4) Ustawy Pzp wobec Qumak S.A. poprzez bezprawne uznanie, że oferta niniejszej Spółki zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 87 ust 1 Ustawy PZP oraz art. 90 ust 1 Ustawy PZP wobec Qumak S.A. polegające na tym, że Zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę Odwołującego bez zastosowania trybu przewidzianego w ww. art. Ustawy Pzp oraz zaniechał wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, co do szczegółowych wyjaśnień Qumak S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny,
4. art. 90 ust 1 Ustawy Pzp poprzez niewłaściwe, wybiórcze przeprowadzenie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, sprzeczne z zasadą niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp"
5. art. 7 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w szczególności poprzez subiektywną, wybiórczą ocenę wyjaśnień Qumak S.A. w zakresie

rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy EO Networks z siedzibą w Warszawa.
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i, w zależności od ustaleń: wezwanie wykonawcy Qumak S. A., w trybie art. 87 ust. 1 Pzp lub art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i szczegółów zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy,
3. dokonanie wyboru oferty wykonawcy Qumak S.A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania.

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 25 października 2016 r. wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy Eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 7 listopada 2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 7 listopada 2016 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są: „*Usługi dotyczące Systemu S C FEAD*”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 1 września 2016 r. wezwał Odwoływającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 1 września 2016 r./.

Odwoływający pismem z dnia 6 września 2016 r. udzielił Zamawiającemu częściowych wyjaśnień.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 6 września 2016 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa/.

Zamawiający pismem z dnia 22 września 2016 r. wezwał Odwoływającego do złożenia dodatkowych szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 22 września 2016 r./.

Odwoływający pismem z dnia 27 września 2016 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 22 września 2016 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa/.

Zamawiający w dniu 15 października 2016 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Rozstrzygnięcie postępowania z dnia 25 października 2016 r., str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - jest niezasadny.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Nie było sporne pomiędzy stronami, że cena oferty Odwołującego różniła się o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia.

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną oferowaną a wartością zamówienia musi wzbudzić podejrzenia i prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający zasadnie wezwał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień. Wyjaśnienia te zaś powinny stanowić podstawę oceny przez Zamawiającego, czy

zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Przy czym ciężar udowodnienia Zamawiającemu realności zaoferowanej ceny spoczywał na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na Odwołującym. Niesprostanie zaś temu ciężarowi skutkuje koniecznością ustalenia przez Zamawiającego, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską.

Z uwagi, że znaczna część wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie ceny rażąco niskiej objęta została klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem motyw rozstrzygnięcia przedstawione zostało w taki sposób, aby tej tajemnicy nie ujawnić.

Odnosząc się do powodów odrzucenia oferty Odwołującego wskazanych w zawiadomieniu o czynności odrzucenia oferty w kontekście zarzutów przedstawionych w odwołaniu należało stwierdzić co następuje.

Po pierwsze, w świetle wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego w dwóch kolejnych pismach Zamawiający generalnie miał prawo dojść do takich wniosków, jakie przedstawił Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty. W szczególności w świetle tych wyjaśnień Zamawiający mógł dojść do wniosku, że kalkulacja kosztów przedstawiona przez Odwołującego wynosi tyle, ile wskazano w tabeli, że suma tych kosztów jest wyższa od ceny oferty Odwołującego.

Odnosnie wskazanego na s. 12 wzrostu pewnego czynnika o podaną w procentach wartość, Izba stwierdziła, że jakkolwiek w wyjaśnieniach z dnia 27 września 2016 r. rzeczywiście Odwołujący wspomniał o tym czynniku. Dostrzeżenia wymagało jednak, że Odwołujący wspomniał o tym czynniku bardzo ogólnie, de facto jednym zdaniem.

Dostateczne rozwinięcie tego fragmentu wyjaśnień nie nastąpiło nawet w odwołaniu, ale dopiero w trakcie rozprawy i dopiero pod sam jej koniec. Odwołujący nawet w trakcie rozprawy zmieniał swoje stanowisko co do tego jak należało obliczyć wpływ tego czynnika na cenę. Dopiero w ostatniej wypowiedzi w trakcie rozprawy sprecyzował swe stanowisko odnośnie tego, których pozycji z tabeli kosztów będzie dotyczył ww. czynnik i w jaki sposób miało to nastąpić.

Dostrzeżenia wymagało, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący miał obowiązek wykazać realność ceny w postępowaniu przed Zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Tymczasem w wyjaśnieniach przesłanych

Zamawiającemu próżno było szukać jakichkolwiek wskazówek, w jaki sposób należy rozumieć działanie tego czynnika, i których pozycji kosztorysowych będzie on dotyczył.

Skoro Odwołujący dopiero w trakcie rozprawy przedstawił szczegółowe wyjaśnienia swej ceny, nie może oczekiwać, że Zamawiający weźmie je pod uwagę przy ocenie, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską.

W dalszej kolejności stwierdzono, że ma również rację Zamawiający gdy twierdzi, że Odwołujący błędnie wyliczył koszty wykonania modyfikacji wynikających z rozdziału 5 załącznika nr 1 do umowy. Rzeczywiście termin wykonania tych działań wynikający z oferty Odwołującego różnił się od terminu wskazanego w wyjaśnieniach z 27 września 2016 r. Natomiast twierdzenia Odwołującego, jakoby ten element przedmiotu zamówienia zamierzał wykonać przy użyciu większej liczby osób pozostawały w sprzeczności z pierwszymi wyjaśnieniami z dnia 6 września 2016 r., w których na stronie 2 wykonawca wyraźnie twierdził, że powyższy element przedmiotu zamówienia wykona inną, mniejszą liczbą osób. Zatem Zamawiający – dysponując takimi a nie innymi dwukrotnymi wyjaśnieniami Odwołującego, które de facto były spójne pomiędzy sobą - miał prawo dojść do takich wniosków jakie przedstawione w uzasadnieniu czynności odrzucenia.

W świetle wyjaśnień złożonych przez Odwołującego zasadny okazał się również kolejny powód odrzucenia oferty Odwołującego, wynikający z niedoszacowania kosztów obsługi i utrzymania systemu help desk. Podkreślenia wymagało, że Odwołujący dopiero w odwołaniu ujawnił Zamawiającemu zakładany poziom zaangażowania osób wchodzących w skład zespołu, który będzie realizował help desk. Również dopiero w odwołaniu Odwołujący ujawnił i uzasadnił z czego wynika taki a nie inny sposób wyliczenia czasu zaangażowania. Natomiast dowody na poparcie tych twierdzeń zostały przedstawione dopiero na rozprawie, a nie w toku postępowania przed Zamawiającym. Odwołujący nie może oczekiwać, że Zamawiający uwzględni przy ocenie wyjaśnień pewien czynnik, o którego istnieniu nie ma pojęcia w świetle wyjaśnień.

Natomiast za niezasadny uznano ostatni powód odrzucenia oferty Odwołującego odnoszący się do zmiany kosztów pracy w czasie. Izba wzięła pod uwagę, że w świetle postanowień wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, Zamawiający przewidział mechanizm waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, również odnoszącego się do kosztów pracy.

Zamawiający wskazał bowiem w § 9 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, że *Wynagrodzenie za dany i kolejne okresy rozliczeniowe ulegnie odpowiedniej zmianie w następujących okolicznościach i na zasadach:*

1) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT) – wynagrodzenie stanowiące pozostałą do zapłaty część kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, ulegnie zmianie od dnia wejścia w życie nowej stawki tego podatku;

2) w przypadkach zmian:

a) minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015r. poz. 2008)2) ,

b) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przez Wykonawcę zamówienia publicznego każda ze Stron, w terminie od dnia opublikowania przepisów dokonujących tych zmian do 30 dnia od dnia ich wejścia w życie, może złożyć pisemny wniosek, a jeżeliłoży po tym terminie – od daty jego złożenia, w którym Strony wykażą bezpośredni lub pośredni wpływ tych zmian na koszty wykonania przedmiotu Umowy.

Rzeczywiście czynnika wskazywanego przez Zamawiającego nie można było odnaleźć, ale w świetle przywołanego postanowienia, wykonawcy nie mieli obowiązku kalkulowania w cenie ofertowej ww. ryzyka, gdyż Zamawiający przewidział odpowiedni mechanizm waloryzacyjny, który będzie wprowadzany w drodze aneksu do umowy. Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował dokładnie, o jakie inne koszty pracy chodzi, nie rozwinięto myśli również w trakcie rozprawy, zatem ten powód odrzucenia uznano za niejasny a w konsekwencji nieprawidłowy. Niezależnie od powyższego uznać należało za zasadne pozostałe przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25 października 2016 r., wobec czego odwołanie Odwołującego podlegało oddaleniu.

Za niezasadne uznano zarzuty Odwołującego odnoszące się do rzekomego zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do składania dalszych, kolejnych wyjaśnień. Dostrzeżenia wymagało, że Zamawiający w postępowaniu już dwukrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W szczególności drugie wezwanie było już na tyle szczegółowe, że obligowało wyraźnie Odwołującego do ujawnienia wszystkich elementów cenotwórczych i leżących u ich podstaw założeń, czemu jednak Odwołujący nie sprostał.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....