

Sygn. akt: KIO 731/16

## WYROK

z dnia 19 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie, Best Response spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Infover spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielcach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie, Best Response spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie, Best Response spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie** 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, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Obsługa infolinii dla potencjalnych użytkowników Portalu IWK, w tym Rejestru Usług Rozwojowych (RUR)".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 marca 2016 r., poz. 45374. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 2 maja 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PBS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie, Best Response spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 ustawy polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego wskutek uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy polegające na błędnym i bezpodstawnym uznaniu, że wyjaśnienia Odwołującego złożone wskutek wezwania w trybie Art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy potwierdzają, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 7 ust. 1 oraz 90 ust. 3 ustawy polegające na błędnym i bezpodstawnym uznaniu, że Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy nie obalili domniemania o istnieniu rażąco niskiej ceny z uwagi na brak jakichkolwiek dowodów, skoro Wykonawca przedstawił wszystkie elementy cenotwórcze w swoich wyjaśnieniach;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy polegające na prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący, kwestionując zasadność odrzucenia jego oferty z powodu niewystarczających wyjaśnień czynników mających wpływ na wysokość ceny, podnosił, że jednoznacznie oświadczył w wyjaśnieniach, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie elementy zamówienia określone w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), tj. Opisie przedmiotu zamówienia, a w swoich wyjaśnieniach ujął Odwołujący wszystkie elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że Odwołujący wykazał, iż Zamówienie zostanie w całości wykonane należycie i to bez uszczerbku dla jego jakości. Spełniona zatem zostanie podstawowa zasada zamówień publicznych a jednocześnie nie zostanie naruszony Art. 90 ustawy.

Podnosił, że z treści wyjaśnień jednoznacznie wynika, iż w toku realizacji Zamówienia Odwołujący korzystać będzie z własnej infrastruktury technicznej (tj. studio CATI), skoro wyjaśniono, że udział podwykonawcy w realizacji Zamówienia będzie incydentalny i powstanie tylko w wypadku „ruchu szczytowego”. Doświadczenie Odwołującego w realizacji tego. typu projektów jest właśnie wyznacznikiem tego, że Odwołujący przewidział taką ewentualność i rzetelnie wskazał w ofercie potencjalną możliwość korzystania z podwykonawcy. Niemniej, zasadą będzie wykonywania zamówienia o własną infrastrukturę techniczną Odwołującego.

Tutaj zaznaczyć należy, że infrastruktura techniczna Odwołującego w postaci: 60-ciu stanowisk, zawierających stacje robocze PC z dedykowanym oprogramowaniem, stanowi jego wyłączną własność i jest całkowicie amortyzowana (nie stanowi kosztów w rozumieniu podatkowym ani bilansowym). Nadto, nie ma możliwości wyodrębnienia osobnej pozycji kosztowej związanej z utrzymanie Tej infrastruktury, skoro:

- po pierwsze - jest ten immanentny element całego przedsiębiorstwa Odwołującego (jedno z pomieszczeń w budynku) funkcjonującego na bieżąco,
- po drugie - infrastruktura techniczna Odwołującego służy jednocześnie do realizacji kilku lub nawet kilkunastu projektów.

Należy także zauważyć, że każde przedsiębiorstwo ponosi koszty o charakterze ogólnym, których nie można przypisać wprost do konkretnego projektu. Jako przykłady można tutaj podać np. koszty zarządu (biuro+ wynagrodzenia), koszty obsługi księgowej i prawnej, koszty materiałów biurowych, mediów oraz sprzętania. Takim kosztem dla Odwołującego jest właśnie ogólny koszt funkcjonowania „infrastruktury technicznej”, która - jak wskazano powyżej: stanowi wyłączną własność Odwołującego, jest całkowicie amortyzowana, jest jednocześnie wykorzystywana do realizacji kilku projektów, funkcjonowałaby w przedsiębiorstwie Odwołującego również w przypadku braku realizacji Zamówienia.

Podkreślić należy nadto, że przy obecnym wolumenie realizacja Zamówienia angażowałaby jedynie niewielki procent zajmowanej przez nas powierzchni biurowej.

Twierdzenie przeciwne - to znaczy, że wykonawca składający wyjaśnienia w trybie Art. 90 ust. 2 winien wskazać wszelkie koszty związane z funkcjonowaniem swojego przedsiębiorstwa jest ze wszech miar nieuzasadnione i w istocie prowadziłoby do absurdu. Z całą zaś pewnością, obowiązek taki nie wynika z Art. 90 ust. 2 ustawy.

Jeśli z kolei chodzi o koszt nagrania komunikatów, o których wspomina zamawiający, jest to koszt wchodzący w skład wynagrodzenia koordynatora projektu, do którego zadań należy poza bieżącym nadzorem i raportowaniem przygotowanie narzędzi w tym komunikatów, które dzięki wykorzystywanemu przez nas oprogramowaniu tworzone są w sposób automatyczny. Z tego względu w wyjaśnieniu Odwołującego nie pojawiła się taka odrębna pozycja.

Wydaje się Odwołującemu, że Zamawiający dokonał swoistej nadinterpretacji wyjaśnień Odwołującego, intencją Odwołującego było wskazanie Zamawiającemu, że posiadany przez Odwołującego system zarządzania agentami eliminuje zjawisko tzw. „pustych przebiegów”, które pojawiają się w momencie kiedy przypiszemy agentów tylko do obsługi infolinii. Jednym z istotnych założeń systemu zarządzania agentami, jest autorski system wynagradzania agentów, oparty na ich efektywności, przy jednoczesnym Zarządzaniu projektami, w taki sposób, aby każdy z agentów miał możliwość wykorzystania swojego czasu w studio w najbardziej efektywny sposób. Niezasadne jest stwierdzenie, że autorski system zarządzania, nie jest czynnikiem zindywidualizowanym, tak jak stwierdza Zamawiający, ponieważ stosowanie takiego rozwiązania wymaga dedykowanych rozwiązań systemowych na poziomie oprogramowania do obsługi studia CATI, które na przestrzeni lat funkcjonowania na rynku opracował i wdrożył w swoim studio Odwołujący. Przykładem takiego rozwiązania jest chociażby funkcja Overdial, która pozwala na wybieranie połączeń w tle, niwelując bezczynność agentów oraz „puste przebiegi” niemalże do zera. Dodatkowo umożliwia pauzowanie gotowości dedykowanego agenta do realizacji innego projektu, w sytuacji pojawienia się połączenia przychodzącego. Dodatkowym aspektem, który wpływa na możliwość stosowania takiego systemu zarządzania jest konieczność posiadania określonej liczby projektów/ wywiadów realizowanych w tym samym czasie. Niemożliwym staje się zastosowanie tego rozwiązania podmiotom, nie posiadającym na etapie składania oferty, zakontraktowanych projektów na określonym poziomie, co mogło znacząco wpłynąć na oferowane przez nie ceny. Za zasadne uznajemy nadmienienie, że Odwołujący do końca 2016 roku ma zakontraktowanych ponad 20 000 wywiadów (jeszcze do realizacji) i szacujemy na podstawie lat poprzednich, że minimum drugie tyle zostanie jeszcze zakontraktowanych do końca roku, co potwierdza możliwość zastosowania autorskiego systemu, w którym w zależności od potrzeb agencji włączani będą do obsługi połączeń przychodzących, wychodzących oraz maili, dzięki czemu koszty godzinowe pracy rozbite

zostaną na kilka projektów, nie obciążając w całości infolinii w okresie bezczynności agenta między przyjmowaniem kolejnych zgłoszeń.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, w sposób rzetelny i pełny zostały określony i wyjaśnione wszystkie pozycje cenotwórcze złożonej oferty, które miały bezpośredni związek z realizacją projektu. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Infover spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Kielcach, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W postępowaniu złożono siedem ofert, z cenami od 247 000,20 zł do 844 272,00 zł, w tym oferty Odwołującego (z ceną 247 000,20 zł) i Przystępującego (z ceną 313 650,00 zł). W dniu 16 marca 2016 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych trzech wykonawców, którzy zaoferowali najniższe ceny, w tym Odwołującego i Przystępującego. Ponieważ odpowiedzi na pierwsze wezwania nie rozstrzygnęły wątpliwości Zamawiającego, ponowił on prośbę o wyjaśnienia w dniu 7 kwietnia 2016 r. Treść wezwań z dnia 16 marca była taka sama w stosunku do wszystkich wykonawców, treść wezwań z dnia 7 kwietnia 2016 r. nawiązywała do wyjaśnień złożonych wcześniej przez wykonawców. Odpowiedzi na wyjaśnienia zostały przez Odwołującego

i Przystępującego utajnione. Wezwania Zamawiającego i zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie były przedmiotem środków ochrony prawnej.

2. W pierwszych wyjaśnieniach, z dnia 21 marca 2016 r., Odwołujący oświadczył, że „skalkulowana cena obejmuje wszystkie elementy zamówienia określone w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.” Odwołujący przedstawił składniki kosztowe składające się na zaoferowaną cenę – wynagrodzenie agentów, średni koszt połączeń, wynagrodzenie kierownika projektu, szkolenia, marża z podaniem ich wartości. Podał, że uwzględnił „szereg czynników, w szczególności znaczące dotychczasowe doświadczenia oraz metody zarządzania pracą agentów w projektach. W ciągu 15 lat istnienia studia, PBS wypracował szereg narzędzi oraz mechanizmów zwiększających efektywność, a tym samym zmniejszających koszty”. Wskazał na optymalizację czasu pracy agentów, oraz posiadane oprogramowanie (bez jego konkretyzacji). Za wyjątkowo sprzyjające warunki Odwołujący uznał zastosowanie niższej, niż standardowa marży, ze względu na subiektywnie przez niego definiowaną rangę przedmiotowego projektu. Podał, że „wszelkie oszczędności, o których mowa powyżej, zostały dokonane wyłącznie w drodze optymalizacji prowadzonych prac”. W kolejnych wyjaśnieniach, z dnia 11 kwietnia 2016 r. (wezwanie dotyczyło kosztów związanych z infrastrukturą techniczną, zatrudnieniem podwykonawcy, personelu i szkoleń), Odwołujący powtórzył, że „skalkulowana cena obejmuje wszystkie elementy zamówienia określone w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.” Odnośnie kosztów związanych z infrastrukturą, w tym pomieszczeń oraz sprzętu, należących do podwykonawcy – wskazał, że założył, że zasoby te będzie wykorzystywał sporadycznie (nie podał żadnych wyliczeń, podał jedynie, że koszt roboczogodziny zewnętrznego studia to 24 zł brutto). Opisał, na co zamierza przeznaczyć 250 godzin pracy konsultantów, przewidzianych przez kosztorys. Podniósł, że stawka godzinowa konsultantów nie jest uzależniona od rodzaju wykonywanych czynności. Opisał, w jaki sposób wyliczył koszt szkolenia (następnie na rozprawie sprecyzował, że poza dietą, konsultanci nie dostają wynagrodzenia za szkolenie wyjazdowe).

3. Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2016 r. uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą, a ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych., ponieważ uznał wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych za niewystarczające.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał: „ze względu na brak rzetelnego, pełnego

i obiektywnego uzasadnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej w ofercie w ocenie Zamawiającego oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę". Zamawiający podniósł, że:

- „Wykonawca nie wskazał żadnych kosztów związanych z infrastrukturą techniczną”;
- „Wykonawca nie zawarł w przedstawionych wyliczeniach istotnych, z perspektywy jej kalkulacji w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, elementów ceny.”
- „wyjaśnienia (...) nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego. Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego. Wyjaśnienia Odwołującego, w żaden sposób nie uprawdopodobniły szczególnych okoliczności, dla których cena oferty Odwołującego miałyby być niższa od pozostałych ofert. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w wyjaśnieniach nie wskazano w sposób jednoznaczny, że Odwołujący posiada własne studio CATI. Sformułowanie „w ciągu 15 lat istnienia studia” (druga strona wyjaśnień z dnia 21 marca 2016 r.) można rozumieć w sposób ogólny - „w naszym zakładzie”, „w firmie”. Odwołujący nie podaje, że ma własne studio CATI i w jaki sposób fakt ten przekłada się na realizację zamówienia. Samo rozbitcie ceny końcowej na poszczególne składniki nie obrazuje sposobu obliczenia ceny – należałoby wskazać podstawy wyliczenia kosztów składowych (jak uczynił Przystępujący w swoich wyjaśnieniach). Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów, a wyjaśnienia mają charakter ogólny – nie wskazują na szczególne okoliczności, czynniki, które umożliwiają właśnie Odwołującemu zaoferowanie niższej ceny. Mimo powoływania się na posiadane oprogramowanie, nie wskazano, w jaki sposób przekłada się ono na obniżenie ceny, i dlaczego jest dostępne tylko Odwołującemu. Trafnie zatem dostrzegł Zamawiający, że wyjaśnienia Odwołującego mają charakter ogólny, nie odniesiono się w nich do wszystkich aspektów wezwania, a optymalizacja pracy i kosztów jest cechą każdego przedsiębiorcy. Dalsze wyjaśnienia – w odwołaniu czy na rozprawie – nie mogą być brane pod uwagę (zostały złożone po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powoływał się m.in. na orzeczenia sygn. akt KIO 1287/14 i KIO 2371/14, i Izba poglądy prezentowane tamże podziela. Wyjaśnienia wykonawcy powinny odnosić się do wszystkich kwestii wymaganych wezwaniem; wyjaśnienia ogólnikowe, niepoparte żadnymi dowodami, niewskazujące na szczególną sytuację wykonawcy nie mogą być uznane za wystarczające.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....