

Sygn. akt: KIO 3393/20

WYROK
z dnia 26 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **HOSTLAB O. i Wspólnicy spółka jawna, ul. Stanisława Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- A. **P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IT V-WAYS P. P., ul. Bałtycka 10 lok. 108, 10-176 Olsztyn,**
- B. **Symbit Sp. z o.o., ul. Lasockiego 39A lok. 2, 20-612 Lublin,**

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **HOSTLAB O. i Wspólnicy spółka jawna, ul. Stanisława Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HOSTLAB O. i Wspólnicy spółka jawna, ul. Stanisława Kierbedzia 4, 00-728 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Administrowanie kolokowanymi w Centrum Przetwarzania Danych MRPiPS instancjami Oprogramowania SyriuszStd oraz migracja z PUP do MRPiPS”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 września 2020 r. pod numerem 2020/S 177-426948.

W dniu 21 grudnia 2020 r. wykonawca HOSTLAB O. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, co w konsekwencji oznacza, że Odwołujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona,

2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną, nieprzejrzystą i nielogiczną ocenę wyjaśnień Odwołującego z dnia 22 października 2020 r. w zakresie ceny oferty polegającą na bezpodstawnym uznaniu w trakcie oceny wyjaśnień, że Odwołujący nie będzie w stanie pokryć kosztów realizacji zamówienia publicznego i osiągnąć zysku z tytułu jego wykonania w sytuacji, gdy z wyjaśnień wynikają wnioski przeciwnie, szczególnie przy uwzględnieniu argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego wniosku, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona,

3. ewentualnie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty, mimo że Zamawiający w obecnym stanie postępowania powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie ceny oferty,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
5. ewentualnie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego połączone z ponownym wezwaniem Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający jako podstawę do odrzucenia oferty wskazał zaoferowanie rażąco niskiej ceny przez Odwołującego w odniesieniu do ceny całkowitej za realizację zamówienia publicznego. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie twierdzi, że istotne składniki ceny Odwołującego stanowiły podstawę do stwierdzenia zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Takie stwierdzenie prowadzi, zdaniem Odwołującego, do istotnych wniosków - dla skuteczności odwołania nie jest wymagane udowodnienie, że cena zaoferowana przez Odwołującego w ramach pozycji nr 2 Formularza ofertowego („Wykonanie usługi polegającej na migracji instancji Oprogramowania SyruiszStd z PUP do CPD MRPiPR”), nie jest rażąco niska. Wymagane jest wykazanie, że cena całkowita zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska. Odwołujący zaprzeczył przy tym, że zaferował rażąco niską cenę w ramach pozycji nr 2 Formularza ofertowego. W ocenie Odwołującego, punktem odniesienia w przedmiotowej sprawie dla badania rażąco niskiej ceny powinna być cena całkowita zawarta w ofercie Odwołującego, a nie poszczególne pozycje Formularza ofertowego.

Za istotną Odwołujący uznał okoliczność, że Zamawiający nie zawarł zakazu przenoszenia zysku pomiędzy pozycjami Formularza ofertowego. Zdaniem Odwołującego, wykonawcy mogli swobodnie kalkulować zysk z jednej pozycji Formularza ofertowego w innej pozycji. Odwołujący stwierdził, że powyższe prowadzi to do wniosku, że gdyby zdaniem Zamawiającego zysk za realizację pozycji nr 2 Formularza ofertowego („Wykonanie usługi polegającej na migracji instancji Oprogramowania SyruiszStd z PUP do CPD MRPiPR”) nie był wystarczający, to konieczne byłoby jednoczesne stwierdzenie, że zysku tego nie da się zagwarantować w oparciu o pozycję nr 1 Formularza ofertowego („Wykonanie usługi polegającej na administrowaniu kolokowanymi w CPD MRPiPS instancjami Oprogramowania

SyriuszStd”) i w konsekwencji wykonawca nie uzyska zysku za realizację całego zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził także, że wynagrodzenie przysługujące wykonawcy za realizację zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania ma charakter ryczałtowy (por. przykładowo § 6 ust. 1 i 3 Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla postępowania). Powyższa okoliczność potwierdza, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający powinien badać pod kątem rażąco niskiej ceny całkowite wartości oferowane przez wykonawców w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, do takiego wniosku prowadzi także analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał przykładowo na wyrok Izby z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2361/17, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt II Ca 928/19.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że podczas badania rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien uwzględniać cenę całkowitą oferowaną w postępowaniu przez wykonawców. Tymczasem, jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego zawartego w Zawiadomieniu na stronie 3, Zamawiający badał rażąco niską cenę w stosunku do oferty Odwołującego jedynie w odniesieniu do pozycji nr 2 Formularza ofertowego („Wykonanie usługi polegającej na migracji instancji Oprogramowania SyriuszStd z PUP do CPD MRPIPR”). Odwołujący zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie ma fragmentu odnoszącego się do ceny całkowitej oferty Odwołującego. Zamawiający wprost stwierdził, że „w związku z powyższym zachodzą przesłanki do uznania, że przeprowadzenie poprawnej migracji oprogramowania SyriuszStd do CPD MRiPS przy warunkach wskazanych przez oferenta będzie niemożliwe”. Mając na uwadze powyższe Odwołujący uznał, że Zamawiający dokonał wadliwej oceny oferty Odwołującego pod kątem badania rażąco niskiej ceny – Zamawiający nie zweryfikował bowiem, czy cena całkowita oferty Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający ograniczył badanie rażąco niskiej ceny jedynie do pozycji nr 2 Formularza ofertowego. W przekonaniu Odwołującego, tak dokonana czynność odrzucenia oferty jest w sposób oczywisty wadliwa i jako taka nie może zostać uznana za zgodną z przepisami ustawy Pzp i powinna doprowadzić do uwzględnienia odwołania.

Odwołujący stwierdził, że opisane powyżej okoliczności stanowią o niezgodności z ustawą Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powinny doprowadzić do uwzględnienia odwołania. Z ostrożności Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację, jak poniżej.

Odwołujący stwierdził, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska. Jak podkreślił Odwołujący, cena oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, jest wyższa o nieznacznie ponad 300 000,00 zł od oferty Odwołującego, co stanowi ok. 5% wartości szacunkowej zamówienia. Przy uwzględnieniu, że okres realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy należy uznać, w opinii Odwołującego, że jest to kwota nieznaczna. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający uznał, że cena zaofferowana przez Odwołującego jest rażąco niska i jednocześnie stwierdził, że cena zaofferowana przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie jest rażąco niska, pomimo że różnica pomiędzy tymi cenami jest niewielka. Za niezrozumiałe Odwołujący uznał twierdzenia Zamawiającego zawarte w Zawiadomieniu, z których miałyby stanowczo wynikać, że zaofferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska, podczas gdy oferta zawierająca cenę nieznacznie wyższą nie została odrzucona.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach szczegółowo opisał koszty składające się na realizację całego zamówienia publicznego, przy uwzględnieniu dokładnego opisu kalkulacji tych kosztów. Odwołujący załączył do wyjaśnień dowody potwierdzające realność wyceny. Odwołujący zaznaczył, że wykazał zysk z tytułu realizacji zamówienia publicznego na wysokim poziomie, wskazanym w ostatnim zdaniu akapitu 2 na stronie 4 wyjaśnień. Odwołujący podał, że z utrwalonego orzecznictwa KIO wynika, że jeżeli wykonawca wykaże, że jest w stanie ponieść koszty realizacji zamówienia publicznego oraz uzyskać zysk z tego tytułu, to zaofferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący wskazał, na wyrok Izby z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 486/20, wyrok Izby z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 852/18.

Odwołujący wskazał także na argumenty zawarte w wyjaśnieniach, które uznał za w pełni aktualne w przedmiotowej sprawie.

Zdaniem Odwołującego, niemożliwe jest stwierdzenie, że nie osiągnie on zysku z tytułu realizacji zamówienia publicznego, szczególnie uwzględniając treść Zawiadomienia i argumentów podnoszonych przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że Odwołujący nie zaofferował rażąco niskiej ceny, a Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez co odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący stwierdził, że odrzucenie oferty Odwołującego było konsekwencją błędnej oceny wyjaśnień przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegający na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny ma ścisły związek z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegającym na błędnej ocenie wyjaśnień, a zatem zarzuty te powinny więc być rozpatrywane łącznie.

Odnosząc się do zarzutu błędnej oceny wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego Odwołujący podniósł, że wezwanie zostało sformułowane w sposób bardzo ogólny, polegający na przytoczeniu treści art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz wskazaniu wartości procentowych. Powyższe wskazuje, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający nie postawił żadnych szczegółowych oczekiwań co do treści przedstawianych wyjaśnień, nie oczekując przy tym również szczególnego sposobu wyjaśnienia określonych elementów cenowych.

Jak zauważył Odwołujący, pomimo ogólnego charakteru wyjaśnień, Odwołujący odniósł się w sposób szczegółowy do wezwania i przedstawił kalkulację cenową wraz ze szczegółowym opisem wyliczenia kosztów. Odwołujący przedstawił także dowody potwierdzające, że zaoferowana cena jest realna. Odwołujący zaznaczył, że z wyjaśnień wynika nie tylko, że Odwołujący jest w stanie pokryć koszty związane z realizacją zamówienia publicznego, ale także, iż osiągnie zysk z tytułu jego wykonania na wysokim poziomie.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami zawartymi w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty w odniesieniu do uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wskazał Odwołujący, z zawiadomienia wynika, że Zamawiający stwierdził rażąco niską cenę w odniesieniu do oferty Odwołującego zasadniczo z dwóch powodów:

- z uwagi na nieuwzględnienie (zdaniem Zamawiającego) przez Odwołującego kosztów, o których mowa w akapicie 1 zawartym na stronie 3 Zawiadomienia,
- z uwagi na nieuwzględnienie (zdaniem Zamawiającego) przez Odwołującego kosztów związanych z minimalnym czasem migracji, który zdaniem Zamawiającego powinien wynosić określoną liczbę godzin (argumentacja zawarta w akapicie 2 i 3 na stronie 3 Zawiadomienia).

Odwołujący zakwestionował fakt konieczności uwzględnienia wyżej wymienionych kosztów w wyjaśnieniach.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie kwestionował realności pozostałych kosztów wykazanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach, co zdaniem Odwołującego, prowadzi do wniosku, że Zamawiający uznał, że inne koszty niż te, które zostały wymienione przez Zamawiającego w Zawiadomieniu na stronie 3, i o których mowa powyżej, określone w wyjaśnieniach przez Odwołującego, są realne i zostały uznane przez Zamawiającego – w przeciwnym razie Zamawiający zwróciłby na to uwagę w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do kosztów, o których mowa w akapicie 1 zawartym na stronie 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że z żadnego punktu Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji

istotnych warunków zamówienia nie wynika wymóg jednoczesnego wykonywania czynności przez osoby dedykowane do realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, gdyby była taka potrzeba, z pewnością Zamawiający zawarłby taki wymóg w postępowaniu, a wtedy Odwołujący byłby w stanie uwzględnić ten koszt w wyjaśnieniach. W ocenie Odwołującego, brak takiego wymogu oznacza, że Zamawiający nie przewidział konieczności jednoczesnego wykonywania czynności przez osoby wchodzące w skład zespołu kierowanego do realizacji zamówienia publicznego. Odwołujący uznał ponadto, że ww. okoliczność znalazłaby odzwierciedlenie w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 7.1.4.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że jest w stanie tak zorganizować pracę osób dedykowanych do realizacji zamówienia publicznego, aby zapewnić należyte wykonanie zamówienia publicznego na poziomie wymaganym przez OPZ i w zadeklarowanych terminach. Odwołujący podał na wypadek konieczności poniesienia kosztów, o których mowa w akapicie 1 na stronie 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty, że prowadzi wieloletnią działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i posiada doświadczony, wieloosobowy zespół, który z pewnością zapewni należyte wykonanie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, koszty, o których mowa powyżej, należy uznać co najwyżej za ryzyko Odwołującego, a nie bezwzględnie występujące koszty związane z realizacją zamówienia publicznego.

Za nietrafne Odwołujący uznał argumenty Zamawiającego zawarte w akapicie 2 i 3 na stronie 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty. Odwołujący podniósł, że Zamawiający pomija istotę czynności polegających na migracji danych - czas określony przez Zamawiającego to czas trwania migracji, a nie czas pracy osoby dedykowanej do wykonania zamówienia publicznego w związku z migracją. Jak zauważył Odwołujący, przy dokonywaniu migracji, czas pracy osoby, która jej dokonuje, jest znacznie niższy niż czas samej migracji, w związku z czym koszty z tym związane są mniejsze. Odwołujący podkreślił, że dla przeprowadzenia prawidłowej migracji nie jest wymagany ciągły nadzór nad czynnością dokonywaną przez pracownika. Najistotniejszy element czasowy to okres przeznaczony na samo przenoszenie danych, które dokonuje się niejako automatycznie. Odwołujący wskazał, że w okresie automatycznego przenoszenia danych pracownik dokonujący migracji może wykonywać inne czynności. Powyższe oznacza, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający niesłusznie przyjmuje, że czas trwania migracji odpowiada czasowi pracy osoby, która dokonuje migracji, co doprowadziło go do błędnego wniosku, że koszty, o których mowa w akapicie 2 i 3 na stronie 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty, są niedoszacowane. Odwołujący nie zgodził się z takim wnioskiem.

Odwołujący zaznaczył dodatkowo, że Zamawiający w punkcie 3.1. OPZ określił dwie równorzędne formy wykonywania zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że okoliczności, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego są prawidłowe (czemu Odwołujący zaprzecza), to i tak nie sposób dojść do wniosku, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę.

Odwołujący podał, że dokonując prostej symulacji kosztowej stwierdzić należy, że nawet biorąc pod rozwagę argumenty Zamawiającego, Odwołujący osiągnie zysk i to na wysokim poziomie, a co za tym idzie, w opinii Odwołującego, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Jak wskazał Odwołujący, Odwołujący pomocniczo sporządził symulację kosztową z uwzględnieniem argumentów Zamawiającego zawartych w zawiadomieniu. Symulacja stanowi załącznik nr 1 do odwołania. Odwołujący zastrzegł w stosunku do informacji zawartych w tym dokumencie tajemnicę przedsiębiorstwa z tych samych względów, co przedstawione w samych wyjaśnieniach. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie przez Odwołującego poufności w stosunku do treści wyjaśnień nie było kwestionowane ani przez Zamawiającego, ani przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę, nawet przy uwzględnieniu okoliczności przedstawionych w zawiadomieniu. Powyższe, zdaniem Odwołującego oznacza, że Zamawiający dokonał błędnej, nieprzejrzystej i nielogicznej oceny wyjaśnień, gdyż Odwołujący jest w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia publicznego oraz osiągnąć zysk z tytułu jego wykonania. Odwołujący stwierdził, że ocena wyjaśnień została dokonana z naruszeniem art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, przez co odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając zarzut ewentualnego naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień o charakterze ogólnym, skutkiem czego Zamawiający następnie doszedł do błędnego wniosku, że zaoferowana przez Odwołującego cena oferty jest rażąco niska.

W przekonaniu Odwołującego, uznanie, iż jego oferta zawiera cenę rażąco niską nie ma podstaw faktycznych i prawnych i nie znajduje odzwierciedlenia w twierdzeniach przedstawionych zarówno w wyjaśnieniach, jak i w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. W konsekwencji, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny nie była zgodna z ustawą Pzp. Zdaniem Odwołującego,

prawidłowa ocena wyjaśnień prowadzi do wniosków przeciwnych z uwagi na okoliczności wskazane powyżej. Z ostrożności Odwołujący wskazał jednak, że nawet gdyby Zamawiający nie był przekonany co do realności ceny zaoferowanej przez Odwołującego, to powinien powziąć wątpliwości i dokonać dodatkowego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej. Powyższe jest, w ocenie Odwołującego, zasadne w świetle ogólnego charakteru Wezwania.

Za przedwczesne Odwołujący uznał odrzucenie oferty Odwołującego. Jak wskazał Odwołujący, załączona do odwołania symulacja kosztowa jednoznacznie wskazuje, że nawet przy uwzględnieniu argumentów podniesionych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, Odwołujący jest zdolny do pokrycia kosztów realizacji zamówienia publicznego oraz do osiągnięcia zysku z tytułu jego wykonania. Powyższe, zdaniem Odwołującego, wyklucza stwierdzenie, że Odwołujący zaoferował cenę rażąco niską.

Odwołujący podniósł, że w takiej sytuacji Zamawiający, przed odrzuceniem oferty, powinien był wezwać Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, a tym samym umożliwić mu odniesienie się do wszelkich wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w zawiadomieniu, to Odwołujący udzieliłby dodatkowych wyjaśnień, które ostatecznie wyeliminowałby wszelkie wątpliwości Zamawiającego w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny oraz możliwości prawidłowej realizacji zamówienia za tą cenę. Zdaniem Odwołującego, przy uwzględnieniu powyższego nie doszłoby do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 480/19.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił się ewentualnego naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem oferty, mimo że powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IT V-WAYS P. P. z siedzibą w Olsztynie oraz Symbit Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również

stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 19 października 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający podał, że cena oferty Odwołującego wynosząca 1 677 600,00 zł jest niższa o 71,34% od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na kwotę 5 853 760,00 zł, oraz niższa o 44,74% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie, cena oferty Odwołującego, jak i jej istotne części, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający, mając powyższe na uwadze, wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowej kalkulacji cenotwórczej wraz z dowodami, które w ocenie Odwołującego uzasadniają zarówno zaoferowaną przez Odwołującego cenę, jak również poszczególne ceny cząstkowe, składające się na cenę ogólną oferty. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia wraz z dowodami muszą dotyczyć elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy oraz kosztów pracy. Zamawiający zauważył, że wyjaśnienia wraz z dowodami muszą dotyczyć elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ponadto, Zamawiający zwrócił uwagę na wynikający z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, spoczywający na wykonawcy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że złożone wyjaśnienia powinny być jednoznaczne i wyczerpujące, ujawniające wszystkie składniki cenotwórcze, obejmujące realizację całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, że wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że wystąpiły obiektywne okoliczności, mające wpływ na cenę w taki sposób, że ich wystąpienie pozwoliło zaoferować Odwołującemu o wiele niższą cenę oferty od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia pismem z dnia 22 października 2020 r. Treść wyjaśnień została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 11 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Symbit Sp. z o.o. Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia. Z uwagi na okoliczność, że zarówno treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 22 października 2020 r., jak i treść informacji o podstawie odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 1 grudnia 2020 r. zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba zobowiązana jest do nieujawniania treści ww. dokumentów. Z uwagi na powyższe, uzasadniając orzeczenie Izba odnie się do treści ww. dokumentów w dozwolonym zakresie.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę.

Na wstępie zauważenia wymaga, że ustawa Pzp w art. 90 ust. 1 i 1a pozwala Zamawiającemu na badanie zaoferowanej przez wykonawcę ceny nie tylko w zakresie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale także co do elementów składowych owej ceny, jeżeli ich wysokość budzi wątpliwości zamawiającego. W sytuacji, w której części składowe ceny okażą się rażąco niskie, podstawą odrzucenia oferty powinien stać się art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający przywołał jako podstawę odrzucenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzając, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z uzasadnienia ww. czynności jednoznacznie jednak wynika, które elementy kalkulacji Odwołującego Zamawiający uznał za rażąco niskie.

Odwołujący oparł odwołanie na twierdzeniu, że Zamawiający nie zawarł zakazu przenoszenia zysku pomiędzy pozycjami Formularza ofertowego, a zatem wykonawcy mogli swobodnie kalkulować zysk z jednej pozycji Formularza ofertowego w innej pozycji. Izba nie zgodziła się z ww. stanowiskiem. Przyznać należy, że wykonawca powinien mieć swobodę w kalkulowaniu oferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Swoboda ta w określonych sytuacjach doznaje jednak ograniczeń. W przedmiotowej sprawie kalkulacja wykonawcy nie mogła zostać dokonana w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalonego sposobu płatności. Mając na względzie okoliczność, że przedmiot zamówienia

został podzielony na dwie części, tj. usługę polegającą na administrowaniu kolokowanymi w CPD MRPiPS instancjami Oprogramowania SyriuszSTD oraz usługę polegającą na migracji instancji Oprogramowania SyriuszSTD z PUP do CPD MRPiPS, a także uwzględniając fakt, że płatność za ww. usługi będzie dokonywana osobno, na podstawie stawek wskazanych w Formularzu ofertowym (§6 Wzoru umowy – Załącznik nr 2 do SIWZ), Odwołujący zobowiązany był do rzetelnej wyceny każdej z ww. usług. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy zobowiązani byli do zaoferowania ceny w rozbiciu na stawki dla każdej z ww. usług osobno (pkt 4 Formularza ofertowego – Załącznik nr 1 do SIWZ). Jak wspomniano powyżej, płatność za wykonanie ww. usług także będzie dokonywana osobno, w zależności od liczby instancji Oprogramowania SyriuszSTD objętych usługą w danym okresie rozliczeniowym lub liczby instancji Oprogramowania SyriuszSTD podlegającego migracji w danym miesiącu. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oraz ustalony sposób płatności bez wątplenia wskazują na to, że usługi objęte postępowaniem powinny być skalkulowane osobno, a wszelkie koszty ich realizacji ujęte w cenie danej usługi. Przyjęty sposób rozliczenia zamówienia uprawniał też Zamawiającego do oceny kwot zaoferowanych w poszczególnych pozycjach Formularza ofertowego.

W przedmiotowej sprawie przedmiotem sporu stał się także charakter wynagrodzenia. Izba ustaliła, że wprowadzone do dokumentacji przedmiotowego postępowania postanowienia dotyczące płatności za wykonanie przedmiotu umowy wskazują na to, że wynagrodzenie zostało ustalone w sposób mieszany, łącząc elementy wynagrodzenia ryczałtowego (stawka za wykonanie 1 usługi w zakresie 1 instancji w 1 jednomiesięcznym okresie rozliczeniowym) i kosztorysowego (płatność dokonywana w zależności od liczby instancji). Ponadto, usługa migracji będzie rozliczana jedynie w sytuacji, gdy faktycznie zostanie zrealizowana. Przyjęcie takiego wynagrodzenia jest możliwe na zasadzie swobody umów (art. 353¹ KC).

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Zamawiający uprawniony był do poddania ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny poszczególnych elementów wyceny dokonanej przez Odwołującego, Odwołujący zaś zobowiązany był do skalkulowania w danej pozycji wszystkich kosztów realizacji danej usługi.

Nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie postawił żadnych szczegółowych oczekiwań co do treści wyjaśnień, nie oczekiwał również szczególnego sposobu wyjaśnienia określonych elementów cenowych. Izba stwierdziła, że

w wezwaniu z dnia 19 października 2020 r. Zamawiający podał, że w jego ocenie, cena oferty, jak też jej istotne części, wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający wskazał na konieczność złożenia szczegółowej kalkulacji cenotwórczej wraz z dowodami uzasadniającej zarówno cenę ofertową brutto, jak też poszczególne ceny cząstkowe składające się na cenę ogólną oferty.

Odwołujący argumentował, że z żadnego punktu opisu przedmiotu zamówienia nie wynika wymóg jednoczesnego wykonywania czynności przez osoby dedykowane do realizacji zamówienia. Istotnie, takiego wymagania wprost opis przedmiotu zamówienia nie zawiera. Opis ten wskazuje jednak, że równoległa realizacja obu zadań nie jest wykluczona. Przeciwnie, wysoce prawdopodobne jest, że usługa administrowania, obsługi błędów i awarii może wystąpić w każdym czasie realizacji przedmiotu zamówienia, w tym w momencie wykonywania usługi migracji. Co za tym idzie, rzetelna kalkulacja powinna taki stan rzeczy uwzględniać. Izba przychyliła się także do stanowiska Zamawiającego i Przystępujących w zakresie złożoności czynności objętych usługą wycenioną w poz. 2 pkt 4 Formularza ofertowego. Zakres czynności wymienionych w pkt 10 Załącznika nr 1 do Wzoru umowy wskazuje na to, że migracja nie dokonuje się automatycznie, ale wymaga odpowiedniego zaangażowania wykonawcy w realizację tej usługi. W konsekwencji, Izba uznała, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z przyczyn podanych w piśmie z dnia 11 grudnia 2020 r. była prawidłowa. Prawidłowości czynności Zamawiającego nie podważa symulacja kosztowa załączona do odwołania, której treść została zastrzeżona przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dokument ten opiera się na innych założeniach niż przyjęte przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 22 października 2020 r., a zatem nie może stać się podstawą do uznania, że Odwołujący składając wyjaśnienia wykazał Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zauważenia wymaga, że ciężar wykazania, że zaoferowana cena lub jej elementy składowe nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto należy wskazać, że wykonawca zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu realność zaoferowanej ceny na etapie składanych wyjaśnień, jako że Izba rozpoznając odwołanie dokonuje oceny prawidłowości czynności dokonanej przez Zamawiającego.

W konsekwencji, Izba nie dopatrzyła się podstaw do ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że z uwagi na konieczność zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Pzp), wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie

może zostać skierowane do danego wykonawcy jednokrotnie. Jego powtórzenie jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy pierwotne wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, bądź gdy treść wezwania była ogólna i nie pozwalała na zidentyfikowanie zakresu wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie wezwanie do złożenia wyjaśnień jednoznacznie wskazywało na konieczność wyjaśnienia cen częściowych, zaś treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie budziła wątpliwości. W tym stanie rzeczy, Izba stwierdziła, że uwzględnieniu nie podlegał także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: