

Sygn. akt: KIO 931/19

WYROK
z dnia 06 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2019 roku przez Wykonawcę **POLCOM S.A. (ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Małopolskie (ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków)**

przy udziale Wykonawcy **Infomex Sp. z o.o. (ul. Wesoła 19B, 34-300 Żywiec)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **POLCOM S.A. (ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina)** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawcę **POLCOM S.A. (ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - Wykonawcy **POLCOM S.A. (ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina)** na rzecz Zamawiającego **Województwo Małopolskie (ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków)** kwotę **300 zł 00 gr** (słownie: trzysta złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 06 lutego 2019 roku pod numerem 511304-N-2019.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Infomex; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Infomex Wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Infomex nie złożył Wyjaśnień rażąco niskiej ceny spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: Unieważnienia czynności oceny ofert, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Infomex, dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (unieważnionym w dniu 15.01.2019r.) zaistniał już analogiczny jak obecny stan faktyczny - tj. złożenie przez Infomex wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy PZP, nakazanie przez KIO odtajnienia tych wyjaśnień oraz wniesienie odwołania wobec naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy.

Odwołujący przedstawił w tabeli porównanie wyjaśnień dotyczących ceny w ofertach złożonych przez Wykonawcę Infomex sp. z o.o. w pierwszym i obecnym postępowaniu przetargowym.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający - w ramach postępowania odwoławczego KIO 2692/18 dokonał już oceny zasadności zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający co prawda nie wskazał przyczyn uwzględnienia odwołania, jednakże uwzględnił odwołanie w całości - z czego należy wnioskować, że co do zasady uznał zarzuty podnoszone przez Odwołującego za zasadne. W ocenie Odwołującego, treść złożonych uprzednio Wyjaśnień była zdaniem Zamawiającego niewystarczająca - Zamawiający dał temu wyraz wprost w

Informacji o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty Infomex z dnia 15 stycznia 2019 roku.

Jak dalej argumentował Odwołujący, Zamawiający powinien te same zasady oceny zastosować także do Wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 21.02.2019r.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Infomex sp. z o.o. załączył do Wyjaśnień jako dowód na wysokość poniesionych kosztów tylko 2 dowody dotyczące szacowania ceny: Umowę South Energy oraz faktury Tauron Dystrybucja oraz Ofertę na łącza światłowodowe. Pozostałe dokumenty wskazane jako dowody - nie są dowodami, które mogą wykazywać prawidłowość kalkulacji oraz wysokość ponoszonych kosztów. Kalkulacja cenowa z dnia 13.02.2019r. zdaniem Odwołującego nie jest dowodem, ale jest oświadczeniem własnym strony. Z kolei „Raport płacowy 2019” nie jest dowodem na wysokość konkretnych kosztów osobowych ponoszonych przez Infomex, a jest jedynie dowodem na średnie wynagrodzenie rynkowe. Odwołujący nie zaprzeczył, że kwoty wskazane w tym Raporcie są rzeczywiste i odzwierciedlają sytuację na rynku. Jednak w ocenie Odwołującego, Wykonawca Infomex powinien dołączyć jako dowody do Wyjaśnień umowy o pracę personelu. Tylko taki dowód wykazuje prawidłowość szacowanych kosztów osobowych.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w wezwaniu wprost wymagał dołączenia konkretnych dowodów. Brak załączenia takich umów przez Infomex wskazuje, że zastosowana w Kalkulacji stawka nie została obliczona w oparciu o rzeczywiste koszty.

Zdaniem Odwołującego, jedyna oszczędność, jaka zachodzi po stronie Wykonawcy Infomex, to brak kosztów wykonana migracji sprzętu z obecnego miejsca kolokacji, jednak oszczędność w wysokości 35.000 złotych nie wyjaśnia możliwości zaoferowania tak niskiej ceny, jaką zaoferował Wykonawca Infomex.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, w Wyjaśnieniach Wykonawcy Infomex nie wskazał na żadne inne oszczędności w realizacji przedmiotu zamówienia, które istniałyby tylko po stronie Wykonawcy Infomex, a nie istniałyby po stronie innych wykonawców świadczących w ramach swego przedsiębiorstwa usługi kolokacji czy też usługi wsparcia i administracji. Wskazana kwota oszczędności jest zbyt mała, aby uzasadnić cenę oferty wykonawcy Infomex.

Wykonawca Infomex wskazał pozycję „Koszt monitoringu sieciowego” w wysokości 237,06 zł netto miesięcznie. Odwołujący ponownie zauważył, że pozycja ta nie została poparta żadnym dowodem, czy też wskazaniem konkretnych okoliczności stanu faktycznego. Wykonawca Infomex ograniczył się do stwierdzenia, że opiera się na „*autorskim rozwiązaniu*

z wykorzystaniem serwera Zabbix". Jednak nie wiadomo, jakiego rodzaju jest to koszt - czy to koszt osobowy (czas pracy specjalistów z wykorzystaniem wskazywanego narzędzia), czy też koszt rzeczowy (koszt wytworzenia narzędzia czy też nabycia/amortyzacji serwera Zabbix). Nawet, jeśli te koszty zostały już zamortyzowane, to także taką okoliczność wykonawca powinien wskazać w Wyjaśnieniach.

Samo stwierdzenie, że wykorzystuje się „autorskie rozwiązanie”, nie jest zdaniem Odwołującego wystarczające. Wykonawca Infomex był zobowiązany wskazać, co to za autorskie rozwiązanie, jaki był koszt jego wytworzenia, jaką ma funkcjonalność, itp. Takie same wyjaśnienia powinny dotyczyć „serwera Zabbix” - jaki koszt nabycia, w jakim zakresie koszt serwera wpływa na cenę oferty, itp. Tymczasem całość wyjaśnień sprowadza się do ogólnikowego stwierdzenia, z którego nic konkretnego nie wynika. Takie wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za konkretne i rzeczowe.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Infomex nie przedstawił w Wyjaśnieniach żadnego wyliczenia czasochłonności dla usług. Wskazał jedynie, że realizacja całości przedmiotu zamówienia została ujęta w cenie oferty w zakresie 74 roboczogodzin miesięcznie. Zdaniem Odwołującego, ilość 74 godziny miesięcznie nie jest wystarczająca dla realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Wykonawca Infomex w ogóle nie wskazał w Wyjaśnieniach, dlaczego przyjął akurat 74 godziny miesięcznie, nie wskazał na żadne postanowienia SIWZ, nie wskazał, jaka ilość godzin jest przeznaczona na poszczególne usługi zgodnie z SIWZ.

Odwołujący przedstawił zestawienie zbiorcze czasochłonności realizacji przedmiotu zamówienia, wskazując wymagania SIWZ.

W oparciu o przygotowane zestawienie, Odwołujący stwierdził, że minimalna miesięczna ilość godzin, jaką trzeba przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia to 462 godziny.

Odwołujący dokonał obliczenia, z którego wywiódł, że kwota z oferty Wykonawcy Infomex nie wystarczy na pokrycie samych kosztów osobowych oraz nie pokrywa żadnych innych kosztów. Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że Wykonawca Infomex nie doszacował ceny oferty.

Odwołujący przedstawił także szczegółowe wyliczenie pracochołonności. W szczególności Odwołujący wskazał, które czynności nie mogą być automatyzowane. Automatyzacja nie może zaistnieć we wszystkich czynnościach objętych przedmiotem zamówienia, a w tych, w których jest możliwa do zastosowania - nie daje tak dużych oszczędności, aby przedmiot zamówienia mógł zostać zrealizowany w ciągu zaledwie 74 godzin miesięcznie

Izba zważyła co następuje:

Zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Infomex sp. z o.o. (art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu pozostaje okoliczność, że w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający uwzględnił odwołanie dotyczące niewystarczających wyjaśnień, jakich udzielił Wykonawca Infomex sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Inny jest bowiem w aktualnie prowadzonym postępowaniu zakres zamówienia (Zamawiający zrezygnował z części dotyczącej serwisu pogwarancyjnego), Wykonawca Infomex sp. z o.o. zaoferował inną, wyższą cenę za realizację zamówienia (wg. oświadczenia Przystępującego o ok. 30 %). Ponadto, obecnie złożone wyjaśnienia są różne od wyjaśnień złożonych uprzednio. Zawierają także inne, wyższe wartości składowe ceny.

Nadto, jak trafnie wskazał sam Odwołujący w treści odwołania, Zamawiający nie przedstawił powodów uwzględnienia odwołania, wniesionego w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu.

Tym samym nie można uznać, aby okoliczność, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w uprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym, oznaczała, że obecnie złożone wyjaśnienia przez Wykonawcę Infomex sp. z o.o. były nieprawidłowe, czy wskazywały na cenę rażąco niską w ofercie tego Wykonawcy.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Infomex sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu należy zauważyć, że Wykonawca ten złożył kalkulację kosztów i wyjaśnił każdą z pozycji kosztowych.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający skierował do Wykonawcy ogólne wezwanie do złożenia wyjaśnień, pozostawiając w tym zakresie Wykonawcy swobodę. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wezwanie nie zawiera konkretnych pytań o konkretne pozycje, ale ogólne wezwanie do udzielenia wyjaśnień. Oznacza to, że nawet, gdy wyjaśnienia Wykonawcy Infomex sp. z o.o. wydają się Odwołującemu zbyt ogólne i niedoskonałe, nie można uznać, aby oznaczało to automatycznie, że Wykonawca Infomex sp. z o.o. zaoferował realizację zamówienia za cenę rażąco niską.

Wykonawca Infomex sp. z o.o. wskazał w treści złożonych wyjaśnień na okoliczności, które uzasadniają zaoferowanie realizacji zamówienia za kwotę niższą od pozostałych wykonawców. Jedną z nich jest kwestia doświadczenia w realizacji zamówienia u tego

samego Zamawiającego, co pozwoliło Wykonawcy na ocenę pracochłonności, a nadto na temat możliwości zrealizowania usługi bez żadnych rezerw, opóźnień, czy kosztów wstępnych. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, kwestia doświadczenia ma więc znaczenie dla postępowania, umożliwia zastosowanie zarówno dotychczas nabytego oprogramowania, jak również wiedzy co do sposobu realizacji zamówienia, w tym także możliwości minimalizacji kosztów. To właśnie doświadczenie pozwoliło na skalkulowanie pewnych kosztów, jak chociażby koszt monitoringu sieciowego. Wykonawca Infomex sp. z o.o. wyjaśnił w trakcie rozprawy, że z uwagi na okoliczność, że dotychczas wykonuje zamówienie u Zamawiającego, z doświadczenia wie, że prace wskazane w punkcie pkt. 30.3 odwołania, tj. zarządzanie zdarzeniami systemowymi, monitoring, nie wymagają żadnych dodatkowych czynności, a jedynie ewentualnego powiadomienia Zamawiającego o takiej pracy.

Ponadto Wykonawca Infomex sp. z o.o. przedstawił w treści wyjaśnień koszty wynagrodzenia pracowników. Przewidywane koszty są znacząco wyższe niż minimalne wynagrodzenie, co oznacza, że zbyt daleko idące jest twierdzenie, jakoby cena zaoferowana przez Wykonawcę Infomex sp. z o.o. była rażąco niska.

Fakt, że Wykonawca Infomex sp. z o.o. nie przedstawił dowodów w tym zakresie, a jedynie przedstawił oświadczenie pisemne, nie stanowi podstawy do uznania, że wyjaśnienia nie są wiarygodne.

W treści odwołania Odwołujący przedstawił ilość roboczogodzin, jakie w jego ocenie powinien przewidzieć każdy z wykonawców na realizację zamówienia, tj. 462 roboczogodziny. Jednakże ilość ta nie wynika z treści SIWZ, a jest jedynie kalkulacją własną Odwołującego. Nadto, jak wskazywali w trakcie rozprawy Zamawiający oraz Wykonawca Infomex sp. z o.o., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców udzielił w dniu 11 lutego 2019 roku odpowiedzi, zgodnie z którą w zakresie systemu operacyjnego i bazy danych Zamawiający przesyła Wykonawcy 50 zgłoszeń rocznie, co wyjaśnia przyjętą przez Przystępującego ilość roboczogodzin. Powyższe oznacza, że ilość roboczogodzin przedstawionych przez Odwołującego nie musi być prawidłowa. Nawet, jeśli odpowiedź Zamawiającego nie zmieniła brzmienia załącznika nr 2 do SIWZ, to odpowiedź ta wskazuje, że nie można uznać, aby Wykonawcy byli zobowiązani do przyjęcia dla dokonywanej kalkulacji 462 roboczogodziny miesięcznie. Odwołujący nie przedstawił także dowodów, aby wyłącznie obliczona przez niego pracochłonność była prawidłowa.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie można także uznać, aby Przystępujący przyjął jako podstawę do oszacowania swojej oferty wyłącznie kwestie doświadczenia. Przeczą temu

pierwsze zdania w treści złożonych wyjaśnień, zgodnie z którym: „W pierwszej kolejności oświadczamy, że zaoferowana przez Infomex cena za realizację przedmiotowego zamówienia została obliczona z uwzględnieniem wszelkich wymagań SIWZ oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez Wykonawcę. Wszelkie usługi objęte przedmiotem oferty naszego przedsiębiorstwa zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, tj. w pełni zgodny z potrzebami Zamawiającego opisanymi w SIWZ, zgodnie ze sposobem obliczenia ceny podanym w SIWZ oraz w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym zapewnieniem marży (zysku) naszego przedsiębiorstwa, na oczekiwanym poziomie.”, „Przedstawiona w dalszej części niniejszych wyjaśnień kalkulacja cenowa została opracowana w oparciu o Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia oraz warunki wykonania zamówienia zawarte we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.”

Tym samym Wykonawca jednoznacznie oświadczył, że cena obliczona została na podstawie SIWZ oraz w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w treści odwołania wskazał na brak możliwości automatyzacji określonych pozycji. Jednakże, jak zostało wskazane na rozprawie przez Przystępującego, w zakresie punktów 29.4, 30.1 i 30.4 opisanych w treści odwołania (testowanie i wprowadzanie aktualizacji bezpieczeństwa, utrzymywanie, rekonfiguracje i strojenie bazy danych, testowanie i wprowadzanie aktualizacji bezpieczeństwa), punkty te dotyczą zdarzeń reaktywnych, a więc takich, gdy Zamawiający zażąda takiego działania i tak jak wskazano w treści odpowiedzi Zamawiającego z dnia 11 lutego 2019 roku jest to około 50 zgłoszeń rocznie. Powyższe nie wskazuje na znaczącą ilość i oznacza, że Odwołujący mógł przyjąć wartości zawyżone. Przystępujący wskazał także, że w zakresie pkt. 29.5 (zarządzanie kopiami zapasowymi) system jest zautomatyzowany w całości. Wyjaśnił, że np. w zakresie zmiany haseł odbywa się to automatycznie - istnieje możliwość automatycznego ustawienia, co przeczy twierdzeniom Odwołującego, że wymaga to czasu pracy personelu informatycznego, a wręcz wskazuje na błędne założenia w kalkulacji dokonanej przez Odwołującego.

Powyższe okoliczności wskazują, że nie można uznać, że oferta Wykonawcy Infomex sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę i z tego powodu powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Okoliczność, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Infomex sp. z o.o. są w ocenie Odwołującego są zbyt ogólne i niedoskonałe nie oznacza, że cena zaoferowana jest rażąco niska. Odwołujący nie wykazał, aby zamówienia nie można było zrealizować za wskazaną cenę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba do kosztów postępowania zaliczyła także koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę w wysokości 300 zł (na podstawie przedstawionego w trakcie rozprawy biletu kolejowego).

Przewodniczący:

.....