

Sygn. akt KIO 2244/16

WYROK
z dnia 14 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2016 r. przez ASSECO Poland S. A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Ośrodek Doradztwa Rolniczego w Warszawie

przy udziale OPEGIEKA Sp. z o.o. w Elblągu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża ASSECO Poland S. A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ASSECO Poland S. A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Ośrodek Doradztwa Rolniczego w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie i wdrożenie systemu informatycznego na potrzeby działalności operacyjnej w Mazowieckim Ośrodku Doradztwa Rolniczego w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 lipca 2016 r. pod numerem 2016/S 146-264877. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Asseco Poland S.A. w Rzeszowie wniósł odwołanie 28 listopada 2016 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez OPEGIEKA Sp. z o.o. w Elblągu pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia OPEGIEKA Sp. z o.o. z postępowania w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
3. art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty OPEGIEKA Sp. z o.o. za odrzuconą;
4. z ostrożności procesowej art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechania wezwania OPEGIEKA Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania warunku udziału dotyczących posiadanego doświadczenia i wiedzy oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty OPEGIEKA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
3. wykluczenia OPEGIEKA Sp. z o.o. w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
4. odrzucenia oferty złożonej przez OPEGIEKA Sp. z o.o.;

5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
6. z ostrożności procesowej do wezwania OPEGIEKA Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania warunku udziału dotyczących posiadanego doświadczenia i wiedzy oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż obliczenie przez OPEGIEKA Sp. z o.o. ceny ofertowej na tak niskim poziomie wynika z tego, że w ofercie nie została uwzględniona kalkulacja 49 miesięcy gwarancji na system dedykowany a wykonawca nie doszacował liczby osób niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia tj. systemu dedykowanego. Wywiódł, że cena zasadniczo opiera się o koszty osobowe, zaś zamawiający wymagał wysokich kwalifikacji osób realizujących zamówienie, co ma zasadniczy wpływ na koszt utrzymania takiego zespołu.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający zamawia oprogramowanie dedykowane, którego funkcje są specyficzne dla danego zamawiającego. Oznacza to, iż funkcjonalność oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia należy w całości wytworzyć w trakcie realizacji projektu. Odwołujący uznał, że najniższy średnioważony koszt pracownika (uwzględniający wynagrodzenia brutto pracownika i opłatę na ZUS ponoszoną przez pracodawcę oraz koszt zapewnienia miejsca pracy) wynosi 8200 zł i ocenił, że minimalny koszt osobowy realizacji przedmiotu zamówienia to 8200 zł brutto przez 13 miesięcy przez 5 osób to 533 000 zł brutto. Do kosztów osobowych na wykonanie oprogramowania dedykowanego należy jeszcze wliczyć przynajmniej koszty gwarancji na 49 miesięcy, która można szacować jako 20% kosztów wytworzenia oprogramowania dedykowanego w roku 1, 15% w roku 2, 10% w roku 3 i 4. Łącznie daje to kwotę 826150 zł brutto co przekracza kwotę oferty OPEGIEKA sp. z o. o.

Odwołujący podkreślił, że cena jego oferty również jest niższa niż powyżej wyliczona to jednak w swych wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty wskazał wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia dające możliwości złożenia tak konkurencyjnej cenowo oferty.

Zarzucił, że podana przez OPEGIEKA Sp. z o. o. usługa referencyjna „Zakup oprogramowania narzędziowego GIS do prowadzenia baz danych w ramach systemu informacji geograficznej oraz zakup oprogramowania do utworzenia metadanych dla serii oraz zbiorów danych o obiektach rolniczych oraz akwakultury (...)” dla zamawiającego - „Instytut Technologiczno - Przyrodniczy Falenty” nie spełnia wymagania SIWZ, rozdział III, pkt 3.1.2. Argumentował, że wynagrodzenie łączne Etapów 1, 2 i 3 w dla powyższej usługi to zgodnie z zapisem na stronie 14 oferty OPEGIEKA Sp. z o. o. 818 287,01 złotych brutto i tylko maksymalnie 30% tej kwoty (wynagrodzenie za Etap I i II) może być zaliczone na poczet „usługi związanej z wdrożeniem systemu informatycznego z obszaru rolnictwa” co

powoduje, iż usługa ta nie może być uznana za usługę spełniającą warunek „wartości nie mniejszej niż 600 000 zł brutto”. W konsekwencji OPEGIEKA sp. z o.o. w tym zakresie złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania, co skutkuje obligatoryjnym wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto podniósł, że przewidziany do roli Kierownika Projektu Pan K. P. nie spełnia wymagania rozdziału III pkt 3.1.3 lit. a) SIWZ, gdyż nie posiada certyfikatu Prince 2 Practitioner, ponieważ nie figuruje w bazie osób certyfikowanych APMG. Odwołujący zarzucił, że również w tym zakresie OPEGIEKA Sp. z o.o. złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na - wynik postępowania.

Jeśli Izba nie uznałaby spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, to odwołujący żądał wezwania OPEGIEKA Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie zakwestionowanych warunków, ponieważ wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca OPEGIEKA Sp. z o.o. w Elblągu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący wycofał zarzut dotyczący niewykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przystępujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba pominęła ustalenia dotyczące posiadania przez Pana K. P. certyfikatu wymaganego przez zamawiającego. Zarzut ten został wycofany przez odwołującego i nie podlegał rozpoznaniu.

W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert:

1. przystępujący OPEGIEKA Sp. z o.o. w Elblągu z ceną 558 420,00 zł brutto i okresem gwarancji 49 m-cy;
2. odwołujący ASSECO Poland S.A. w Rzeszowie z ceną 736 770,00 zł brutto i okresem gwarancji 49 m-cy;
3. INFOMEX Sp. z o.o. w Żywcu z ceną 1.132 707,00 zł brutto i okresem gwarancji 49 m-cy;
4. Konsorcjum firm: COMARCH Polska S.A. w Krakowie, COMARCH S.A. w Krakowie z ceną 1.475.323,50 zł brutto i okresem gwarancji 49 m-cy;
5. BITCOMP Polska Sp. z o.o. w Poznaniu z ceną 1.774. 506,24 zł brutto i okresem gwarancji 50 m-cy;

6. QUMAK S.A. w Warszawie z ceną 1.845.000,00 zł brutto i okresem gwarancji 49 m-cy.

7. PANTACOMP Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie z ceną 2.958.150,00 zł brutto i okresem gwarancji 49 m-cy.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1.495. 488,00 zł netto w dniu 25.07.2016 r. na podstawie: założeń do projektu „Rozwój e-usług w Mazowieckim Ośrodku Doradztwa Rolniczego 2.0”, realizowanego zgodnie z Działaniem 2.1 RPO WM 2014-2020 (harmonogram rzeczowo-finansowy do ww. projektu, sporządzony na podstawie średnich cen rynkowych).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 1.839.450,24 zł brutto.

Pismami z dnia 18 października 2016 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego i przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

W wyznaczonym terminie wezwani wykonawcy udzielili wyjaśnień, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W rozdziale III pkt 3.1.2 SIWZ zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego doświadczenia i wiedzy wymagał, aby wykonawca wykonał co najmniej 1 usługę związaną z wdrożeniem systemu informatycznego z obszaru rolnictwa o wartości nie mniejszej niż 600 000 zł brutto.

W odpowiedzi OPEGIEKA Sp. z o. o. wskazał usługę „Zakup oprogramowania narzędziowego GIS do prowadzenia baz danych w ramach systemu informacji geograficznej oraz zakup oprogramowania do utworzenia metadanych dla serii oraz zbiorów danych o obiektach rolniczych oraz akwakultury (...) dla zamawiającego Instytutu Technologiczno – Przyrodniczego w Falentach.

Z powołanych przez odwołującego postanowień SIWZ dla tego postępowania wynika, że wykonawca był zobowiązany podać cenę za każdy z trzech etapów zamówienia. Etapy te są wymienione w rozdziale III punkt II SIWZ:

„Etap 1 - dostawa i instalacja oprogramowania w terminie nie później niż 14 dni od daty podpisania umowy;

Etap 2 - konfiguracja systemu w terminie nie później niż 14 dni od daty odebrania Etapu I;

Etap 3 - wdrożenie systemu, w tym szkolenia w terminie do 20 grudnia 2013 roku.”

W rozdziale VI pkt 8 SIWZ dla tego postępowania wynika, że cena za poszczególne etapy powinna być nie większa niż 70% za Etap 1, nie większa niż 10% za Etap 2 i nie większa niż 20% za Etap 3.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania, da odwołującemu, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności po ofercie przystępującego, możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp sprowadzało się do oceny wyjaśnień udzielonych przez przystępującego. Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę stanowią podstawowy dowód w postępowaniu odwoławczym dotyczącym badania ceny oferty i – w sytuacji, gdy są one rzetelne, szczegółowe i wiarygodne – brak jest podstaw do uznania, że wykonawca, który udzielił wyjaśnień, a nie załączył do nich dodatkowych dowodów, złożył ofertę z ceną rażąco niską.

Izba oceniła wyjaśnienia przystępującego, również przez porównanie ich z wyjaśnieniami odwołującego. Odwołujący bowiem w toku rozprawy odwoływał się do wyjaśnień ceny oferty, których udzielił zamawiającemu, dla wykazania zaniżenia ceny oferty przez przystępującego.

Ocena tych wyjaśnień doprowadziła Izbę do przekonania, że zamawiający prawidłowo uznał, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa można jedynie w sposób ogólny stwierdzić, że wyjaśnienia te wskazują na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, umożliwiające obniżenie ceny oferty, są szczegółowe i umotywowane. Nie ma podstaw, by uznać je za nierzetelne, potwierdzające fakt zaniżenia ceny oferty.

Obaj wykonawcy stwierdzili w czasie rozprawy, że dysponują oprogramowaniem, które mogą zaoferować zamawiającemu. Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego właśnie ta okoliczność stanowi o możliwości znaczącego obniżenia ceny ofertowej, a jest ona wspólna obu wykonawcom. W tej sytuacji czynnikiem różnicującym cenę jest wynagrodzenie osób niezbędnych do wykonania zamówienia.

W tym aspekcie przystępujący udzielił zamawiającemu wyjaśnień, które w większym stopniu niż wyjaśnienie odwołującego poddają się kontroli w postępowaniu odwoławczym. Przystępujący wskazał wysokość tych wynagrodzeń oraz podstawę do ich szacunku, które Izba uznała za godne wiary.

Dowody złożone przez odwołującego nie skłaniają do tezy przeciwnej. Raporty dotyczące wynagrodzeń w sektorze usług informatycznych zawierają dane uśrednione, w rzeczywistości wynagrodzenia te kształtują się na niższym, bądź wyższym poziomie. Oczywistym jest dla Izby, że skoro w niektórych rejonach Polski poziom wynagrodzeń jest generalnie niższy, to również niższe wynagrodzenia otrzymają osoby zatrudnione przy wykonywaniu usług informatycznych.

Twierdzenie odwołującego, że powinno się przyjąć koszt osobowy (uwzględniający wszystkie koszty osobowe i materiałowe związane z zatrudnieniem) kształtuje się na poziomie 9.200 zł nie zostało udowodnione. Podobnie gołosłowne okazały się być twierdzenia o udziale kosztów gwarancji w cenie oferty. Artykuły w języku angielskim nie mogą być dowodem na twierdzenie przeciwne, a dokonanie tłumaczenia wyimków z tych tekstów nie stanowi spełnienia wymagania zawartego w § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964). Przepis ten nakazuje złożenie tłumaczenia dokumentu, a nie jego wybranej części.

Wymagania zamawiającego opisane w SIWZ nie dają podstaw do twierdzenia, że do świadczenia usług gwarancyjnych niezbędny będzie personel delegowany wyłącznie do świadczenia usług na rzecz zamawiającego w całym okresie gwarancyjnym.

O sposobie kalkulacji ceny nie mogą przesądzić wymagania stawiane przez innego zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w postanowieniach SIWZ w postępowaniu na zakup usługi utrzymania oraz rozwoju systemu monitorowania kredytów inwestycyjnych z dopłatami ARMiR, skoro w badanym postępowaniu zamawiający nie sformułował takich wymagań.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego. Podzielono również pogląd zamawiającego, że wyjaśnienia odwołującego nie różnią się w istocie (poza wskazanym przez Izbę wyjątkiem możliwości kontroli wynagrodzenia specjalistów) zarówno w warstwie argumentacyjnej, jak i stopnia szczegółowości. Dokonując oceny wyjaśnień zamawiający nie naruszył zatem art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdziły się również zarzuty dotyczące nie spełnienia przez przystępującego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Przyjęcie argumentacji odwołującego

sprowadzałoby się do zawężenia warunków udziału w postępowaniu po terminie otwarcia ofert.

Izba dostrzegła przede wszystkim, że w SIWZ zamawiający nie wymagał usługi wdrożenia systemu informatycznego z obszaru rolnictwa o określonej wartości, a usługi związanej z wdrożeniem takiego systemu. Zasady zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp sprzeciwiają się temu, aby oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie treści, które nie zostały jasno zapisane w dokumentach postępowania. W szczególności zasada przejrzystości stoi na straży literalnej wykładni wymagań zamawiającego.

Izba nie miała wątpliwości, że usługą zakupu oprogramowania narzędziowego GIS do prowadzenia baz danych w ramach systemu informacji geograficznej oraz zakup oprogramowania do utworzenia metadanych dla serii oraz zbiorów danych o obiektach rolniczych oraz akwakultury (...)” dla zamawiającego Instytutu Technologiczno – Przyrodniczego w Falentach jest usługą związaną z wdrożeniem systemu informatycznego, jako że wdrożenie oferowanego oprogramowania stanowiło etap wykonania umowy.

W konsekwencji przystępujący nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji oferta przystępującego nie powinna być uznana za odrzuconą. Skoro przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu brak jest podstaw do uzupełnienia złożonych przez niego dokumentów. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 ust. 3 (prawidłowo mając na uwadze stan prawny według którego toczy się postępowania art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp) , art. 24 ust. 4 i art. 26 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba nie przyznała kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, gdyż zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) może to nastąpić wyłącznie na podstawie rachunku, którego zamawiający nie złożył. W tej sytuacji orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego może dotyczyć wyłącznie wpisu od odwołania.

Przewodniczący: