

Sygn. akt: KIO 1664/15

## WYROK

z dnia 13 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 sierpnia 2015 r.** przez wykonawcę **ITTI sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Polska Cyfrowa**

przy udziale **wykonawcy Infovide – Matrix S.A.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę ITTI sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**
  - i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ITTI sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2 zasądza od **wykonawcy ITTI sp. z o.o.** na rzecz **zamawiającego Centrum Projektów Polska Cyfrowa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 3 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ITTI sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Centrum Projektów Polska Cyfrowa (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ oraz że Odwołujący nie wykazał na czym polegają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne specjalnie dla niego, przez co Zamawiający niezasadnie uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo iż Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny i wykazał, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
2. Art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie przedstawił dostatecznie wyczerpującej kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności Odwołujący nie wykazał na czym polegają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne specjalnie dla niego i na tej podstawie odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że obowiązujące przepisy nie wymagają bezwzględnie, że w każdym wyjaśnieniu wykonawca ma obowiązek wykazać na czym polegają wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne specjalnie dla niego;
3. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp dokonanie wyboru oferty firmy INFOVIDE-MATRIX S.A., mimo iż przedmiotowa oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności oceny ofert, wyboru oferty INFOVIDE - MATRIX S.A. jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego; (ii) powtórzenie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu; (iii) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż złożył ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę wykonania ekspertyzy badawczej w przedmiocie integracji rejestrów publicznych w Polsce” - Nr postępowania: ZP/10/2015.

Odwołujący wskazał, że w dniu 24 czerwca 2015 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego się „WEZWANIE DO WYJAŚNIEŃ TREŚCI OFERTY”, w którym to wezwaniu wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 1 lipca 2015 r.

*Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozstrzygnięcia przetargu, „w opinii Zamawiającego, Wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ, w tym min., kosztów: - dodatkowych ekspertów dedykowanych do realizacji zadania, - dodatkowych rejestrów podlegających badaniu, powyżej minimum określonego przez Zamawiającego.” Stanowisko to wynika w ocenie Zamawiającego z faktu, że ponieważ Odwołujący oprócz 6 ekspertów „podstawowych” wskazał w złożonej przez siebie ofercie również 4 ekspertów dodatkowych dedykowanych do realizacji zadania, to Zamawiający założył i oszacował, że „skalkulowano je jedynie dla około 4 ekspertów z 6 wskazanych w ofercie, czyli jedynie ekspertów z listy podstawowej (435 roboczodni + 121 - czyli liczbę dni realizacji zamówienia) z zastrzeżeniem, że również nie dla wszystkich wymaganych w SIWZ.” 7. W ocenie Zamawiającego oznacza to, że „Wykonawca nie uwzględnił zatem w szczegółowej kalkulacji kosztów wszystkich ekspertów (zarówno z tzw. listy podstawowej oraz listy osób dodatkowych). Przyjmując wyliczenia przedstawione przez wykonawcę, kwota wynagrodzenia eksperta przy uśrednionym czasie realizacji zamówienia wynoszącym 100 dni, przemnożona przez liczbę ekspertów wynoszącą 10 powinna wynosić około 1000 roboczodni - co przy stawce wskazanej przez Wykonawcę powinno oscylować wokół kwoty o ponad 200 000,00 zł wyższej niż podana w ofercie Wykonawcy.”

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest absolutnie błędne. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że stawiając tezę (oczywiście niezasadną), że Odwołujący skalkulował pracę nie dla wszystkich ekspertów wymaganych w SIWZ, Zamawiający powinien był wskazać inną podstawę swojej decyzji i dokonać wykluczenia Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) lub ewentualnie pkt 3) ustawy Pzp a nie odrzucać jego oferty na podstawach wskazanych w piśmie z 23.07.2015 r. W ocenie Odwołującego argument Zamawiającego oznacza bowiem, że Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że w istocie Odwołujący nie zapewnia wymaganych w SIWZ 6-ciu ekspertów, co stanowi podstawę do wykluczenia Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp (Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu), ewentualnie na podstawie art. 24 ust.

2 pkt 3) ustawy Pzp (Odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania).

Po drugie Odwołujący wskazał, iż całkowicie niezasadne jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym szacując termin realizacji zamówienia na około 100 dni roboczych (121 dni kalendarzowych wskazanych w pkt V na stronie 4 SIWZ) przyjmuje, że łączna czasochłonność dla 10 ekspertów winna wynosić 1000 godzin roboczych (10x100). W ocenie Odwołującego Zamawiający niezasadnie zakłada bowiem, że każdy ekspert musi zajmować się pracą na potrzeby realizacji zamówienia przez cały dzień i przez wszystkie dni przeznaczone na czas realizacji projektu. Jednak należy zwrócić uwagę, że postanowienia SIWZ nie stawiają takiego wymagania. To że Zamawiający przeznacza na realizację zamówienia określony czas (którego i tak nie sposób było dokładnie policzyć na etapie składania oferty, albowiem termin ten uzależniony jest od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i w skrajnym przypadku mógł okazać się krótszy niż 121 kalendarzowych: „Termin realizacji zamówienia - całość zamówienia zostanie zrealizowana w terminie 121 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy jednak nie później niż do dnia 27 listopada 2015 roku.” nie może oznaczać, że czas ten stanowi ścisły wyznacznik czasu zatrudnienia ekspertów na potrzeby kalkulacji.

Ponadto Odwołujący wskazał, że na dzień wniesienia odwołania okres pozostały do 27 listopada 2015 r. to 116 dni kalendarzowych (co przy obecnych uwarunkowaniach związanych z konkretną datą zakończenia projektu oznacza zaledwie 83 dni robocze), a więc termin 121 dni kalendarzowych nie byłby możliwy do dotrzymania nawet, gdyby Odwołujący się nie wniósł niniejszego odwołania, co dodatkowo pokazuje wadliwość szacowania ze strony Zamawiającego. Zamawiający winien był zresztą mieć świadomość powyższych uwarunkowań i wynikających z nich ograniczeń w dniu 23 lipca 2015 r. gdy przygotowywał rozstrzygnięcie postępowania, albowiem już wtedy wiedział, że żaden z wykonawców nie będzie miał 121 dni kalendarzowych na wykonanie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego nawet uśrednione wyliczenia Zamawiającego są obarczone błędem. 435 roboczodni oznacza bowiem pełne (8 godzin dziennie) zaangażowanie więcej niż 5 ekspertów ( $435:83=5,2$ ). Nie jest więc prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że w jego ocenie kalkulacja mogła obejmować tylko 4 ekspertów.

Odwołujący wskazał, że żaden z zapisów SIWZ nie wymaga, by każdy z ekspertów był zaangażowany przy realizacji projektu przez cały dzień i przez wszystkie dni prowadzonego projektu. Odwołujący, kierując się swoim wieloletnim doświadczeniem w realizacji tego typu projektów wyliczył, że wielkość 435 roboczodni pracy ekspertów jest wielkością wystarczającą

dla zrealizowania tego projektu. Należy przy tym pamiętać, że roboczodzień oznaczający 8 godzin pracy dziennie jest pewnego rodzaju jednostką umowną i 1 roboczodzień pracy eksperta może oznaczać, że dany ekspert pracuje jednego dnia przez 8 godzin, a drugiego dnia zajmuje się innym projektem, jaki i również to, że ekspert ten pracuje po 4 godziny dziennie przez dwa dni. W obydwu przypadkach uzyskamy zaangażowanie eksperta na poziomie jednego roboczodnia pracy.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał na stosowaną przez niego stawkę za godzinę pracy eksperta a nie roboczodzień. Oznacza to, że wynikający stąd koszt osobowy wynagrodzenia ekspertów podany w wyjaśnieniach, to rzeczywisty koszt realizacji zakładanych przez Odwołującego czynności niezbędnych do wykonania projektu na poziomie eksperckim.

W ocenie Odwołującego nie można również godzić się z zarzutem Zamawiającego, że: „Należy w tym miejscu nadmienić, że zgodnie z opisem zawartym w SIWZ i zadeklarowanym przez Wykonawcę zwiększeniem zakresu przedmiotu zamówienia (poprzez zbadanie większej liczby rejestrów i delegowaniem łącznie 10 członków zespołu eksperckiego) koszty te powinny zostać uwzględnione w kalkulacji Wykonawcy, gdyż rozszerzenie zakresu badania o ww. elementy, jest kluczowe dla Zamawiającego, a co za tym idzie jest strategiczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.” W ocenie Odwołującego, wbrew bowiem stanowisku Zamawiającego, opartym tylko i wyłącznie o błędnie przeprowadzoną kalkulację czasu zaangażowania ekspertów niezbędnego do wykonania projektu przyjmuje On, że szacunek czasu pracy przedstawiony w wyjaśnieniach Odwołującego nie obejmuje dodatkowych rejestrów ani dodatkowych ekspertów. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, że wbrew temu co zdaje się wynikać z argumentacji Zamawiającego, zaoferowanie wykonania badań dodatkowych rejestrów nie było powiązane z obowiązkiem zaoferowania dodatkowych ekspertów i na odwrót - możliwe było zaoferowanie dodatkowych ekspertów bez wykonywania zwiększenia zakresu prac o dodatkowe rejestry. Oznacza to, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający dopuszczał i musiał zakładać możliwość wykonania pracy do 27 listopada 2015 r. w zakresie nie większym niż 121 dni obejmującej wykonanie badań dodatkowej liczby rejestrów przez zespół wymagany w SIWZ, a więc tylko 6 ekspertów.

W ocenie Odwołującego niezasadne jest także stwierdzenie Zamawiającego, że: „Nie bez znaczenia pozostaje tutaj również odległość dzieląca siedzibę Wykonawcy, tj. Poznań i siedzibę Zamawiającego - Warszawę oraz fakt, że Warszawa jest miejscem lokalizacji większości rejestrów podlegających badaniu. Rozmiar kosztów przejazdu, noclegów i delegacji do siedziby Zamawiającego lub siedzib lokalizacji rejestrów poddanych badaniu jest

znaczący i powinien zostać bardziej precyzyjnie rozpisany w szczegółowej kalkulacji (Wykonawca na rozpisanie tej pozycji poświęcił niewielki akapit swojego uzasadnienia). Zakładając, że koszty bezpośrednie oraz pośrednie zostały skalkulowane jedynie dla ok. 4 osób, należy przyjąć, że ta pozycja kalkulacji również nie została prawidłowo wyliczona przez Wykonawcę.” Odwołujący podkreślił, że żadne przepisy ani żadne znane stanowisko literatury czy orzecznictwa nie wskazują na obowiązek wyliczenia przewidywanych kosztów delegacji w postaci precyzyjnie rozpisanej szczegółowej kalkulacji. Obowiązkiem Odwołującego było wykazanie, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska i temu winny służyć składane przez wykonawców wyjaśnienia i szczegółowość danych w nich zawartych. Tymczasem z rozstrzygnięcia Zamawiającego wydaje się wynikać wniosek, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia przez Odwołującego szczegółowego kosztorysu z podaniem, rozpisaniem i udowodnieniem najdrobniejszego kosztu jaki może zostać poniesiony przez wykonawcę, jak np. kosztami delegacji, z rozbiciem na noclegi, przejazdy i diety. W ocenie Odwołującego tak daleko idące oczekiwanie Zamawiającego nie jest uzasadnione celem wezwania, z którego na marginesie oczekiwanie kalkulacji szczegółowej nie wynikało. Dokonując oceny poziomu szczegółowości wyjaśnień wykonawcy nie można abstrahować od celu którym te wyjaśnienia służą. Odwołujący wskazał, że opisał w swoich wyjaśnieniach m.in. sposób podejścia do systemu delegacji co powinno wyjaśnić sposób redukcji kosztów w tym zakresie. Nie ma jednak żadnych podstaw by wymagać od wykonawców (i to na dodatek nie precyzując tego w wezwaniu) niemal detalicznego rozpisania najdrobniejszego kosztu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach Odwołujący się wskazał pozycję „Narzut” obejmujący pozostałe koszty bezpośrednie oraz koszty pośrednie, która to kwota służy m.in. finansowaniu kosztów delegacji. Wysokość narzutu jest na tyle znacząca w całym budżecie projektu, że nie powinna budzić żadnych wątpliwości Zamawiającego co do jej prawdziwości, rzetelności i możliwości pokrycia kosztów delegacji, Zwłaszcza, o czym nie należy zapominać, że praca ekspertów nie sprowadza się do codziennych wyjazdów każdego z nich z Poznania do Warszawy przez wszystkie ok 100 dni robocze prowadzenia projektu. Jak wynika z wyjaśnień Odwołujące, prace nie obejmują wyłącznie spotkań na terenie Warszawy, a część projektu będzie mogła być realizowana zdalnie.

Odwołujący nie zgodził się również ze stanowiskiem Zamawiającego, że: „Przedstawione przez Wykonawcę w treści wyjaśnień twierdzenia są zbyt ogólnikowe, lakoniczne i nie usuwają swoim uzasadnieniem wątpliwości Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca w większej części swoich wyjaśnień odnosi się jedynie do ofert innych firm, z którymi konkuruje na rynku oraz przywołuje kwoty z postępowań innych zamawiających, w których jego oferta okazała się najkorzystniejsza.”

W ocenie Odwołującego niezależnie od odniesienia się do ofert innych firm, w pkt 2 swoich wyjaśnień Odwołujący przedstawił Zamawiającemu komplet danych niezbędnych do weryfikacji ceny oferty Odwołującego. Należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia oszacowania wysokości ceny, przedmiot zamówienia w niniejszym przetargu jest rutynowym działaniem doradczym i odbiega od przetargów, których przedmiotem są np. dostawy lub inne bardziej złożone usługi. Składa się na niego koszt (wynagrodzenie) ekspertów, wyliczony w oparciu o czas realizacji projektu oraz koszty dodatkowe przygotowania i sporządzenia opracowania (wykonanie ekspertyzy badawczej), które obejmują warsztat pracy ekspertów, wyjazdy i sporządzenia samego dokumentu (np. koszty druku). Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach przedstawił wszystkie te elementy podając stawkę za godzinę pracy eksperta, łączny czas pracy ekspertów a także koszty pośrednie i marże na projekcie. Gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do wysokości tej stawki wystarczy pomnożyć jej wysokość przez liczbę godzin pracy w miesiącu (168 godzin) by sprawdzić, że osiągnięta w ten sposób kwota miesięcznego wynagrodzenia jest absolutnie wiarygodna i w żadnym wypadku nie zaniżona. Dodatkowo z wyjaśnień Odwołującego oraz ze złożonej przez niego oferty wynika jasno, że Odwołujący korzysta z własnych zasobów kadrowych, co eliminuje koszty pośrednictwa podmiotów udostępniających zasoby. Tymczasem z wywodów Zamawiającego pośrednio zdaje się wynikać, że oczekiwał on niemal przedstawienia umów o pracę celem uwiarygodnienia podanych w wyjaśnieniach stawek. Takie oczekiwanie, w ocenie Odwołującego, stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w tajemnicę i to nie tylko tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców ale i tajemnicę wysokości zarobków samych pracowników.

Z tego samego względu, w ocenie Odwołującego, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że: „Nie bez znaczenia pozostaje tutaj również odległość dzieląca siedzibę Wykonawcy, tj. Poznań i siedzibę Zamawiającego — Warszawę oraz fakt, że Warszawa jest miejscem lokalizacji większości rejestrów podlegających badaniu. Rozmiar kosztów przejazdu, noclegów i delegacji do siedziby Zamawiającego lub siedzib lokalizacji rejestrów poddanych badaniu jest znaczący i powinien zostać bardziej precyzyjnie rozpisany w szczegółowej kalkulacji. Na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie wymagał od Odwołującego przedstawienia precyzyjnej kalkulacji zawierającej drobiazgowo rozliczenie wszystkich kosztów i planowanych wydatków. Wymagania takiego nie ma również w SIWZ ani w ustawie.

W opinii Odwołującego oczekiwanie Zamawiającego wykazania przez Odwołującego na czym polega wyjątkowo sprzyjający charakter realizacji zamówienia, który pozwalała mu zastosować niższe stawki, które w sposób szczególny sprzyjają realizacji tego zamówienia: „Co prawda Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach, odniósł się do stawek stosowanych u konkurencji



podając, że są najwyższymi stawkami na rynku, jednak nie uprawdopodobnił że swojej strony na czym polega wyjątkowo sprzyjający charakter realizacji zamówienia, który pozwala mu zastosować niższe stawki, które w sposób szczególny sprzyjają realizacji tego zamówienia” jest o tyle niezasadne, że w sytuacji Odwołującego się nie zachodzą żadne szczególne okoliczności ani wyjątkowy „sprzyjający charakter realizacji zamówienia”. Odwołujący wskazał, że w tym właśnie celu Odwołujący przedstawił Zamawiającemu analizy cen z innych postępowań przetargowych w których wykazywał, że różnice w cenach między Odwołującym a konkurencją są zjawiskiem częstym, normalnym i nie wiążącym się z żadnymi szczególnymi uwarunkowaniami. Odwołujący wskazał, że jest firmą mniejszą od swoich konkurentów, najprawdopodobniej o mniejszych kosztach i zatrudniającą ekspertów o nie gorszych kwalifikacjach ale za mniejsze pieniądze niż np. w Warszawie, co jest faktem absolutnie notoryjnym. Z tego względu, w ocenie Odwołującego, po pierwsze oczekiwanie przez Zamawiającego na wykazanie owych specyficznych okoliczności było nieuzasadnione, po drugie oczekiwanie to było również nieuprawnione, albowiem cytowany przez Zamawiającego przepis nakazuje zamawiającym zwrócić się o udzieleni wyjaśnień; przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawiera otwarty katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny, a wykonawca może wykazać brak rażąco niskiej ceny w dowolny sposób i dowolną argumentacją, co uczynił Odwołujący w postępowaniu.

*Naruszenie art. 91 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp*

Odwołujący wskazał, że naruszenie powyższych przepisów nastąpiło poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty firmy INFOVIDE-MATRIX S.A., mimo iż przedmiotowa oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Zważywszy, że w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w postępowaniu oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą albowiem w oferowana przez Odwołującego cena ofertowa jest najniższa spośród wszystkich złożonych ofert, a w odniesienie do pozostałych kryteriów oferta Odwołujące winna uzyskać tyle samo punktów, co pozostałe oferty, w świetle bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, decyzja Zamawiającego w kwestii sposobu zakończenia postępowania była wadliwa.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 092 – 165832 z dnia 13 maja 2015 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) protokół postępowania przetargowego

na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iv) wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 24 czerwca 2015 r. skierowane do Odwołującego oraz wyjaśnienia Odwołującego z dnia 1 lipca 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (v) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lipca 2015 r. na okoliczność ustalenia podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę wykonania ekspertyzy badawczej w przedmiocie integracji rejestrów publicznych w Polsce” - Nr postępowania: ZP/10/2015”.

Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 1.092.000 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający określił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 1.343.160 zł brutto. Kryteriami oceny ofert była cena o wadze 35%; deklarowany zbiór systemów teleinformatycznych poddany badaniom 45%; liczba ekspertów oddelegowanych do realizacji zamówienia 20%.

Przed upływem terminu składania ofert zostały złożone 4 oferty z następującymi cenami:

1. Centrum Udostępnienia Dokumentów sp. z o.o. – cena 819.918 zł brutto;
2. CA Consulting S.A.- cena 832.304,10 zł brutto;
3. KPMG Advisory sp. z o.o. sp.k.- cena 979.080 zł brutto;
4. Infovide – Matrix S.A. – cena: 746.610 zł brutto;
5. ITTI sp. z o.o. – cena 363.957, 00 zł brutto.

Odwołujący zadeklarował w ofercie czterech dodatkowych ekspertów do realizacji zamówienia oraz przedłożył listę dodatkowych rejestrów podlegających badaniu, powyżej minimum określonego przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 24 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Pismem z dnia 1 lipca wykonawca złożył wyjaśnienia. Treść wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 23 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Infovide – Matrix S.A. Oferta Odwołującego została odrzucana na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, że zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, które przykładowo zostały podane przez ustawodawcę w przywołanym przepisie. To bowiem na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wskazać dalej należy, że w świetle art. 90 ust. 1 zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności.

Dalej podkreślenia wymaga, że w kontekście omawianego zarzutu konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej Zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m. in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy w pierwszej kolejności, iż cena zaoferowana przez Odwołującego za realizację zamówienia wyniosła 27% budżetu Zamawiającego oraz była niższa o 48% od średniej wartości ofert złożonych w postępowaniu. Powyższe różnice cenowe wzbudziły zasadne wątpliwości Zamawiającego, który wezwał wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W ocenie Izby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdziły, że cena za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 uprawnia zamawiającego do żądania wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Bezspornym w omawianym stanie faktycznym jest to, że w swojej ofercie Odwołujący zobowiązał się do wykonania zamówienia z pomocą 6 ekspertów podstawowych wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, jak również zadeklarował wykonanie zamówienia z pomocą czterech ekspertów dodatkowych, za których Zamawiający przyznał mu punkty dokonując oceny oferty. Niewątpliwie praca ekspertów zarówno

podstawowych jak i dodatkowych jest kluczowym czynnikiem kosztu - twórczym w realizacji zamówienia i jej wycena winna zostać poddana dokładnej analizie przez Zamawiającego w przypadku podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. W omawianym stanie faktycznym, w treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień powyższy czynnik kosztu- twórczy nie został, w ocenie Izby, dostatecznie wyjaśniony. Innymi słowy Odwołujący nie przedłożył konkretnej, jasnej i wystarczającej analizy kosztów związanych z zaangażowaniem 10 ekspertów. Treść wyjaśnień ogranicza się wyłącznie do wskazania określonej liczby roboczodni, stawki za roboczogodzinę oraz stawki za roboczodzień. Jednakże w treści wyjaśnień wykonawca nie przedstawił żadnej analizy leżącej u podstaw przyjętych założeń. Jak wskazał Zamawiający przewidziana przez Odwołującego liczba godzin na realizację zamówienia jest o 50% niższa niż ta zakładana przez Zamawiającego. W treści wyjaśnień brak jest jakiegokolwiek wiarygodnego uzasadnienia powyższej różnicy. Za takie nie sposób uznać oświadczenia wykonawcy, iż przyjęta liczba roboczodni wynika z doświadczenia wykonawcy. Dopuszczając takie uzasadnienia Zamawiający pozbawiany byłby możliwości weryfikacji realności zaoferowanej ceny bowiem wykonawca zawsze powoływałby się na swoje doświadczenia. Zadaniem wykonawcy jest wykazanie w jaki sposób obliczył liczbę roboczodni, co legło u podstaw takiego założenia, jaki tryb pracy został przewidziany, jaka metodyka pracy i analizy rejestrów została założona umożliwiając szybszą i efektywną pracę. Gdyby poprzestać wyłącznie na gołosłownym stwierdzeniu wykonawcy, iż wszystko zostało obliczone na podstawie posiadanego doświadczenia, wówczas mógłby on wpisać dowolną liczbę roboczodni 100, 200 i nadal twierdzić, iż opiera się na swoim doświadczeniu. Nie taki jest jednak sens wyjaśnień. Z ich treści winno wynikać jakie czynniki wykonawca wziął pod uwagę określając liczbę roboczodni i w jaki sposób wpływają one na cenę. Podkreślić również należy, że z treści złożonych wyjaśnień nie wynika czy wszyscy eksperci będą pracować wyłącznie w 8 – godzinnym trybie pracy, czy wykonawca uwzględnił koszt ewentualnych nadgodzin, w jaki sposób zostały skalkulowane koszty ekspertów, którymi Odwołujący dysponuje na podstawie umów cywilno – prawnych. Elementem oferty wpływającym w zasadniczy sposób na zaoferowaną cenę jest koszt wynagrodzenia ekspertów. Z treści wyjaśnień Zamawiający winien mieć wiedzę w jaki sposób ten koszt został obliczony dla deklarowanych ekspertów. Odwołujący takiej informacji nie przedstawił w wyjaśnieniach. Nie ma w nich bowiem żadnych danych co do sposobu obliczenia zadeklarowanej liczby roboczodni, które ma kluczowe znaczenia dla ostatecznego kosztu realizacji zamówienia.

Słusznie wskazał również Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty, że z treści wyjaśnień nie wynika dla ilu osób zostały skalkulowane koszty personelu biorącego udział w realizacji zamówienia. Odwołujący przedstawił bowiem uśredniony koszt eksperta/pracownika. Nie jest jasne czy jest to uśredniony koszt dla wszystkich zadeklarowanych ekspertów, czy tylko dla

podstawowych czy również dla innych pracowników Odwołującego jakie mogą brać udział w realizacji zamówienia, nie będąc jednocześnie ekspertem. To na Odwołującym ciążył ciężar dowodu wykazania sposobu obliczenia ceny i potwierdzenia przywoływanych okoliczności dowodami. W omawianym stanie faktycznym, nie tylko Odwołujący nie wyjaśnił sposobu obliczenia podstawowych czynników kosztów – twórczych, ale również nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie realności zaproponowanej ceny.

Dalej wskazać należy, że opis pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia był nieprecyzyjny i niewystarczający do uznania, iż cena zaoferowana za realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał na koszty pośrednie nie wyjaśniając w żaden sposób co kryje się pod tą pozycją i w jaki sposób została ona skalkulowana. W treści odwołania oraz podczas rozprawy Odwołujący argumentował, że żaden przepisów prawa nie nakłada na wykonawcę złożenia tak szczegółowych kalkulacji. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym. To właśnie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nakładają na wykonawcę obowiązek przedstawienia sposobu skalkulowania ceny i udowodnienia, iż przyjęta kalkulacja jest rynkowa, realna. Bezspornym w omawianym stanie faktycznym jest to, że Odwołujący ma siedzibę w Poznaniu, zaś Zamawiający w Warszawie, a większość rejestrów mieści się w Warszawie. Oczywistym więc jest, że rodzi to po stronie Odwołującego określone koszty związane z przejazdami, noclegami, delegacjami. Koszty te nie zostały precyzyjnie opisane w wyjaśnieniach. Ograniczenie się do stwierdzenia o delegacjach grupowych i obniżeniu kosztów jest w ocenie Izby niewystarczającym wyjaśnieniem. Po pierwsze Zamawiający nie ma informacji jakie są przyjęte przez Odwołującego ogólne koszty delegacji i nie wie jakiego rzędu oszczędności wynikają z grupowych delegacji. Nie ma również informacji jaka grupa osób została uwzględniona w wycenie kosztów pośrednich, bo takiej informacji brak jest w treści wyjaśnień. Rolą zaś Zamawiającego nie jest odgadywanie intencji wykonawcy, ale ocena złożonego przez wykonawcę dokumentu. W omawianym stanie faktycznym Zamawiający dokonał zaś właściwej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

Wyjaśnienia Odwołującego zawarte w pkt 2 (strona 7 – 8 wyjaśnień) również nie sposób uznać za precyzyjne i wiarygodne. Odwołujący ogranicza się do gołosłownych twierdzeń niepopartych żadnymi dowodami. Nie została przedstawiona żadne rozbitcie cenowe kosztów wynagrodzenia personelu własnego versus zatrudnienia specjalistów zewnętrznych, do którego odwołuje się Odwołujący. Z treści wyjaśnień nie wynika jakie rzędu oszczędności wykonawca osiągnął z tego tytułu.

Co do wyjaśnień zawartych w pierwszej części pisma z dnia 1 lipca 2015 r. to wskazać należy, że Odwołujący odnosi się do ofert złożonych w innych postępowaniach i zaoferowanych w nich cenach, jednakże okoliczność ta nie dowodzi poprawnego skalkulowania ceny przez Odwołującego i możliwości jego prawidłowej realizacji. Okoliczność, że w innych postępowaniach zamawiający nie uznał ceny odbiegającej w sposób znaczący od wartości szacunkowej zamówienia nie jest potwierdzeniem okoliczności, iż cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską. Cenę tę bowiem analizuje się do konkretnego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w konkretnym postępowaniu. W omawianym postępowaniu treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień była na tyle lakoniczna, iż nie pozwalała na przyjęcia, iż cena za realizację zamówienia zaoferowana przez Odwołującego jest ceną realną.

Nie zasługują również na uwzględnienie argumenty podnoszone przez Odwołującego w treści odwołania. Stanowisko jakoby Zamawiający winien dokonać wykluczenia Odwołującego zgodnie z art. 24 ust.2 ustawy Pzp uznać należy za błędne. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było zaoferowania rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia, co wynika jednoznacznie z treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający ww. dokumencie nie wyraził wątpliwości co do liczby ekspertów z jakich Odwołujący zamierza korzystać w trakcie realizacji zamówienia, a jedynie odniósł się do wyceny kosztów osobowych związanych z pracą ekspertów zadeklarowanych przez Odwołującego w ofercie.

Dalej wskazać należy, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego o błędnym wyliczeniu przez Zamawiającego liczby roboczodni/roboczogodzin. Zamawiający bowiem kierując się treścią SIWZ, treścią oferty i złożonych wyjaśnień, poprawnie założył, że skoro wykonawca zadeklarował dostępność 10 ekspertów do wykonania zamówienia, to przy wskazanej przez niego stawce oraz uśrednionym czasie realizacji zamówienia, wymagania liczba roboczodni wynieść powinna 1000, nie zaś jak wskazał Odwołujący 435. Odwołujący zaś w treści odwołania argumentuje, że Zamawiający błędnie założył, że każdy ekspert będzie się zajmował realizacją zamówienia przez cały dzień, w całym wskazanym okresie. Podkreślić jednakże należy, że to w treści wyjaśnień Odwołujący winien wykazać Zamawiającemu sposób alokacji czasu ekspertów, przedstawić przyjęte założenia co do sposobu wyliczenia potrzebnego czasu. To nie Zamawiający winien czynić założenia co do sposobu obliczenia ceny, tylko te założenia winny być wyartykułowane w treści wyjaśnień oraz uzasadnione i poparte dowodami, jeśli takie można złożyć. Fakt, iż Zamawiający dokonując analizy złożonych wyjaśnień oparł się na treści oferty i SIWZ wynikało wyłącznie z tego, iż w treści złożonych wyjaśnień Odwołujący nie przedstawił i nie opisał żadnych założeń i tym samym nie przekazał Zamawiającemu wystarczających informacji do weryfikacji realności zaoferowanej

ceny. To w treści wyjaśnień Odwołujący winien wyjaśnić, iż nie przewiduje pełnego zaangażowania wszystkich ekspertów w ciągu całego okresu realizacji zamówienia, w pełnym 8 – godzinnym wymiarze czasu pracy, gdyż dokonał wstępnej analizy rejestrów na podstawie której może uprawdopodobnić mniejsze zapotrzebowanie czasowe na realizację zamówienia, niż wstępnie szacowane przez Zamawiającego. Odwołujący zaś, poza stwierdzeniem o posiadanym doświadczeniu, określił wyłącznie przewidywaną liczbę roboczo-dni, nie wyjaśniając, w jaki sposób została ona obliczona. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż z treści SIWZ nie wynika obowiązek oddelegowania ekspertów wyłącznie do pracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia przez cały okres jego realizacji, jednakże nie w tym tkwi istota problemu. Wykonawca ma prawo posługiwać się ekspertami w innym projektach realizowanych równoległe do przedmiotowego zamówienia, jednakże winien uprawdopodobnić Zamawiającemu, że przyjęty przez niego okres realizacji zamówienia oraz 8 – dniowy czas pracy każdego eksperta jest błędny, gdyż ze względu na przedmiot zamówienia jego realizacja nie wymaga aż takiego zaangażowania ekspertów. Okoliczność tak winna być jednak uprawdopodobniona przez Odwołującego, chociażby poprzez przeprowadzenia wstępnej analizy rejestrów objętych przedmiotem zamówienia, przedstawieniem sposobu realizacji zamówienia, który determinuje krótszy okres jego wykonania czy innymi okolicznościami. W przedmiotowej sprawie Odwołujący zaś nie przedstawił żadnych takich okoliczności.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Złożone wyjaśnienia, niepoparte żadnymi dowodami, są lakoniczne i nie przedstawiają analizy kluczowych aspektów kosztowo-twórczych związanych z realizacją zamówienia. Przyjęty przez Odwołującego czas na realizację zamówienia nie został w żaden sposób wyjaśniony w treści wyjaśnień. Zamawiający słusznie zatem powziął wątpliwości co zostało uwzględnione w przedłożonych wyliczeniach. W ocenie Izby wyjaśnienia winny w sposób jasny i klarowny wyjaśnić Zamawiającemu koszt zatrudnienia każdego eksperta wynikający z przewidywanego czasu realizacji zamówienia oraz przewidywanego czasu zatrudnienia eksperta. Dane te winny być oparte o analizę przedmiotu zamówienia dokonaną przez Odwołującego. Analiza ta winna uprawdopodobniać przyjęte założenia. Również pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia winny być odzwierciedlone w treści wyjaśnień, poprzez ich opisanie i wycenę, nie zaś ujęcie w jednej pozycji „koszty pośrednie”.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.



Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....