

WYROK
z dnia 20 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Protokolant:	Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04.03.2019 r. przez wykonawcę **IT V-WAYS P. P. Zabiele 11a, 21- 300 Radzyń Podlaski** w postępowaniu prowadzonym przez **Integracyjne Centrum Dydaktyczno Sportowe w Łomiankach ul. Staszica 2, 05-092 Łomianki**

- A. przy udziale wykonawcy **KONSORCJUM FIRM A.B.M. SYSTEM M. B. ul. Odkryta 38B/29, 03-140 Warszawa Lider konsorcjum** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. przy udziale wykonawcy **Bezpieczne.it Sp. z o.o. ul. Poleczki 20 a, 02-822 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie konsorcjum A.B.M. SYSTEM M. B. ul. Odkryta 38B/29, 03-140 Warszawa w trybie art. 26 ust.3 Pzp do złożenia dokumentów celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Integracyjne Centrum Dydaktyczno Sportowe w Łomiankach ul. Staszica 2, 05-092 Łomianki i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. zasądza od zamawiającego Centrum Dydaktyczno Sportowe w Łomiankach na rzecz odwołującego IT V-WAYS P. P. Zabiele 11a, 21- 300 Radzyń Podlaski kwotę 11 100,00 (jedenaście tysięcy sto) złotych tytułem zwrotu kwoty wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Warszawa Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Integracyjne Centrum Dydaktyczno Sportowe w Łomiankach ul. Staszica 2, 05-092 Łomianki, zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w wartości poniżej progów unijnych na „Obsługę informatyczną 14 jednostek znajdujących się na terenie Gminy Łomianki” Nr. Sprawy DA.26.4.2019.

W dniu 25 lutego 2019 r. wykonawcom została przekazana informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez konsorcjum firm A.B.M. SYSTEM M. B. - Lider konsorcjum, ul. Odkryta 38B/29, 03-140 Warszawa.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca IT V-WAYS P. P., ul. Zabiele 11A, 21-300 Radzyń Podlaski, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty konsorcjum w składzie: A.B.M. SYSTEM M. B. - Lider konsorcjum, BMBKOMP M. B., TELKOM M. K., nowokreowanie.pl J. P., która winna zostać odrzucona z uwagi na spełnienie przesłanek art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
2. art. 89 ust 1 pkt 4 poprzez błędne uznanie, iż oferta konsorcjum A.B.M. SYSTEM M. B.-Lider konsorcjum, BMBKOMP M. B., TELKOM M. K., nowokreowanie.pl J. P. nie zawiera rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie poprzez nie odrzucenie tejże oferty,
3. art. 90 ust 3 w zw. z art. 90 ust 2 ustawy Pzp poprzez:
 - błędne przyjęcie, iż konsorcjum wykazało w sposób dostateczny, że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że oferta konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny,
4. art. 22 ust 1 pkt 2) poprzez uznanie, że konsorcjum A.B.M. SYSTEM M. B. - Lider konsorcjum, BMBKOMP M. B., TELKOM M. K., nowokreowanie.pl J. P. spełnia warunki udziału w postępowaniu pomimo, że przedstawione przez konsorcjum dokumenty tego nie potwierdzają,
5. art; 24 ust. 1 pkt 12) poprzez nie wykluczenie konsorcjum z postępowania pomimo, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
6. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 pomimo tego, iż wykonawca nie, załączył do oferty wymaganych dokumentów (tj. wykazu kadry) oraz złożone na wezwanie art. 26. ust 2 oświadczenia i dokumenty, tj. wykaz usług, wykaz kadry, certyfikaty nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1,

7. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

8. art. 7 ust 3 ustawy Pzp przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.
Biorąc pod uwagę powołane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. Dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem ofert niepodlegających odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Konsorcjum: A.B.M. SYSTEM M. B., BMB KOMP M. B., TELKOM G. K., VIKO M. K., nowekreowanie.pl J. P., ul. Odkryta 38B/29, 03-140 Warszawa. Natomiast po stronie odwołującego do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca Bezpieczne.IT sp. z o.o., ul. Klimczaka 1 Budynek ROYAL WILANÓW klatka A, 02-797 Warszawa.

W zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie wybranego wykonawcy Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień podstaw kalkulacji tak zaoferowanej ceny za wykonanie usługi, podał wyjaśnienia bardzo ogólne, lakoniczne i tym samym nie mogą one rozwiązać wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez konsorcjum kalkulacji (co do której konsorcjum nie odniosło się w ogóle).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 90 ust 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (w tym przypadku - konsorcjum). A zatem skoro konsorcjum nie uzasadniło i nie wykazało wszystkich elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny, to tym samym nie jest możliwa ocena, czy cena konsorcjum stanowi cenę realną. Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których samo konsorcjum nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione.

Zauważył, że wykonawca jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie ustawy Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe, zawierające odpowiednie kalkulacje oraz dowody, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Tymczasem cała treść pisma - wyjaśnień konsorcjum jest szeregiem oświadczeń nie znajdujących pokrycia w stanie faktycznym tego postępowania. Odnosząc się do treści wyjaśnień Odwołujący wskazał, że zamówienie polega na świadczeniu usługi obsługi informatycznej 14 jednostek znajdujących się na terenie Gminy Łomianki. Konsorcjum powołując się na „małą odległość pomiędzy miejscem zamieszkania a siedzibą Zamawiającego” nie uwzględnił odległości pomiędzy miejscem zamieszkania a poszczególnymi jednostkami. Konsorcjum nie wyjaśnia o którym z członków konsorcjum

mowa w odniesieniu do; „miejsca zamieszkania Wykonawca” (członkowie nie mieszkają przecież pod tym samym adresem). Konsorcjum nie wyjaśniło jak „własny środek transportu” ma się do minimalizacji kosztów transportu. W ogóle nie wskazuje kosztów dojazdu do miejsca i z miejsca świadczenia usług. Co więcej wyjaśnienia konsorcjum wskazują na użycie przez każdego z członków konsorcjum własnego transportu co zwiększa koszty realizacji Zamówienia. Konsorcjum nie wyjaśniło również jakie to zaplecze serwisowe posiada oraz jakie ma to przełożenie na zaoferowaną cenę ofertową.

Nadto Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie wyjaśniło jak wygląda podział wynagrodzenia pomiędzy członków konsorcjum. Z treści wyjaśnień, jak i z umowy konsorcjum z dn. 4.02.2019 r., nie wynika również podział pracy. Podano tylko, że dwóch członków będzie świadczyło usługi w siedzibie zamawiającego, a pozostałych trzech członków konsorcjum będzie pełniło dyżury. W jakim zakresie i przedziale czasowym - nie zostało podane.

W zakresie zarzutu 4 i 5 odnoszącego się do wykazania spełniania warunków udziału postępowania wskazał, że pismem z dn. 4.02.2019 r. zamawiający wezwał konsorcjum na podstawie art, 26 ust. 2 do przedłożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej konsorcjum zobowiązane było wykazać, że:

- a. wykonało należycie jedną usługę polegającą na świadczeniu usług informatycznych dla podmiotów w zakresie co najmniej 200 stanowisk komputerowych w okresie co najmniej sześciu miesięcy,
- b. dysponuje co najmniej dwoma osobami tj. zapewnia dwóch informatyków pełniących czynności obsługi informatycznej na stałe od godz. 8.00-16.00 do wyłącznej dyspozycji Zamawiającego,
- c. co najmniej Jedna ze wskazanych w ofercie osób posiada certyfikaty do zarządzającego infrastrukturą:
 - MS 70-410 Installing and Configuring Windows Server 2012,
 - MS 70-411 Administering Windows Server 2012,
 - MS 70-412 Configuring Advanced Windows Server 2012 Services.
 - MS-6419 - Configuring, Managing and Maintaining Windows Server 2008-based Servers
 - MS-10135 - Configuring, Managing and Troubleshooting Microsoft Exchange Server 2010 lub nowsze.

Nawiązując do powyższych wymagań podał, że wykaz usług przedstawiony przez konsorcjum w kolumnie „Przedmiot zamówienia wraz z określeniem wykonywanego zakresu usług” zawiera jedynie zapis „obsługa informatyczna 12 jednostek Gminy Łomianki”. Nie wiadomo jednak (i nie wynika to również z załączonej referencji) ile stanowisk komputerowych obejmowała usługa. Natomiast Wykaz kadry przedstawiony przez

konsorcjum w kolumnie „kwalifikacje zawodowe, uprawnienia niezbędne do wykonania zamówienia”, w wierszu dot. p. M. B. zawiera zapis „Informatyk, kursy Microsoft”. Zgodnie jednak z treścią warunku udziału w postępowaniu, co najmniej jedna ze wskazanych w ofercie osób powinna posiadać certyfikaty do zarządzającego infrastrukturą, a nie kursy. Tym samym konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu 6 Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 1 w Części VII SIWZ, wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani byli do złożenia, poza formularzem oferowanym oraz oświadczeniem stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, wykaz usług oraz wykaz osób. Natomiast zgodnie z pkt 4 zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia m.in. wykazu usług.

Z powyższego wynika, że wykonawca, który wraz z ofertą nie złożył wykazu osób winien był, na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, zostać wezwany do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów.

Konsorcjum nie załączyło do oferty wymaganych wykazów, a zamawiający nie dokonał obowiązku wezwania wynikającego z art. 26 ust. 3, stosując jedynie wezwanie z art. 26 ust.2 Pzp. Dodatkowo, pomimo, że złożone na wezwanie z art. 26 ust 2 oświadczenia i dokumenty nie potwierdzały, że konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, a Zamawiająca zaniechał wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp..

W zarzucie 7 i 8 Odwołujący podniósł, jak w zarzutach 4 i 5, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej konsorcjum zobowiązane było wykazać, że co najmniej jedna ze wskazanych w ofercie osób posiada certyfikaty do zarządzającego infrastrukturą sprzętową. Na błędnie wystosowane wezwanie z art. 26 ust 2, konsorcjum przedstawiło wykaz kadry w którym oświadczyło, że p. M. B. - Odwołujący cytuje - „Informatyk, kursy Microsoft; MS 20410, MS 20411, MS 20341, MS 20412, MS 20342”. Po załączonych do oferty certyfikatach ukończenia szkolenia, przypuszczać można, że konsorcjum chodziło o to, że wskazana osoba ukończyła kursy ze wskazanego zakresu.

Pismem z dn. 18.02.2019 r. zamawiający wezwał konsorcjum do wyjaśnień w zakresie zgodności dwóch z przedstawionych certyfikatów z wymaganiami zamawiającego, a złożone przez konsorcjum wyjaśnienia zostały przez zamawiającego zaakceptowane naruszając tym samym art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni byli przedstawić certyfikaty Microsoft, przy czym certyfikat nie jest równoważny z dokumentem wydawanym po zakończeniu szkolenia, a dokumentem poświadczającym zdanie egzaminu. Egzaminy firmy Microsoft realizowane są wyłącznie przez autoryzowane centra egzaminacyjne. Każdy certyfikat posiada unikalny numer, który można sprawdzić u dowolnego Partnera firmy Microsoft w bazie wydanych certyfikatów Microsoft. Zgodnie z informacją pozyskaną przez Odwołującego, p. M. B. nie posiada certyfikatów wymaganych przez zamawiającego.

Dodał, że zarzut 7 i 8 dotyczy również przyjęcia przez Zamawiającego wyjaśnień konsorcjum w zakresie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Zamawiający nie przeprowadził z należytą starannością procedury wyjaśniającej, w tym nie zbadał i nie zweryfikował otrzymanych wyjaśnień w sposób wnikliwy i adekwatny do przedmiotu zamówienia, a więc w sposób który mógłby uzasadniać stanowisko zamawiającego, że cena oferty nie jest faktycznie rażąco niska.

Przystępujący po stronie Odwołującego wykonawca Bezpieczne.IT sp. z o.o., poparł stanowisko Odwołującego i dodatkowo podniósł, że Przystępujący A.B.M System źle skalkulował cenę oferty, bo biorąc pod uwagę wymagania, a w szczególności potrzebę pełnienia dyżuru codziennie w dni robocze 8-16 powoduje to, że przy zaoferowanej cenie 12 790 zł miesięcznie, przy 5 wskazanych osobach daje kwotę na osobę 2550 zł brutto, co przy przeliczeniu na koszty godzinowe daje stawkę 7zł 39gr, w sytuacji, kiedy minimalna na 2019 kwota wynagrodzenia godzinowego wynosi 9 zł 32gr.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Odnosząc się do zarzutów 1-3 odnoszących się do kwestii rażąco niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy, podał, że nie zgadza się z zarzutami, gdyż cena zaoferowana przez Wykonawcę nie budziła wątpliwości Zamawiającego, ponieważ odbiega tylko o 11,12% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek towarów i usług. Faktem jest, że Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie powyższej kwestii, z uwagi na pismo z dnia 20 lutego 2019 r. złożone przez wykonawcę bezpieczne.it Sp. z.o.o. w którym to spółka zwróciła się do Zamawiającego o zbadanie rażąco niskiej ceny Konsorcjum. Pomimo tego, że cena wskazana przez wykonawcę nie budziła wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2019 r. zwrócił się do Konsorcjum o złożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny. Konsorcjum w dniu 25 lutego 2019 r. przesłało obszernie wyjaśnienia dotyczące ceny oferty. Konsorcjum wskazało, że na kalkulację ceny wpłynęły następujące elementy: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązanie techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki do wykonywania zadania, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy. Każdy ze wskazanych elementów ceny, został przez Konsorcjum w sposób dokładny opisany. Wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego były skonkretyzowane, spójne i szczegółowe. Pozwoliło, to Zamawiającemu utwierdzić się w przekonaniu, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Cena zaoferowana przez Konsorcjum odbiegała o 11,12% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek towarów i usług, zaś jeśli chodzi o średnią arytmetyczną wszystkich ofert to cena Konsorcjum była niższa o 7,56 %.

Natomiast w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 4 i 5 odwołania, Zamawiający podał, że są one także nie zasadne, gdyż Zamawiający pismem z dnia 4 lutego 2019 r. działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do przedłożenia

oświadczeń i dokumentów potwierdzających m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to jest:

1) Wykazu jednej usługi polegającej na świadczeniu usług informatycznych dla podmiotów w zakresie co najmniej 200 stanowisk komputerowych w okresie co najmniej sześć (6) miesięcznym - wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których usługi te zostały wykonane (wzór druku zał. nr 4) z załączeniem dowodów określających czy dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot,

2) Wykazu dysponowania co najmniej dwoma osobami tj. zapewni dwóch informatyków pełniących czynności obsługi informatycznej na stałe od godz. 8.00-16.00 do wyłącznej dyspozycji Zamawiającego oraz wykaże, że co najmniej jedna z tych osób posiada certyfikaty do zarządzającego infrastrukturą:

- Microsoft 412 Configuring Advanced Windows Server 2012 Services
- Microsoft 411 Administering Windows Server 2012
- Microsoft 410 Installing and Configuring Windows Server 2012
- MS-6419 - Configuring, Managing and Maintaining Windows Server 2008-based Servers
- MS-10135 - Configuring, Managing and Troubleshooting Microsoft Exchange Server 2010 lub nowsze.

W przedłożonych dokumentach Konsorcjum wykazało, że realizowało Obsługę Informatyczną 12 jednostek Gminy Łomianki. Nadto, na stronie BIP Zamawiającego, w opisie przedmiotu zamówienia zrealizowanego przez Konsorcjum, znajdowała się informacja o liczbie stanowisk komputerowych. Tym samym Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby nie uznać spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału postępowaniu, gdyż Konsorcjum te warunki bezsprzecznie spełniło.

Natomiast w zakresie wymaganych certyfikatów Odwołujący IT V-WAYS P. P. w odwołaniu wskazał certyfikaty, które nie były umieszczone w zapisach SIWZ, tym samym wskazał nieprawdę. Zamawiający w warunkach udziału w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał certyfikatów do zarządzania infrastrukturą o oznaczeniach, jedynie takich na jakie powołuje się Odwołujący w treści odwołania. Tym samym Odwołujący upatruje zasadność swojego odwołania, w okolicznościach które de facto nie miały miejsca.

Zgodnie z SIWZ, Wykonawca był zobowiązany, aby co najmniej jedna osoba pełniąca czynności obsługi informatycznej od godziny 8:00-16:00 na rzecz Zamawiającego, posiadała certyfikaty do zarządzania infrastrukturą, to jest certyfikat dotyczący potwierdzenia uzyskania wiedzy z zakresu technologii Microsoft: Windows Server oraz Exchange Server.

Pomimo powyższego, Odwołujący w treści Odwołania wskazuje, że Zamawiający żądał od Wykonawców przedłożenia certyfikatów o oznaczeniu 70-xxx np. Microsoft 70-412 Configuring Advanced Windows Server 2012 Services, podczas gdy Zamawiający żądał certyfikatów o oznaczeniach np. Microsoft 412 Configuring Advanced Windows Server 2012 Services. Zamawiający, celem zwiększenia konkurencji, w treści zapisów SIWZ, nie wymagał, aby co najmniej jedna z osób pełniących czynności informatyczne u Zamawiającego, posiadała certyfikaty, z oznaczeniem 70-xxx. Zgodnie z zapisami SIWZ, Wykonawca spełni warunek, gdy osoba pełniąca czynności informatyczne u Zamawiającego, przedłoży certyfikat do zarządzania infrastrukturą, tym samym Wykonawca ubiegający się o zamówienie, mógł przedłożyć certyfikat z oznaczeniem zarówno 70 -xxx, jak i 20 -xxx. Różnica pomiędzy tymi certyfikatami polega na tym, że certyfikaty z oznaczeniem 20-xxx oznaczają, że osoba, która go posiada odbyła autoryzowane szkolenie Microsoft, natomiast z oznaczeniem 70-xxx, jest to certyfikat otrzymywany po egzaminie, stwierdzający jego zaliczenie. Należy również wskazać, że Zamawiający, celem dokładnego wyjaśnienia wątpliwości co do dwóch certyfikatów, pismem z dnia 18 lutego 2019 r. wystąpił do Konsorcjum o przedstawienie argumentacji potwierdzonej przez autoryzowaną firmę szkoleniową, że certyfikaty przedłożone przez Konsorcjum są zgodne z tymi, które żądał Zamawiający.

Odnosząc się do zarzutu 6 podał, że czynność Zamawiającego była właściwa do procedury w jakiej prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, tj. w formie procedury odwróconej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający żądał od Wykonawcy następujących dokumentów: wykazu osób, wykazu usług oraz certyfikatów. Wykonawca - Konsorcjum złożyło komplet wyżej wymienionych dokumentów wraz z ofertą, jednakże nie było to konieczne z punktu widzenia Zamawiającego, ponieważ w postępowaniu zastosowana została procedura z art. 24 aa ustawy PZP.

Następnie, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy PZP, Zamawiający wezwał Konsorcjum, do złożenia oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przedłożone przez Konsorcjum dokumenty w postaci wykazu osób i wykazu usług w ocenie Zamawiającego, potwierdzały okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na wątpliwości Zamawiającego w zakresie przedłożonych przez Konsorcjum certyfikatów, Zamawiający na mocy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał od Konsorcjum wyjaśnień odnośnie certyfikacji Microsoft i rozbieżności interpretacji ich zgodności z wymaganymi w postępowaniu na obsługę informatyczną 14 jednostek znajdujących się na terenie Gminy Łomianki. W dniu 19 lutego 2019 r. otrzymał odpowiedź od Konsorcjum, która w sposób dokładny i jasny wyjaśniła wątpliwości Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w punkcie 7 i 8, Zamawiający podał, że te zarzuty są w dużym stopniu powieleniem zarzutów wskazanych w pkt. 4 i 5 odwołania. Wskazał, że jego zdaniem postawa Odwołującego, świadczy o próbie narzucenia

Zamawiającemu treści zapisów, jakie powinny znaleźć się w SIWZ. Podkreślił, że to postępowanie jest następnym postępowaniem po wcześniej unieważnionym. Zamawiający przeprowadzając kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia na ten sam przedmiot ma prawo zmieniać zapisy SIWZ-u i Opis przedmiotu zamówienia i dostosowywać je do stanu obecnego, a tym samym do swoich potrzeb. Tym samym Zamawiający podkreśla, że nie jest prawdą że Zamawiający wymagał tylko i wyłącznie certyfikatów z egzaminów (to jest z oznaczeniem 70-xxx), ponieważ takiego sformułowania w zapisach SIWZ nie było.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum A.B.M System poparło stanowisko Zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania. Dodał, że cena, którą zaoferował za wykonanie zamówienia jest ceną wystarczającą dla pokrycia kosztów jego realizacji. Wskazał, że kwota uzyskiwana z tego zamówienia będzie pełnym przychodem dla wykonawcy, gdyż faktycznie koszty z tytułu ZUS-u i innych należności będą pokrywane na realizacji innych zamówień, natomiast w tym zakresie będą one tylko pokrywane proporcjonalnie do od uzyskiwanego wynagrodzenia. Nadto podał, że błędne jest stwierdzenie Odwołującego, że cała 5 członków konsorcjum będzie zatrudniona na całym etapie przy świadczeniu usług w ramach tego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonych dowodów oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje,

Odwołanie częściowo jest zasadne i w związku z tym zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp. Również obaj przystępujący zdaniem Izby wypełnili przesłanki interesu występowania w sprawie po określonej w przystąpieniu stronie.

Izba na wstępie uznaje za prawidłowe stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie- za wyjątkiem kwestii dot. wykazu usług i tym samym w znacznej mierze stanowisko Zamawiającego uznaje za własne.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny o ofercie wybranego konsorcjum Izba uznała niezasadność tego zarzutu. Podkreślić należy, że przedmiotowe postępowanie jest zamówieniem o małej wartości i krótkim okresie trwania (10 m-cy). Istotną kwestią jest to, że podstawowym elementem kosztotwórczym jest koszt pracy tj. wynagrodzenia osób zatrudnionych przy jego wykonywaniu. Zamawiający oczekiwał, aby przy realizacji tego zamówienia wykonawca oddelegował co najmniej dwie osoby tj. zapewnił dwóch

informatyków pełniących czynności obsługi informatycznej na stałe od godz. 8.00-16.00 w miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Według informacji Zamawiającego wykonawca uzyskiwał nieodpłatnie miejsce do pracy oraz niezbędne jego usprzętowanie. Dodatkowym kosztem wykonawcy był koszt dojazdu osób świadczących usługi serwisowe do określonych w zamówieniu jednostek położonych na terenie Gminy Łomianki. Jak wskazał Zamawiający jednostki te są zgrupowane na niewielkim obszarze i odległość pomiędzy najbardziej skrajnie wysuniętymi jednostkami wynosi około 5 km. Niewątpliwym jest, że Przystępujące konsorcjum zaoferowało wykonanie usługi za miesięczną kwotę wynoszącą 12 790,00 zł. Powyższa kwota nie odbiega znacznie od cen innych wykonawców - w szczególności, kiedy średnia arytmetyczna wszystkich ofert zostanie jeszcze skorygowana o kilkadziesiąt tysięcy złotych w wyniku zmiany ceny oferty Przystępującego Bezpieczne.IT sp. z o.o.

Izba oceniając realność zaoferowanej ceny przez Przystępującego miała w szczególności na względzie fakt – niezakwestionowany przez Odwołującego, iż usługi będą świadczyli osobiście członkowie konsorcjum prowadzący działalność gospodarczą, którzy mają większą możliwość prowadzenia elastycznego czasu pracy, a w szczególności w tej sytuacji ustalenia który z członków konsorcjum i w jakim okresie będzie pełnił dyżury u zamawiającego, a także od całości świadczonych usług będą ponosić jedne pochodne koszty płac.

Istotną kwestią, jest także fakt, jak wskazał Przystępujący, że powyższe zamówienie jest jedynym z wielu w którym członkowie konsorcjum biorą udział, a tym samym koszty pracy będą rozliczane proporcjonalnie. Niezasadne jest stanowisko Odwołującego, iż przy podobnej cenie ofert Przystępujący nie będzie w stanie pokryć kosztów realizacji umowy, dlatego, że do realizacji będzie zatrudniał pięciu konsorcjantów z których każdy będzie zaangażowany w realizację zamówienia, a Odwołujący tylko dwóch. Zdaniem Izby dla kosztów pracy nie jest istotne, czy dany wymagany przez Zamawiającego wymiar czasu pracy (2x8 godz. x 5 dni) będzie realizowany przez dwie czy 5 osób. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt Pzp jest niezasadny.

Kolejnym zarzutem w tym zakresie jest zarzut z art. 90 ust.3 tj., że Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Niewątpliwym zdaniem Izby jest fakt, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dalece odbiegają od oczekiwanego przepisami Pzp wzorca. Niestety nie zawierają jakichkolwiek działań arytmetycznych, które w zakresie ceny oferty mogą potwierdzić prawidłowość jej skalkulowania. Jednakże udzielone wyjaśnienia, zdaniem Izby nie uzasadniają uznania, że ich ocena może potwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Jak wskazano powyżej- przy tej wielkości zamówienia, cen wszystkich ofert, a także tego, iż podstawowym kosztem jest koszt pracy ludzkiej, który w różnych okresach czasu i regionach może być zdecydowanie różny, brak jest podstaw do stwierdzenia, że wybrany

wykonawca nie będzie w stanie za zaoferowaną kwotę tego zamówienia wykonać. Mimo niedoskonałości w złożonych wyjaśnieniach Izba uznaje, że Przystępujący jest w stanie za zaoferowaną kwotę zamówienie wykonać.

Odnosząc się do kolejnej grupy zarzutów dotyczących braku wykazania przez konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obejmującego dwa zarzuty: jeden dotyczący braku wykazania się, iż co najmniej jedna osoba wskazana do czynności obsługi informatycznej posiada certyfikat do zarządzania infrastrukturą wskazaną w SIWZ, a drugi w zakresie braku wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie posiadanego doświadczenia. Zarzut w zakresie wykazania się posiadaniem odpowiedniego certyfikatu został oddalony przez Izbę. Osłą sporu była kwestia czy za posiadanie oczekiwanego certyfikatu może być uznana osoba, która odbyła w tym celu odpowiednie przeszkolenie, czy też wymagane jest także zdanie odpowiednich egzaminów kwalifikacyjnych. Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie należy przyznać racje Zamawiającemu, który stwierdził, iż nie wymagał certyfikatu o odpowiednich numerach ewidencyjnych, jak twierdzi Odwołujący, ale aby skierowana osoba legitymowała się ukończeniem kursu do zarządzania infrastrukturą informatyczną i wystarczającym było posiadanie dokumentu o nazwie certyfikat. Zamawiający nie badał czy osoba ta zdawała egzamin, gdyż brak było do tego podstaw w treści SIWZ. Przyznać należy rację Zamawiającemu, że wymaganie w tej sytuacji przedstawienia certyfikatu zakończonego egzaminem kwalifikacyjnym byłoby żądaniem ponad treść SIWZ. Izba ustaliła, ponad wszelką wątpliwość, że dokument złożony przez konsorcjum wystawiony na nazwisko M. B. przez firmę CTS Partnera Microsoft Partner nosi nazwę Microsoft Certificate of Achievement.

Natomiast zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie się wykonaniem właściwej usługi oraz przedłożenia referencji potwierdzających prawidłowość wykonania usługi Izba uznała za zasadny.

Wskazać należy, że konsorcjum przedstawiło usługę na obsługę informatyczną 12 jednostek Gminy Łomianki którą zrealizowało w okresie od 02.01.2017 do 07.08.2017 roku. Odwołujący kwestionując prawidłowość i zgodność z rzeczywistością tej usługi wskazał, że wybór najkorzystniejszej oferty na wykonanie tej usługi miał miejsce w dniu 21 lutego 2017 roku. W tym zakresie Przystępujący do protokołu rozprawy stwierdził, że umowa w zakresie tego zamówienia została zawarta od marca 2017 roku. Wcześniej usługa ta ponoć była świadczona w trybie bezprzetargowym, czego nie wykazano. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że wg. informacji ze strony BIP Zamawiającego wynika, że umowa ta trwała do końca czerwca 2017 roku, a nie jak podał Przystępujący do 7 sierpnia 2017 roku - co nie zostało zakwestionowane, ani przez Zamawiającego, ani przystępujące konsorcjum. W tym stanie rzeczy nie zostało wykazane Izbie, że umowa wskazana w Wykazie usług była świadczona przez okres co najmniej 6 miesięcy, co skutkowało uwzględnieniem tego

zarzutu. Inną kwestią jest kwestia wykazania, iż usługa ta została prawidłowo wykonana w oparciu o przedłożoną referencję. Otóż wskazać należy, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymagania, aby do Wykazu usług wykonawca musiał załączyć dokument – referencje potwierdzające, że dana usługa została prawidłowo wykonana. Pomimo tego faktu Zamawiający wzywając konsorcjum w trybie art. 26 ust.2 Pzp do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wezwał jednak konsorcjum do przedłożenia referencji. W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum przedłożyło referencje wystawione w dniu 13.02.2017 roku na konsorcjanta M. B. . Z przedłożonych referencji w żaden sposób nie można wywieść iż dotyczyły one usługi wskazanej w Wykazie usług, a odnosiły się do współpracy z Zamawiającym w okresie 10 lat przed ich wydaniem. Tym samym należało uznać, że takie referencje nie mają żadnego związku z do przedmiotowym postępowaniem.

Biorąc pod uwagę fakt, że konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu nie wykazało spełnienia warunku udziału w zakresie potencjału technicznego, a dotychczas nie było wzywane w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów. Dlatego też Izba uwzględniając ten zarzut nie nakazała wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale wezwanie go w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut 6 nie został uwzględniony przez Izbę, gdyż postępowanie Zamawiającego w zakresie stosowania procedury odwróconej należało uznać za poprawne.

Zarzut 7 i 8 stanowi odniesienie do zarzutów wcześniej wymienionych i ocenionych przez Izbę. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający na etapie oceny ofert dokonał zmiany odstępując od treści podanej w SIWZ i uznał w odpowiedzi na odwołanie, że wystarczającym jest ukończenie kursu, a nie posiadanie certyfikatu. Powyższy zarzut został przez Izbę oddalony jako niezasadny. Natomiast w związku z uwzględnieniem zarzutu brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu to zarzut z art. 7 ust.3 Pzp znalazł potwierdzenie.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: