

WYROK
z dnia 25 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2021 r. przez wykonawcę Nekken spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Badań Edukacyjnych z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy Vavatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Nekken spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Nekken spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Nekken spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Vavatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 597 zł 75 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Badań Edukacyjnych z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Opracowanie narzędzia służącego digitalizacji procesu etapowego gromadzenia i uznawania osiągnięć w Zintegrowanym Systemie Kwalifikacji” (znak sprawy: IBE/71/2020). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 765071-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 24 lutego 2021 r. wykonawca Nekken spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

1. rozstrzygnięcie postępowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy Vavatech Sp. z o.o., mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
2. zaniechanie odrzucenia wykonawcy Vavatech Sp. z o.o. z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę,
3. ewentualnie: zaniechanie prowadzenia dalszego postępowania wyjaśniającego wobec oferty Vavatech Sp. z o.o. z uwagi na to, iż na podstawie do tej pory złożonych wyjaśnień zamawiający nie jest w stanie zweryfikować rzetelnie poprawności ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vavatech Sp. z o.o. z uwagi wystąpienie w niej rażąco niskiej ceny i rażąco niskich kosztów;
2. ewentualnie - art. 90 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Vavatech Sp. z o.o. do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej

ceny, mimo że zaistniały okoliczności obligujące zamawiającego do dokonania czynności wezwania.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. ponowienia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Vavatech Sp. z o.o., ewentualnie wezwania go do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
3. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Vavatech Sp. z o.o. zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie obejmuje takich elementów jak:

- koszty ogólne prowadzonej działalności (w szczególności koszt wynajmu biura dla zespołu projektowego, mediów, personelu administracyjnego, wyposażenia technicznego) - nawet w przypadku, jeśli projekt będący przedmiotem niniejszego postępowania jest jednym z licznych projektów prowadzonych równolegle przez wykonawcę, nie może on finansować kosztów przypadających na niniejszy projekt przychodami z innej działalności. Byłoby to finansowanie skrośne, a zaoferowana cena nie uwzględniałaby istotnego elementu kosztowego. Jedyne koszty nieosobowe wykazane w kalkulacji dotyczą szkoleń dla administratorów i zapewnienia infrastruktury, podczas, gdy wszystkie Etapy projektu generują takie koszty;
- rzeczywiste koszty osobowe etapu utrzymania, w tym zapewnienia gotowości zespołu do świadczenia usług w rygorze SLA - nawet jeśli zespół taki pozostaje w gotowości w związku z innymi realizowanymi przez wykonawcę projektami, nie może być w całości finansowany przychodami z innych projektów, a odpowiednia jego część powinna być uznana jako koszt realizacji zamówienia;
- zbyt nisko oszacowane ryzyko projektowe - rezerwa w wysokości 5% wynagrodzenia oznacza, że w rzeczywistości na koszty związane z wystąpieniem okoliczności nieprzewidzianych zarezerwowana jest kwota 19.000 zł, co jest niewystarczające dla pokrycia rzeczywistych kosztów związanych z realizacją projektu;
- nieuwzględnienie w wycenie kosztu wykonania wszystkich wymaganych produktów oraz kosztu procesu odbioru produktów - prezentacji, poprawek, uzupełnień wymaganych przez zamawiającego, a także serwisu gwarancyjnego. Zakwalifikowanie takich wydatków do kwoty ryzyka projektowego powoduje, że staje się ona tym bardziej niewystarczająca na pokrycie kosztów, jakie z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością się pojawią.

Ponadto odwołujący wskazał na:

- niewystarczające wyjaśnienia dotyczące sposobu zatrudnienia personelu - wykonawca wskazuje na inne niż wynagrodzenie benefity uzyskiwane przez personel, z których część ma charakter kosztotwórczy (jak szkolenia), a więc powinna być uwzględniona w wycenie. Brak też wskazania, jaki charakter mają zawierane przez wykonawcę umowy z personelem, stąd deklaracja, że wykonawca nie poniesie z tytułu zawartych umów kosztu większego niż kwota wskazana w oświadczeniu nie jest wiarygodna (w przypadku umów o pracę lub umów cywilnoprawnych wydatki ponoszone przez wykonawcę obejmują np. obowiązkowe daniny publiczne), które powinny być uwzględnione w wycenie;
- niewielką deklarowaną marżę zysku osiągniętą na projekcie w wysokości 26.000 zł. Zysk w tej wysokości zostanie niewątpliwie pochłonięty przez nieuwzględnione w wycenie koszty, o których mowa powyżej, a w rezultacie zamówienie realizowane za cenę niepokrywającą kosztów jego realizacji.

II. Pismem wniesionym w dniu 2 marca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Vavatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „przystępujący”).

Pismem z dnia 5 marca 2021 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 23 marca 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy podkreślić, że przepis art. 537 pkt 1) ustawy Pzp z 2019 r., zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie uchyła obowiązywania przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp z 2019 r. odwołanie musi zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Odwołujący był obowiązany do uzasadnienia zarzutów odwołania oraz wykazania twierdzeń przedstawionych w odwołaniu. Nie jest wystarczające tylko wymienienie kategorii kosztów, które w ocenie odwołującego nie były ujęte przez konkurencyjnego wykonawcę, ale konieczne jest wykazanie istnienia takiego obowiązku, chyba że jest to oczywiste, wynika wprost z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wezwania zamawiającego. Mając na uwadze powyższe uzasadnienie przedstawione w rozpoznanym w niniejszym sprawie odwołaniu należy uznać za daleko niewystarczające. W przypadku takich kategorii kosztowych jak koszty ogólne prowadzonej działalności, rzeczywiste koszty osobowe etapu utrzymania, koszty serwisu gwarancyjnego odwołujący nie wykazał, chociażby poprzez uprawdopodobnienie, znaczenia ww. pozycji kosztowych dla ogólnej kalkulacji kosztów w kontekście oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jeśli chodzi o rzeczywiste koszty osobowe etapu utrzymania, to odwołujący nawet nie wyjaśnił, co się na te koszty składa, jedynie przykładowo podał, że w ten zakres wchodzi zapewnienie gotowości zespołu do świadczenia usług w rygorze SLA. W ramach zarzutu zbyt nisko oszacowanego ryzyka projektowego odwołujący jedynie wskazał, że rezerwa w wysokości 5% wynagrodzenia oznacza, że w rzeczywistości na koszty związane z wystąpieniem okoliczności nieprzewidzianych zarezerwowana jest kwota 19.000 zł, co jest niewystarczające dla pokrycia rzeczywistych kosztów związanych z realizacją projektu – twierdzenie to nie zostało jednak niczym poparte. Dokładnie tę samą uwagę należy podnieść co do zarzutu niewielkiej deklarowanej „marży zysku osiągniętej na projekcie” w wysokości 26.000 zł. Odwołujący stwierdził, że zysk w tej wysokości zostanie niewątpliwie pochłonięty przez nieuwzględnione w wycenie koszty, o których mowa powyżej - twierdzenie to stanowi co najwyżej przypuszczenie ze strony odwołującego, żadne wyliczenia nie zostały przedstawione. Ponadto odwołujący nie wyjaśnił co rozumie przez „benefity uzyskiwane przez personel” i nie wskazał które konkretnie benefity mają w jego ocenie charakter kosztotwórczy (stwierdził jedynie, że chodzi o część z tych benefitów jak na przykład szkolenia). Odwołujący nie wyjaśnił również dlaczego koszty procesu odbioru produktów - prezentacji, poprawek, uzupełnień wymaganych przez zamawiającego powinny być odrębnie oszacowane i wykazane

jako odrębna pozycja kalkulacji. Nie zostały także przedstawione obliczenia co do brakujących kwot danin publicznych w przypadku umów o pracę lub umów cywilnoprawnych.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, a nawet nie uzasadnił, zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołujący przedstawił jedynie swoją opinię dotyczącą wyjaśnień przedstawionych przez przystępującego, nie zawierającą żadnych konkretów, w tym w szczególności obliczeń, i niczym nieopartą.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 ustawy Pzp z dnia 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: