

**Sygn. akt: KIO 1302/21**

**WYROK**  
**z dnia 1 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Avility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Małopolskie

przy udziale wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 Województwo Małopolskie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie funkcji inżyniera Kontraktu, tj. świadczenie usług inżyniera kontraktu, w tym usług eksperckich związanych z doradztwem i wsparciem Zamawiającego przy nadzorowaniu realizacji zamówienia pn. Przygotowanie, wdrożenie utrzymanie Platformy MSIM na potrzeby projektu pn. „Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM)”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 247-613022. 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 4 maja 2021 r. wykonawca Avility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, pomimo tego, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie w cenie wskazanej w ofercie; ewentualnie wobec zaniechania wezwania odwołującego do dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub wyjaśnień treści oferty, jeżeli wskutek oceny wyjaśnień odwołującego zamawiający powziął dodatkowe wątpliwości.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp, ewentualnie:
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że ustawa nie ogranicza

zamawiającego do jednokrotnego wzywania do wyjaśnień w sytuacji, gdy w wyniku oceny wyjaśnień zamawiający powziął dodatkowe wątpliwości w zakresie ceny oferty,

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty odwołującego, w sytuacji gdy zamawiający badając wyjaśnienia odwołującego powziął wątpliwości w zakresie zgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp,
- dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego,
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, ewentualnie:
- wezwanie odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie treści oferty lub w zakresie ceny oferty.

II. Pismem wniesionym w dniu 27 maja 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Ww. wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2021 r., do 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.”.

Udzielone przez odwołującego wyjaśnienia dotyczące ceny jego oferty zostały przez niego zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co Izba uwzględniła sporządzając uzasadnienie wyroku.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

W treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego zamawiający postawił szereg zarzutów względem wyjaśnień ceny przedstawionych przez odwołującego, które zostały pogrupowane w dwa podstawowe zarzuty: 1. Niedośzacowanie pracochłonności dla roli Kierownika projektu oraz 2. Brak wyjaśnienia kosztów realizacji oferty Podwykonawcy. W ramach drugiego zarzutu zamawiający wskazał między innymi, że wyjaśnienia udzielone przez odwołującego są nieprecyzyjne i zawierają błędy. Powyższa okoliczność została potwierdzona przez samego odwołującego w treści pisma z dnia 26 marca 2021 r., stanowiącego odpowiedź na drugie wezwanie zamawiającego (pismo zamawiającego z dnia 9 marca 2021 r.). W piśmie tym odwołujący sam przyznał, że wyjaśnienia udzielone na pierwsze wezwanie zamawiającego zawierają szereg nieścisłości, czego efektem są niezgodności pomiędzy ofertą podwykonawcy a wyjaśnieniami z dnia 18 lutego 2021 r. (wyjaśnienia zawarte na str. 2 pisma z dnia 26 marca 2021 r.). Przyznanie ww. okoliczności odnosi się do szeregu nieścisłości wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 9 marca 2021 r., dotyczących w szczególności zakresu udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia oraz kosztów z tym związanych (pkt 1, 2, 3, 6, 7 i 8). Powyższe oznacza, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp odwołujący nie udzielił rzetelnych wyjaśnień mogących stanowić podstawę oceny zaoferowanej przez niego ceny. Zdaniem Izby odwołujący błędnie rozumie zasady i cel postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty wykonawcy. Z pewnością nie służy ono umożliwianiu wykonawcy wielokrotnego składania wyjaśnień oraz poprawiania błędów i nieścisłości. Klóciłoby się to z istotą samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które – jako sformalizowana procedura zakupowa – winno być przeprowadzone sprawnie i szybko. Zamawiający, z uwagi na wydatkowanie środków publicznych, obowiązani są przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający w możliwie największym stopniu należyłą realizację zamówienia. Osiągnięciu tego celu służy wiele instrumentów zawartych w ustawie Pzp, w tym m.in. postępowanie wyjaśniające dotyczące ceny oferty uregulowane w art. 90 ustawy Pzp. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie konkretnych, kompletnych i rzetelnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Niesprostanie temu przez wykonawcę skutkuje zaistnieniem podstawy do odrzucenia jego oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, tj. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący przedstawił wyjaśnienia zawierające szereg nieścisłości, co zostało przyznane przez samego odwołującego. Wyjaśnienia te należy zatem określić mianem nierzetelnych. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powziętą w tym zakresie decyzję zamawiającego

należało zatem uznać za prawidłową, a wniesione wobec tej czynności odwołanie – za podlegające oddaleniu.

Jedynie zatem dodatkowo Izba wskazuje, że podziela pogląd zamawiającego, że odwołujący obowiązany był do przedstawienia czynników kosztotwórczych także w zakresie udziału w realizacji zamówienia podwykonawcy. Wynika to ze znaczącego (deklarowanego) zakresu udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, jak i faktu, że udział ten polega na udostępnieniu określonych zasobów osobowych, a koszty osobowe stanowią podstawową kategorię czynników kosztotwórczych w kalkulacji ceny. Istotnie, treść drugiego wezwania zamawiającego z dnia 9 marca 2021 r. mogła wprowadzić w błąd odwołującego – zamawiający z jednej strony wzywa do przedstawienia szczegółowych kosztów realizacji oferty podwykonawcy, a z drugiej strony jako przykładowy sposób zadośćuczynienia temu wezwaniu wskazuje na ten przyjęty w odniesieniu do samego odwołującego, tj. zawierający informacje o ilości roboczodni. Niemniej jednak, w ocenie Izby informacje w ww. zakresie powinny zostać przedstawione przez odwołującego już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 1 zawartego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, tj. dotyczącego niedoszacowania pracochłonności dla roli Kierownika projektu, należy stwierdzić, że szczegółowe informacje w tym zakresie ze strony odwołującego pojawiły się dopiero na etapie odwołania. Z drugiej strony również zamawiający dopiero w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego przedstawił szczegółowe wyliczenia w zakresie wymiaru pracochłonności dla ww. roli. Rozpoznając zarzuty odwołania dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba bierze pod uwagę jedynie treść wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwania zamawiającego. Mając to na uwadze za okoliczność istotną dla oceny wyjaśnień odwołującego należało raczej uznać nieudzielenie przez odwołującego konkretnej odpowiedzi na postawione w tym zakresie pytanie zamawiającego. W piśmie z dnia 26 marca 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia sposobu zagwarantowania prawidłowej realizacji prac Kierownika projektu, przy utrzymaniu wskazanej przez odwołującego pracochłonności. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego nie przedstawił żadnych konkretnych wyjaśnień, mogących stanowić podstawę oceny zaoferowanej przez odwołującego ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp z 2019 r.

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

**Przewodniczący:** .....