

Sygn. akt: KIO 2313/18

WYROK

z dnia 30 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 listopada 2018 r. przez **wykonawcę Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie**

przy udziale **wykonawcy R-SOFT Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2 oraz odrzucenie oferty wykonawcy R-SOFT Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę;**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża w 1/4 wykonawcę R-SOFT Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz w 3/4 wykonawcę Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy: R-SOFT Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** kwotę **1.950 zł 00 gr.** (słownie: tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Zakładu Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie.**

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Usługa rozszerzenia funkcjonalności systemów informatycznych w ramach projektu Cyfrowe Lubelskie z podziałem na części*”. Część II zamówienia dotyczyła „*Rozszerzenia funkcjonalności systemu elektronicznego zarządzania dokumentacją*”.

Wykonawca Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 9 listopada 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył w zakresie części II odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy R-Soft Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 15, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1-5, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II postępowania, dokonanie ponownego badania ofert oraz wykluczenie wykonawcy R-Soft Studio Sp. z o.o. z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, ewentualnie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej lub odrzucenie oferty ww. wykonawcy, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy R-Soft Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy R-Soft Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

W dniu 2 listopada 2018 r. Zamawiający w zakresie zadania nr II dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy R-Soft Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie. W dniu 9 listopada 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie. Pismem z dnia 26 listopada 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, w pozostałej części Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Na rozprawie Przystępujący – w zakresie zarzutu uwzględnionego – wniósł sprzeciw, wobec uwzględnienia odwołania.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Przystępujący poprzez złożone wyjaśnienia z dnia 13 września 2018 r. nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Nie budziło wątpliwości, że Przystępujący dla części II zaoferował cenę były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Przystępujący poprzez złożone wyjaśnienia powołał się na ogólnie na własne doświadczenie, nie wyjaśnił jednak jak przedmiotowa okoliczność wpływa na cenę. Zgodzić należało się z Odwołującym, że niewystarczające jest powołanie się na podobieństwo przedmiotu zamówienia z realizowanymi projektami, bez

skonkretyzowania powyższego do zaoferowanej ceny.

Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Odwołującego iż Przystępujący nie odpowiedział – w złożonych wyjaśnieniach z dnia 13 września 2018 r. – na wszystkie pytania i wątpliwości Zamawiającego kierowane wezwaniem do wyjaśnień. Przede wszystkim wykonawca nie udzielił Zamawiającemu w zakresie wszystkich czynników cenotwórczych, w szczególności wykonawca nie odniósł się do wyliczeń co do kosztów pracy, a w konsekwencji wobec wezwania Zamawiającego takich wyliczeń nie złożył.

Ponadto jak słusznie zauważył Odwołujący Przystępujący składając wyjaśnienia – pomimo wezwania Zamawiającego – nie przedstawił żadnych dowodów odnoszących się do kosztów pracy do czego również był zobowiązany. Na rozprawie oświadczył, że posiada takie dokumenty, jednak ich nie złożył na wyraźne wezwanie Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przystępujący powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa – a niewątpliwie miał możliwość składając takie dokumenty zatrzeć je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodzić należało się z Odwołującym – że co do doświadczenia na które powołał się Przystępujący – nie wskazano zakresu jaki miał wpływ na kalkulację zaoferowanej ceny. Dodatkowo dokumenty złożone przez Przystępującego na rozprawie niewątpliwie powinny być złożone przez wykonawcę w toku postępowania wraz z wyjaśnieniami.

To co istotne – co przesądziło o uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – Przystępujący nie wskazał złożonymi wyjaśnieniami konkretnych wyliczeń kosztów pracy, nie wskazano jakie to ma przełożenie na personel. Przystępujący jedynie bardzo ogólnie wskazał że koszty pracy nie będą niższe przewidziane przepisami minimalne wynagrodzenie. Nie zostały chociażby złożone umowy o pracę, czy też inne umowy czy dowody wskazujące na poniesiony koszt personelu.

Owszem wezwanie Zamawiającego było wezwaniem ogólnym, jednak co do kosztów pracy wskazywało na konieczność przedstawienia stosownych wyliczeń – nie zostały również złożone dowody – co w ocenie Izby stanowiło podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego. Izba zgodziła się z Odwołującym, że powyższe wyjaśnienia potwierdzają jedynie, że kilka osób jest zaangażowanych w projekt.

Izba nie zgodziła się z Przystępującym, że w tym przypadku istniały podstawy do wezwania Przystępującego o dodatkowe wyjaśnienia – gdyż wobec braku odpowiedzi

Przystępującego co do kosztów pracy – wezwanie to byłoby dodatkowym wezwaniem o tym samym zakresie (co do kosztów), co w ocenie Izby jest niedopuszczalne.

Odnosząc się jeszcze do złożonych przez Przystępującego dowodów na rozprawie należy zauważyć, że Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone wyjaśnienia przez Przystępującego potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone dowody jednak nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny – wobec brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – mogą być wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 10 września 2018 r.. Tym samym w rozpoznawanej sprawie złożone na rozprawie dowody należało uznać jako bezprzedmiotowe.

Dodatkowo – co również potwierdza stanowisko Izby wyrażone powyżej – zwrócić należy uwagę na treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, który ją złożył. W ocenie Izby Przystępujący – w przedstawionym stanie faktycznym – nie wykazał poprzez złożone wyjaśnienia (tym i złożone dowody), że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr II oraz odrzucenie oferty wykonawcy R-Soft Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Należy przypomnieć, że w świetle przywołanego przepisu wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a w przypadku niesprostania ciężarowi dowodowemu – niezależnie od okoliczności faktycznych – Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów Izba oddaliła odwołanie, w szczególności co do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego wobec przedstawienia przez niego nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że złożona referencja nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ wobec tego wykonawca podlega wykluczeniu za wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Przede wszystkim wskazana referencja spełnia wymagania Zamawiającego co do zakresu czasowego – na co wskazał Zamawiający, gdyż wykonywana jest na rzecz Zamawiającego, spełnia również wymagania co do przedmiotowych wymagań SIWZ. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający dość szeroko

wymagał, wykazania się jedną usługą posiadającą na świadczeniu usługi helpdesk zgodnie z ITIL lub równoważne przez okres 2 lat, zatem nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że Przystępujący w tym zakresie nie spełnił warunku udziału a tym bardziej nie można mówić, że wprowadził Zamawiającego w błąd. Analogicznie co do kadry nie został wykazany zarzut naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby nie zostało wykazane, że udział wskazanej kadry w innych przedsięwzięciach gospodarczych może mieć wpływ na realizację tego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 15, 16, 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, w ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub stateczną decyzję administracyjną o niezaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym ziściła się przesłanka „zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności” w postaci rozłożenia na raty należności, co stanowi przesłankę wyłączającą wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Niewątpliwie przepis wskazuje na zwrot „Chyba, że” co oznacza wprowadzenie wyjątku od obligatoryjnego wykluczenia, niezależnie czy została zawarta ostateczna decyzja w tej sprawie czy nie, gdyż gdyż sankcja w postaci wykluczenia jest wyłączona w przypadku rozłożenia na raty należności, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Zatem nie ziściła się przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp a w konsekwencji nie mamy do czynienia z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, co oznacza że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Wobec powyższego - Izba rozpoznając de facto cztery zarzuty - które wyłoniły się w oparciu o opisany stan faktyczny jak również przebieg całej rozprawy – Izba w części (1/4) uwzględniła zarzut Odwołującego, w pozostałej części (3/4) Izba oddaliła niniejsze zarzuty. W konsekwencji Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia niniejszego odwołania, obciążając stosownie kosztami strony postępowania – t.j. w $\frac{1}{4}$ Przystępującego, w $\frac{3}{4}$ Odwołującego co ma swoje odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy*

Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Wobec uwzględnienia jednego z zarzutów przez Zamawiającego – i w konsekwencji wobec wniesienia sprzeciwu w tej części – Izba nie mogła obciążyć w całości kosztami Przystępującego, bo sprzeciw został wniesiony tylko w części (1/4 – co do zarzutu rażąco niskiej ceny, który to zarzut Izba uwzględniła zatem jedynie w tym zakresie koszty mógł ponieść Przystępujący). W pozostałym zakresie zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania – a zarzuty te zostały oddalone przez Izbę, zatem w tym zakresie koszty musiał ponieść Odwołujący. W konsekwencji Izba dokonało podziału kosztów postępowania z godnie z wynikiem – co ma swoje odzwierciedlenie w sentencji wyroku. Analogiczna sytuacja zapadła na gruncie orzeczenia o sygn. akt KIO 17/17 oraz KIO 24/17.

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października

2013 r. sygn. akt X Ga 286/13. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

Przewodniczący:

.....