Sygn. akt: KIO 191/19

WYROK
z dnia 20 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2019 r. przez Odwołującego: SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu
przy udziale wykonawcy Elsevier B.V. z siedzibą w Amsterdamie 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;
2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:……

……

……

Sygn. akt: KIO 191/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa licencji na system i wdrożenie systemu na potrzeby Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu oraz 7 jednostek partnerskich, prezentującego i promującego osiągnięcia naukowe i potencjał badawczy (dalej jako „Postępowanie"). Postępowanie dotyczy zamówienia na rzecz następujących podmiotów: Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku, Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, Śląskiego Uniwersytetu Medyczny w Katowicach, Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, Warszawskiego Uniwersytetu Medyczny, Instytutu Medycyny Pracy im. prof. dr med. Jerzego Nofera w Łodzi oraz Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu. Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 075-166387 w dniu 18 kwietnia 2018 r.

I. W dniu 4 lutego 2018 r. Odwołujący - SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na czynność odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz czynność unieważnienia Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, w

sytuacji, gdy:

a.w toku Postępowania Odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, w których kompleksowo przedstawił wszystkie pozycje cenowe i kosztowe związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, jak również zakładany zysk, z których wynika, że oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej

b.Zamawiający skierował do Odwołującego ogólne i lakoniczne wezwania do złożenia wyjaśnień, w których nie sprecyzował swoich wątpliwości w zakresie poprawności w skalkulowaniu ceny, mimo ich ówczesnego zidentyfikowania, które to wątpliwości Zamawiający wyraził dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji, wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego na podstawie wspomnianych wezwań uznał za niepełne i niewystarczające,

co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

2.art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, co prowadzić powinno do stwierdzenia, że w Postępowaniu złożono jedną ważną ofertę i brak jest podstaw do unieważnienia Postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1.unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

[uzasadnienie zarzutu nr 1]

Treść wezwania z dnia 13 lipca 2018 r. w zasadzie stanowiła powtórzenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i Zamawiający nie wyartykułował w nim żadnych konkretnych wątpliwości w przedmiocie wiarygodności zaoferowanej ceny oraz nie wskazał Odwołującemu swoich oczekiwań, co do kształtu i zakresu wyjaśnień. W dniu 23 lipca 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp. W ich treści podał, jakie czynniki wpłynęły na finalny kształt zaoferowanej ceny podnosząc przede wszystkim, że spośród 8 Uczelni będących Zamawiającymi tylko 3 z nich (Gdański UM, SUM w Katowicach oraz UM w Lublinie) nie korzystają z rozwiązań dostarczanych przez Odwołującego. Aż bowiem w 5 z tych jednostek, Odwołujący, bądź podmioty z jego grupy kapitałowej, dostarczały rozwiązania informatyczne, w toku czego, współpracowały z kadrą Zamawiających, której przedstawiciele również będą brali udział w wykonaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że posiadane doświadczenie powala mu zminimalizować ryzyka projektowe oraz zoptymalizować zaoferowaną cenę, na którą bez wpływu nie pozostaje też wiedza o strukturach organizacyjnych Zamawiających, procedurach postępowania, przyjętych i uznawanych regułach współpracy, metodach akceptacji i szybkości podejmowania decyzji. Odwołujący wskazał też, że posiada w swojej ofercie platformę dedykowaną uczelniom wyższym - SIMPLE.EDU, której zakres i sposób funkcjonowania szczegółowo opisał, a po czym skonstatował, że z tego, istniejącego rozwiązania informatycznego (które spełnia wymogi SIWZ - co sam przyznał Zamawiający) będzie mógł skorzystać wykonując przedmiot zamówienia, co jest jednym z kluczowych czynników zaoferowanej, niższej od konkurencji ceny. Odwołujący, czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego oświadczył, że każda z zaangażowanych w wykonanie zamówienia osób otrzyma wynagrodzenie wyższe niż wynagrodzenie minimalne oraz że nie korzysta z pomocy publicznej. Na zakończenie Odwołujący podniósł, iż w rzeczywistości jego oferta jest porównywalna cenowo z ofertą Wykonawcy Elsevier biorąc pod uwagę fakt, że wspomniany Wykonawca, jako podmiot holenderski i działający głównie na tamtym rynku, oferować musi wyższe ceny, co generowane jest przez wyższe koszty pracy, koszty tłumaczeń, logistyki, a ponadto, w przedmiotowym Postępowaniu również koszty integracji z obcymi systemami dotychczas użytkowanymi przez Zamawiające Uczelnie. Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią pierwszych wyjaśnień, w dniu 7 września 2018 r. skierował do Odwołującego drugie wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty. Odwołujący, stosując się do drugiego wezwania Zamawiającego, w dniu 12 września 2018 r. złożył kolejne wyjaśnienia, w treści których zawarł wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje zawarte w pkt 1-9 wezwania, a ponadto, dążąc do pełnego wyjaśnienia struktury zaoferowanej ceny, również zakres kosztu instalacji, konfiguracji i dostosowania zamawianego Systemu. Wbrew zupełnym, kompletnym i przekonującym wyjaśnieniom przedstawionym przez Odwołującego, Zamawiający w dniu 25 stycznia 2019 r. ponownie odrzucił jego ofertę z uwagi na niezłożenie pełnych wyjaśnień i dowodów w zakresie opisanym w wezwaniu. Zamawiający wskazał ponadto, że w zakresie, w którym przedłożone wyjaśnienia Odwołującego korespondują z treścią wezwania, potwierdzają one, że oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia. Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego, jakkolwiek bardziej obszernym w porównaniu do uzasadnienia pierwotnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie sposób się zgodzić, a co za tym

idzie, jego decyzja w postaci odrzucenia oferty Odwołującego w dalszym ciągu zasługuje na wyrugowanie z obrotu prawnego. Analiza dwóch złożonych w Postępowaniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bez wątpienia prowadzi do wniosku, że Odwołujący wykazał, że przewidział koszt pełnego zakresu czekających do prac związanych w wykonaniem zamówienia oraz, że osiągnie zysk z wykonania umowy. Złożone wyjaśnienia należy uznać, że pełne, spójne i logiczne, a także zawierające rozsądne i wiarygodne argumenty przemawiające za możliwością obniżenia zaoferowanej ceny, co poparte zostało dodatkowo odpowiednimi wyliczeniami, a tam, gdzie było to konieczne (tj. w przypadku kosztów współpracy z partnerem projektu), również dowodami. Z całą pewnością nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że przedsięwzięcie, o którego wykonanie ubiega się Odwołujący byłoby dla niego nieopłacalne mając na uwadze złożoną ofertę i korespondujące z nią wyjaśnienia złożone w Postępowaniu. Okoliczności takie nie wynikają zwłaszcza z uzasadniania odrzucenia oferty Odwołującego przedstawionego przez Zamawiającego, które zostaną poniżej kolejno omówione przez Odwołującego.

(pkt III.2.2.5 i 3 informacji o wyniku Postępowania)

Oceniając pierwsze wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 13 lipca 2018 r. Zamawiający w uzasadnieniu informacji o wyniku Postępowania wskazał, że pierwsza ich opisowa część zawierała zwroty mało konkretne, o charakterze marketingowym. Z takim stanowiskiem nie podobna się zgodzić. Odsyłając w tym miejscu do treści przedmiotowych wyjaśnień należy jedynie przypomnieć, że Odwołujący wskazał w nich konkretne czynniki wpływające na wysokość zaoferowanej ceny [TP]. Biorąc pod uwagę typ przedmiotowego zamówienia, a więc dostawę i wdrożenie systemu informatycznego bez konieczności dostawy sprzętu, okoliczności te nie stanowią bynajmniej marketingowych zapewnień, a realne czynniki, które w istotny sposób mogą wpłynąć na obniżenie zaoferowanej ceny. W przypadku tego typu zamówień, gdzie dostarczany jest efekt pracy intelektualnej zaangażowanych w to osób, okoliczności takie przyjmowane są w orzecznictwie KIO jako decydujące i stanowiące właściwe uzasadnienie zaoferowanej ceny. Za okoliczność nieistotną z punktu widzenia prawidłowości zaoferowanej przez Odwołującego ceny uznać należy, że w toku dialogu technicznego Odwołujący podał cenę wyższą niż zaoferowana w Postępowaniu. W pierwszej kolejności wskazać trzeba, że udostępnione na etapie dialogu technicznego przez Zamawiającego materiały wraz z opisem założeń systemu były bardzo ogólne. Stanowiły one bardziej niż opis przedmiotu zamówienia, jedynie wstępny zarys potrzeb/założeń biznesowych, które system miał obsługiwać, a nie konkretne wymagania funkcjonalne. Na etapie dialogu technicznego Zamawiający nie określił precyzyjnie funkcjonalności systemu, zakresu integracji, niezbędnych licencji, a więc decydujących czynników kosztotwórczych. Brak precyzyjnej wizji zamawianego rozwiązania i dokumentacji systemu na etapie badania rynku, pozwalały przyjąć różne koncepcje kształtu i struktury tego systemu, a co za tym idzie, również i różne koszty odbiegające znacznie od kosztów finalnego przedmiotu zamówienia. Po drugie, zgodnie z art. 90 ustawy Pzp, kwota wskazana na potrzeby szacowania zamówienia jest irrelewantna dla badania prawidłowości zaoferowanej ceny, gdyż badaniu podlegać ma właśnie tylko cena zawarta w ofercie.

(pkt III.2.2.6 informacji o wyniku Postępowania)

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że system Simple.EDU jest rozwiązaniem wyłącznie typu ERP. SIMPLE.EDU to platforma, której głównymi elementami są system dziedzinowy do obsługi głównego profilu działalności uczelni BAZUS (w tym dorobku naukowego) oraz system administracyjny SIMPLE.ERP do obsługi zadań administracyjnych. Tak więc, w jego skład oprócz systemu ERP wchodzi również system dziekanatowy do obsługi studentów, dydaktyków i całego procesu dydaktycznego, w tym również zagadnień związanych z dorobkiem naukowym. Jest to więc system przechowujący i zarządzający danymi o profilu dedykowanym do obsługi uczelni wyższych. Istotą toczącego się między Zamawiającym a Odwołującym sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 857/18), było, czy opis zamawianego systemu oprócz komponentów właściwych tylko i wyłącznie dla systemu typu CRIS (jak twierdził Zamawiający) zawiera także szereg innych komponentów, właściwych innym systemom obejmującym wdrożenie zintegrowanego systemu przechowującego i zarządzającego danymi (jak twierdził Odwołujący), tj. właśnie takim systemom jakie wielokrotnie wdrażał Odwołujący. Przyjmując za prawdziwe stanowisko Odwołującego, właśnie z tak zidentyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia Skład Orzekający wywiódł podstawę do nakazania Zamawiającemu zmiany warunków udziału w Postępowaniu, na takie, które przewidują nie tylko realizację wdrożenia systemu typu CRIS, ale alternatywnie także systemu obejmującego wdrożenie zintegrowanego systemu przechowującego i zarządzającego danymi, aby umożliwić np. Odwołującemu, posiadającemu doświadczenie w tego typu wdrożeniach, ubieganie się o udzielenie zamówienia jako podmiotowi, który daje rękojmię jego należytego wykonania. W świetle powyższych, stwierdzonych wyrokiem KIO okoliczności, bez wątpienia, przynajmniej część zamawianego systemu zawierać docelowo będzie komponenty tego samego typu, które Odwołujący z powodzeniem wdrażał wcześniej u innych klientów (w tym u jednostek Zamawiających) i tym samym jest w posiadaniu rozwiązania, na podstawie którego będzie mógł stworzyć zamawiany system.

(pkt III.2.2.7 informacji o wyniku Postępowania) – informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (dalej jako „TP")

(pkt III.2.2.8 informacji o wyniku Postępowania)

Dalej Zamawiający przytoczył, że Odwołujący podał w swoich wyjaśnieniach, że osoby zaangażowane w realizację zamówienia uzyskują wynagrodzenie wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej określonych w przepisach prawa, nie korzysta z pomocy publicznej oraz, że w cenie oferty uwzględnił koszt wniesionego wadium i zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Odwołujący nie znajduje żadnego wytłumaczenia, które nie wybrzmiewa też z treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty, by powyższe okoliczności świadczyły o tym, że oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską. Oświadczenie to złożone jest w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w którym wskazał on, że oświadczenia takiego oczekuje.

(pkt III.2.2.8 informacji o wyniku Postępowania)

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, że wyjaśnienia powyższe nie były istotnie obszerne czy rozbudowane, to z faktu ilości i szczegółowości informacji zawartych w tych wyjaśnieniach nie można Odwołującemu czynić negatywnego dla niego zarzutu, mając na uwadze charakter i treść pierwszego wezwania skierowanego przez Zamawiającego, a także fakt, iż z wyjaśnień tych wynikało jakie okoliczności Odwołujący uwzględnił przy kalkulacji swojej ceny oraz podał jej części składowe. Poza bowiem jedynie przytoczeniem treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w pierwszym wezwaniu nie wyraził jakie wątpliwości budzi u niego cena zaoferowana przez Odwołującego oraz jakich konkretnie informacji oczekuje uzyskać w odpowiedzi na kierowane wezwanie. Zamawiający postawił więc Odwołującego w sytuacji, w której ten musiał niejako zgadywać, domyślać się, jaki format wyjaśnień będzie w przekonaniu Zamawiającego właściwym. W konsekwencji, Zamawiający nie może oceniając powyższe wyjaśnienia odmawiać im waloru prawidłowości z uwagi na ich (w jego przekonaniu) lakoniczność czy niepełność skoro sam jako gospodarz Postępowania nie zadbał, aby postawić Odwołującemu jakiekolwiek wymagania dotyczące zakresu tych wyjaśnień.

(pkt III.2.2.9 informacji o wyniku Postępowania)

Należy z całą mocą podkreślić, że dopiero w uzasadnieniu rozstrzygnięcia Postępowania (informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego) Zamawiający po raz pierwszy podniósł swoje wątpliwości w zakresie przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień, których nigdy wcześniej nie komunikował. Zwrócić jednak należy uwagę, że Odwołujący w pierwszych wyjaśnieniach poruszył chociażby temat kosztów osobowych wskazując jakie czynniki wpływać będą na obniżenie tych kosztów i ujął je w zamieszczonej tam tabeli, podobnie jak wskazał okoliczności, dzięki którym obniży koszty wdrożenia, integracji, migracji danych. Skoro Zamawiający nie wyartykułował w żaden sposób, że w tym zakresie ma wątpliwości i że chciałby zobaczyć, jak rozkładają się te koszty w zestawieniu szczegółowym, Odwołujący miał prawo przyjąć, że wyjaśnienia te były wystarczające. Nie sposób wymagać od Odwołującego antycypowania wszelkich wątpliwości Zamawiającego, zwłaszcza w postępowaniu na dostawę systemu informatycznego, w którym elementów kosztowych jest wiele.

(pkt III.2.2.13 i 14 informacji o wyniku Postępowania)

Zamawiający podniósł, że z oferty Odwołującego wynika, że w realizacji zamówienia weźmie udział również podwykonawca Simple Invest sp. z o.o., przy czym wyjaśnienia nie wskazują jaki jest zakres udziału tego podwykonawcy w realizacji zamówienia oraz jakie koszty zobowiązany będzie ponieść Odwołujący z tego tytułu. Zasygnalizować trzeba, że przepisy ustawy nie określają zamkniętego katalogu dowodów służących do wykazania zapewnienia sobie współpracy z partnerami, z którymi wykonawca realizował będzie zamówienie. Z uwagi na powyższe, za wiarygodne należy uznać wyjaśnienia Odwołującego, zgodnie z którymi współpraca z partnerami projektu przyniesie możliwość obniżenia kosztów jego realizacji. Zwrócić też należy uwagę, że w drugich wyjaśnieniach Odwołujący rozwinął swoje wyjaśnienia opisowe dot. partnerów projektu oraz wskazał szczegółowe koszty wiążące się z ich udziałem.

(pkt III.2.2.15-17 informacji o wyniku Postępowania)

Pomimo faktu, że Odwołujący odniósł się do wszystkich wymienionych w pkt 1-10 elementów wezwania i podał po kolei wymagane koszty oraz wyjaśnił co się na te koszty składa, Zamawiający nadal uważa, że wyjaśnienia są niepełne i niekompletne, przedstawiając (dopiero w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego) swoje zastrzeżenia, wątpliwości i wymagania co do treści przedmiotowych wyjaśnień, których to w żaden sposób, mając ku temu okazję konstruując drugie wezwanie, nie wyraził. Odwołujący nie określił bynajmniej w drugim wezwaniu, jakiego poziomu szczegółowości oczekuje od Odwołującego (poza wymienieniem kosztów z pkt 1-10, które Odwołujący wymienił), nie wskazał, które elementy pierwszych wyjaśnień według niego są niepełne oraz nie zasygnalizował, że wymienienie wspomnianych kosztów uzna za niewystarczające. Wobec powyższego uznać należy, że drugie wyjaśnienia złożone przez

Odwołującego korelowały z treścią drugiego wezwania skierowanego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W tym bowiem zakresie, w którym Zamawiający wyspecyfikował jakich konkretnie danych oczekuje (a więc poszczególnych kosztów zawartych w pkt 1-10 wezwania) otrzymał stosowne informacje Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający sam w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego przyznał, że jego wezwanie było jedynie „propozycją" w zakresie rodzajów kosztów określonych w wezwaniu. Stoi to w sprzeczności z równoległymi jego twierdzeniami, że wymagał od Odwołującego szczegółowych wyjaśnień, które „wyraźnie zidentyfikował". Zdecydowanie nie można też stwierdzić, że Odwołujący mógł wiedzieć, iż Zamawiający oczekuje od niego złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztów osobowych (tj. jakie stawki miesięczne lub stawki za godzinę pracy zostały przez niego uwzględnione, jakie są konkretne koszty pracy). Zarówno z pierwszego, jak i z drugiego wezwania nie można wywieść takiego żądania. Odwołujący, mimo powyższego, starając się jak najpełniej wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty określona została na realnym poziomie, w pierwszych wyjaśnieniach wskazał, że mógł pozwolić sobie na obniżenie kosztów osobowych, bowiem gros członków wykwalifikowanej kadry jaką dysponuje, zatrudniona jest u niego na stałe, przez co koszt zespołu realizującego zamówienie nie będzie wyłącznie kosztem realizacji tego konkretnego zamówienia, gdyż stanowiska pracy i posiadane przez piastujące je osoby narzędzia i tak już istnieją. Należy też wspomnieć, że żądanie od Odwołującego wskazania konkretnych stawek wynagrodzenia osób zatrudnianych przy realizacji projektu i tak nie byłoby miarodajne biorąc pod uwagę badanie rażąco niskiej ceny przy zamówieniu tego typu.

(pkt III.2.2.18 informacji o wyniku Postępowania)

Odwołujący stoi na stanowisku, że ze złożenia wyjaśnień, zgodnie z którymi to oferta Wykonawcy Elsevier jest zawyżona, nie można mu czynić zarzutu w kontekście wyjaśnienia braku rażąco niskiej ceny. Argumentacja ta miała na celu zwrócenie uwagi Zamawiającego, że oferta konkurencyjnego Wykonawcy, z uwagi na fakt, że jest on podmiotem zagranicznym pozornie tylko czyni, w ich bezpośrednim porównaniu, ofertę Odwołującego zdecydowanie tańszą, zawierającą rażąco niską cenę. W rzeczywistości jednak, z uwagi na funkcjonowanie Odwołującego w Polsce i zatrudnianiu personelu polskiego, oferta Odwołującego, zawierająca rzeczywiste i rynkowe koszty składające się na ogólną cenę, jest ofertą jak najbardziej realną. Konsekwencją tego było błędne uznanie przez Zamawiającego, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską, co zrodziło po stronie Odwołującego konieczność udowodnienia prawidłowości skalkulowania zwykłej ceny rynkowej. Fakt, że Zamawiający nie wziął tej, sygnalizowanej przez Odwołującego okoliczności pod uwagę, świadczy jedynie o nieprawidłowej ocenie złożonych wyjaśnień, której konsekwencją było równie nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego.

(pkt III.2.2.19 informacji o wyniku Postępowania) - TP

(pkt III.2.2.20 informacji o wyniku Postępowania)

Brak jest podstaw do uznania, że w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny, z uwagi na charakter zamówienia, koniecznym było przedstawienie przez Odwołującego jakiegokolwiek dowodu innego niż jego własne wyjaśnienia, które bez wątpienia Odwołujący złożył. Przypomnieć należy, że zamówienie polegać ma na dostarczeniu stworzonego przez samego wykonawcę systemu informatycznego i świadczeniu usług utrzymania tego systemu. Koszty wykonania zamówienia wyceniane więc będą tylko i wyłącznie przez samego wykonawcę, bowiem cena jego oferty uzależniona jest od jego kalkulacji (koszty licencji, wdrożenia, integracji, migracji). Wykonanie zamówienia nie jest w znacznym stopniu uzależnione od kosztów generowanych przez podmioty trzecie, jak było w przypadku, gdyby w zakres zamówienia wchodziła np. dostawa sprzętu informatycznego, który wykonawca pozyskać musiałby na rynku, a jedynie od kosztów zatrudnienia kadry pracowniczej oraz ceny za jaką wykonawca zdecyduje się sprzedać i dostarczyć wytworzony System. W takim wypadku, zgodnie z orzecznictwem KIO, wystarczającymi wyjaśnieniami z przedmiocie ceny rażąco niskiej jest przedstawienie własnych kalkulacji przez Wykonawcę. Po drugie, Zamawiający jest w błędzie twierdząc, że Odwołujący nie wykazał, iż długoletnie doświadczenie, współpraca z uczelniami wyższymi, czy wysoko wykwalifikowana kadra są okolicznościami, które stanowią obiektywny czynnik dostępny wyłącznie dla wykonawcy. Zgodnie z treścią pierwszych wyjaśnień, Odwołujący jest jednym z liderów rynku oprogramowania informatycznego dla uczelni wyższych w Polsce, co osiągnął za sprawą stale zatrudnianej kadry specjalistów. Fakt, że poza Odwołującym, żaden rodzimy wykonawca nie złożył oferty w Postępowaniu powoduje, że tylko Odwołujący na takie doświadczenie i zasoby może się powoływać. Możliwość taka powoduje z kolei sposobność optymalizacji ceny oferty, co Odwołujący od początku sygnalizował Odwołującemu.

Podsumowując uzasadnienie zarzutu nr 1, skonstatować należy, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego wskutek negatywnej oceny złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Z wyjaśnień tych jasno wynika, że zaoferowana cena jest ceną realną i poprawnie skalkulowaną oraz pozwalającą na osiągnięcie zysku. Wszelkie natomiast zastrzeżenia Zamawiającego do kompletności przedmiotowych wyjaśnień uznać należy za o tyle spóźnione, iż niewyrażone w treści skierowanych do Odwołującego wezwań. Odwołujący, sporządzając swoje

wyjaśnienia nie mógł antycypować wspomnianych (jakkolwiek niesłusznych) uwag Zamawiającego, a przez to jego wyjaśnienia nie mogą jawić się jako niepełne lub niewystarczające. Biorąc pod uwagę sposób prowadzenia procedury wyjaśnień przez Zamawiającego, Odwołujący za pomocą rozsądnych argumentów i z wykorzystaniem adekwatnych środków dowodowych należycie wykazał prawidłowość zaoferowanej ceny i w takiej sytuacji jego oferta nie może zostać odrzucona.

[uzasadnienie zarzutu nr 2]

Jak uzasadniono to podnosząc zarzut nr 1, czynność w postaci odrzucenia oferty Odwołującego była niewłaściwa i zasługuje na unieważnienie. Z tego też powodu brak jest podstaw do unieważnienia Postępowania, skoro powinna w nim wciąż znajdować się ważna oferta Odwołującego.

II. Pismem z dnia 18 lutego 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 8 lutego 2019 r. wykonawca Elsevier B.V. z siedzibą w Amsterdamie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Swoje stanowisko w sprawie ww. wykonawca przedstawił w piśmie z dnia 18 lutego 2019 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- oferta Odwołującego na kwotę 10 824 000,00 zł brutto,
- oferta Wykonawcy Elsevier B.V. na kwotę 18 796 185,49 zł brutto (po poprawieniu omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

W dniu 6 lipca 2018 r. Zamawiający dokonując otwarcia ofert poinformował, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 26 702 454,03 zł brutto.

W ramach czynności badania ofert, pismem z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty – w treści wezwania Zamawiający przytoczył treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 23 lipca 2018 r.

Pismem z dnia 7 września 2018 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny jego oferty. W treści wezwania Zamawiający poinformował, że uprzednio złożone przez Odwołującego wyjaśnienia „mają charakter ogólnikowy, w związku z czym Zamawiający nie może na ich podstawie podjąć decyzji o tym, czy Wykonawca SIMPLE S.A. uwzględnił wszystkie elementy kosztu niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia SIMPLE S.A. składają się z dwóch części: opisowej i bardzo ogólnej kalkulacji ofertowej. Część opisowa wyjaśnień zawiera pełno zwrotów mało konkretnych, o charakterze marketingowym oraz stwierdzenia, które budzą uzasadnione wątpliwości co do tego, czy oferta Wykonawcy SIMPLE S.A. została skalkulowana w sposób prawidłowy oraz zawiera wszystkie elementy cenotwórcze.” W związku z powyższym Zamawiający ponownie zwrócił się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wskazanych przez Zamawiającego dziesięciu pozycji kosztowych. Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 12 września 2018 r.

W dniu 19 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Wykonawcy Elsevier B.V. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, i w związku z tym o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 29 października 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności

Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Elsevier na podstawie wszystkich zidentyfikowanych w Postępowaniu naruszeń ustawy Pzp oraz unieważnieniu Postępowania. Wyrokiem z dnia 16 listopada 2018 r. (KIO 2224/18) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Podstawą uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp było uznanie przez Izbę, że Zamawiający w sposób niedostateczny uzasadnił czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy na ww. podstawie.

W dniu 25 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Wykonawcy Elsevier B.V. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, i w związku z tym unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

[Stanowisko Izby zostanie przedstawione z pominięciem informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co – mając na uwadze okoliczności faktyczne i argumentację prawną stanowiące podstawę wydania niniejszego rozstrzygnięcia – należy uznać za wystarczające.]

W art. 90 ustawy Pzp zostało uregulowane postępowanie wyjaśniające dotyczące ceny lub kosztu oferty wykonawcy, przeprowadzane w ramach czynności badania ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z regulacji tych wynika, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty (art. 90 ust. 1 – 1a ustawy Pzp) wykonawcę, do którego takie wezwanie zostało wystosowane, obciąża obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, ze oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Mając na uwadze treść art. 90 ust. 2 ustawy Pzp podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy odnosić między innymi do sytuacji, w których wykonawca nie sprostał spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

W niniejszej sprawie kwestią bezsporną było zaistnienie podstawy zwrócenia się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty (art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z tym, to na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Należy w tym miejscu poczynić uwagę, iż niewskazanie przez zamawiającego w treści wezwania sposobu przedstawienia wyjaśnień oznacza, iż wybór w tym zakresie został pozostawiony wykonawcy. Niemniej jednak, wyjaśnienia te powinny być konkretne i wyczerpujące. Oznacza to, że wyjaśnienia powinny odnosić się do konkretnych wartości ekonomicznych. Ogólne twierdzenia dotyczące np. posiadanego doświadczenia lub zasobów personalnych nie mogą zostać uznane za spełniające ww. wymóg konkretności. Wyjaśnienia powinny również być kompletne, a zatem na ich podstawie zamawiający powinien móc ocenić, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszystkie istotne pozycje kosztowe. W orzecznictwie Izby prezentowane jest stanowisko dopuszczające możliwość zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie uzupełniających wyjaśnień. Zgodnie z tym stanowiskiem ponowne zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu oferty może mieć miejsce przede wszystkim w sytuacji, w której wykonawca co do zasady starał się zadośćuczynić wezwaniu zamawiającego, jednakże pewne kwestie wymagają dodatkowego wyjaśnienia – w szczególności, gdy treść wezwania wystosowanego przez zamawiającego miała ogólny charakter. Treść pierwszego wezwania do Odwołującego sprowadzała się do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, choć należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż w odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący zobowiązany był do przedstawienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia tych elementów kosztotwórczych wymienionych w ww. regulacji, które występowały w przypadku kalkulacji ceny jego oferty (koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym oraz koszty powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy). W ramach badania ceny oferty Odwołującego Zamawiający nie poprzestał jednak na pierwszym wezwaniu (z dnia 13 lipca 2018 r.), lecz w dniu 7 września 2018 r. wystosował do Odwołującego ponowne wezwanie. W treści wezwania z dnia 7 września 2018 r. Zamawiający wskazał wyliczenia dokładnie których pozycji kosztowych miały dotyczyć wyjaśnienia wraz z dowodami („… o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: …"). W związku z tym, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Odwołujący obowiązany był przedstawić nie tylko ogólne kwoty odpowiadające ww. pozycjom kosztowym, lecz wyjaśnienia

odnoszące się do dokonanych w ramach tych pozycji wyliczeń. Należy również podkreślić, iż w treści wezwania z dnia 7 września 2018 r. Zamawiający wskazał Odwołującemu z jakich powodów uznał poprzednie wyjaśnienia za niewystarczające. Stwierdzając między innymi, że wyjaśnienia te miały charakter ogólnikowy, w związku z czym Zamawiający nie może na ich podstawie podjąć decyzji o tym, czy Odwołujący uwzględnił wszystkie elementy kosztu niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający przekazał Odwołującego dodatkowe wytyczne co do sposobu przedstawienia wyjaśnień w odpowiedzi na powtórne wezwanie.

Dokonując oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego należy podzielić stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Wyjaśnienia zawierają głównie ogólne twierdzenia, a w niewielkim stopniu odnoszą się do konkretnych wartości ekonomicznych. Odwołujący obowiązany był do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia poszczególnych pozycji kosztowych, a zatem miały to być wyjaśnienia dotyczące sposobu ustalenia wartości przyjętych w ramach kalkulacji w odniesieniu do tych pozycji. Tymczasem przedstawione wyjaśnienia, nawet jeżeli dotyczącą tych pozycji, to odnoszą się do nich w sposób ogólny – nie odnoszą się do sposobu wyliczenia ich wartości. Za niewystarczające należy uznać informacje przedstawione w tabeli nr 2 zawartej w piśmie z dnia 12 września 2018 r. Zostały tam bowiem wskazane kwoty przyporządkowane poszczególnym pozycjom kosztów – wraz z kwotą sprzedaży, zysku oraz poziomem marży, jednakże wartościom tym nie towarzyszą wyjaśnienia dotyczące ich wyliczenia. W ramach pozycji nr 1 ujęto szereg różnorodnych prac (wskazanych w ostatniej kolumnie zatytułowanej „Informacja szczegółowa"), którym nie przypisano żadnych wartości. Informacje zawarte w ostatniej kolumnie, wbrew określeniu, jakim posłużył się Odwołujący („Informacja szczegółowa") mają bardzo ogólnikowy charakter. W niektórych przypadkach są to informacje bardzo nieprecyzyjne – w przypadku pozycji nr 3 oraz 6[1] wskazano, iż zawierają one również wartość odpowiadającą części innego elementu kosztotwórczego uprzednio przedstawionego (prawdopodobnie chodziło o informacje zawarte w tabeli nr 1, wiersz 5), jednakże nie podano o jaką dokładnie część tutaj chodzi. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku pozycji nr 5, gdyż w ostatniej kolumnie tabeli wskazano, że część kosztów ponoszonych przez wykonawcę z tego tytułu została ujęta w ramach pozycji nr 1, jednakże nie wskazano jaka jest to część.

Wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia wartości zaprezentowanych w ww. tabeli nie zostały również przedstawione w części opisowej pisma Odwołującego z dnia 12 września 2018 r. Takie informacje nie zostały również podane w pierwszej odpowiedzi z dnia 23 lipca 2018 r. W części opisowej wyjaśnień zawartych w ww. pismach zostały wskazane okoliczności, które w ocenie Odwołującego mają istotny wpływ na obniżenie ponoszonych przez niego kosztów, a w konsekwencji możliwość obniżenia ceny oferty. Nie zostały jednak przedstawione wyjaśnienia zawierające odwołanie do konkretnych wartości ekonomicznych, tj. w jaki sposób wskazane przez Odwołującego okoliczności przekładają się na możliwość obniżenia ceny oferty. Poprzestanie na opisaniu ww. okoliczności bez przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dotyczących wpływu na cenę oferty (zawierających wyliczenia dotyczące kosztów) nie stanowi zadośćuczynienia obowiązkowi spoczywającemu na wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Natomiast informacje przedstawione w tabeli nr 1 (zawartej zarówno w piśmie z dnia 23 lipca 2018 r. jak i w piśmie z dnia 12 września 2018 r.) zawierają bardzo ogólne dane, stanowiące co najwyżej wstęp do bardziej szczegółowych wyliczeń i wyjaśnień, które w dalszej kolejności powinny zostać przedstawione przez Odwołującego. W ww. tabeli (jednakże wyłącznie w wersji zawartej w piśmie z dnia 23 lipca 2018 r.) Odwołujący zawarł dane odnoszące się do kosztów osobowych, jednakże wskazana została w tym zakresie jedynie ogólna kwota, bez szczegółowych wyliczeń, a ponadto odnosi się ona także do innych prac wyszczególnionych w czwartym wierszu tabeli. Należy również zgodzić się z Zamawiającym, iż informacje w tym zakresie zostały przedstawione w taki sposób, iż nie jest jasne, czy wyrazy „koszty osobowe" odnoszą się do wszystkich prac wymienionych w tej pozycji, czy wyłącznie do ostatniej kategorii. W pozostałych fragmentach wyjaśnień brak jest wyliczeń dotyczących kosztów osobowych. Za wystarczające wyjaśnienia z pewnością nie można uznać informacji, iż „każda z Osób, które będą zaangażowane w przedmiotowe zamówienie uzyskuje wynagrodzenie wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847)". Jak słusznie podkreślał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, koszty osobowe stanowią jeden z kluczowych elementów cenotwórczych przedmiotowego zamówienia i w związku z tym powinny być przedmiotem konkretnych i szczegółowych wyjaśnień (wraz z wyliczeniami).

Podsumowując, należy stwierdzić, iż Odwołujący nie sprostał spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w przedmiocie wyjaśnienia ceny oferty w przeważającym stopniu miały bardzo ogólny charakter. Odwołujący nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia poszczególnych pozycji kosztowych, w tym wskazanych przez Zamawiającego. W nielicznych przypadkach, w których Odwołujący przedstawił bardziej konkretne informacje, były one jednocześnie niekompletne i niewystarczające, a w niektórych przypadkach

niejasne – niepozwalające na ich jednoznaczną interpretację.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby za prawidłowe uznał stanowisko Zamawiającego co do zaistnienia wobec Odwołującego podstawy odrzucenia jego oferty wskazanej w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji również co do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie podlegało uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:……

……

……