

Sygn. akt: KIO 2740/20

WYROK
z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2020 r. przez Odwołującego **APLAN Media sp. z o.o. (ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **A. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Panato PR A. B. (Łuki Wielkie 5/4, 02-434 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **APLAN Media sp. z o.o. (ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź)** i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **APLAN Media sp. z o.o. (ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2740/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Produkcja filmów informacyjno - promocyjnych prezentujących efekty wdrażania regionalnych programów operacyjnych województwa mazowieckiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 02 września 2020 roku pod numerem 580471-N-2020.

Odwołujący Aplan Media sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1, 2 i 8 ustawy mające wpływ na wynik postępowania poprzez niezasadne dopuszczenie do oceny oferty Wykonawcy tj. A. D. prowadzącej działalność pod firmą Panato PR A. D. w sytuacji jej sprzeczności z zapisami SIWZ - pkt.22.4 ppkt 3) SIWZ, która to sprzeczność polegała na niepodpisaniu oferty zgodnie z tym postanowieniem, naruszenie art. 89 ust. 4 i art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy mające wpływ na wynik postępowania poprzez niezasadne dopuszczenie do oceny oferty Wykonawcy w sytuacji: jak wskazał Odwołujący: „zawieranie przez tę ofertę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w sytuacji braku prawidłowej ceny zaoferowanej w piśmie Wykonawcy z dnia 25.09.2020 roku - Załącznik nr 2”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art.89 ust. 1 pkt. 1, 2, 8 i 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez oczywiste niezastosowanie tego przepisu w realiach sprawy i nieodrzućenie oferty wybranego Wykonawcy, art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy poprzez niezastosowanie, przyjęcie zbyt ogólnych wyjaśnień Wykonawcy i nieodrzućenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy A. B. prowadzącej działalność pod firmą Panato PR A. B., unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie tej czynności bez uwzględnienia oferty ww. Wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego wybrany Wykonawca nie dopełnił wymogów pkt.22.4 ppkt 3) SIWZ który stanowi, że formularz oferty oraz wszystkie załączniki powinny być podpisane lub parafowane na każdej zapisanej stronie przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla formy organizacyjnej Wykonawcy, a podpis wraz z pieczęcią musi być złożony na końcu każdego oświadczenia lub/i dokumentu. W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy nie spełnia tego wymogu - Formularz ofertowy zawierający 15 stron jest jedynie parafowany w sposób nieczytelny i nie jest parafowany na każdej zapisanej stronie. Wobec powyższego brak podpisania oferty i parafowania oferty na każdej stronie przez Wykonawcę powoduje niezgodność oferty z punktem SIWZ oraz z punktu widzenia prawa powoduje niezachowanie formy pisemnej przez Wykonawcę i jej nieważność.

Zdaniem Odwołującego oferta wybranego przez Zamawiającego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a pismo Wykonawcy z dnia 25.09.2020 roku nie spełnia wymogów pozwalających przyjąć wyjaśnienie Wykonawcy tam zawarte jako usuwające wątpliwości Zamawiającego i dopuszczenie oferty do oceny. W piśmie zawierającym 2 strony Wykonawca jedynie na pierwszej stronie wskazał przykładową kalkulację cenową dla jednego filmu oraz zadeklarował korzystanie z własnego sprzętu, co w opinii Odwołującego w żaden sposób nie spełnia wymogów ustawowych, które zobowiązują w art. 90 Wykonawcę do wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska (ust.2) w sposób określony w ust. 1 art. 90 (tj. podać w jaki sposób oszczędności metody wykonania zamówienia wpływają na jego cenę, opisać wybrane rozwiązania techniczne, czy też wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy — np. jakim sprzętem i w jakim zakresie dysponuje, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018r. poz.2177), pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów). Zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie udzielił wyjaśnień spełniających w/w wymogi, w związku z czym jego oferta powinna być odrzućona, a brak jej odrzucenia powoduje wadliwość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w treści SIWZ zawarł wymagania, zgodnie z którym Formularz oferty oraz wszystkie załączniki powinny być podpisane lub parafowane na każdej zapisanej stronie przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla formy organizacyjnej Wykonawcy, a podpis wraz z pieczęcią musi być złożony na końcu każdego oświadczenia lub/i dokumentu.

Oferta Wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Panato PR A. B. została podpisana w treści

formularza ofertowego pod każdym oświadczeniem zawartym w tym formularzu. Podpis Wykonawcy został złożony w miejscach przeznaczonych do złożenia podpisu. Nadto odcisnięto pieczęcie zawierające imię i nazwisko: A. B. oraz adres. Wykonawca nie parafował każdej ze stron formularza ofertowego.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie artykułów 89 ust. 2 pkt 1, 2, 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe zarzuty są bezzasadne.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy A. B., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Panato PR A. B. na podstawie żadnego z ww. przepisów.

Nie zostało wykazane, aby oferta ww. Wykonawcy była niezgodna z ustawą, czy też nieważna na podstawie innych przepisów. Odwołujący nawet nie wskazał przepisów, z którymi oferta miałaby być niezgodna.

Oferta została podpisana w miejscach do tego przewidzianych w formularzu ofertowym. Natomiast regulacja zawarta w SIWZ w postaci wymogu parafowania każdej strony oferty ma charakter jedynie instrukcyjny. Brak zamieszczenia parafy na każdej stronie formularza ofertowego nie ma wpływu na ważność oferty.

Oferta została podpisana. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. W trakcie rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że clue zarzutu stanowi okoliczność, że parafa jest nieczytelna. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że parafa z definicji nie jest podpisem i stanowi jedynie znak pisemny wykonawcy, najczęściej zawierający pojedyncze litery imienia czy nazwiska. Ponadto to, co Odwołujący nazwał parafą, zostało zamieszczone w miejscach przewidzianych na podpis i stanowi odrębny podpis wykonawcy, opatrzony pieczęcią imienną wykonawcy (o czym powyżej). To, że Odwołujący miał kłopot z rozszyfrowaniem podpisu i nazwał go parafą, nie oznacza, że taki podpis nie został złożony.

Powyższe oznacza, że oferta Wykonawcy A. B. jest ważna, a w konsekwencji zarzut naruszenia artykułu 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny. Nadto, jak wskazano powyżej, Odwołujący nie przedstawił argumentacji, na czym miałyby polegać naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z jakimi przepisami oferta miałaby być niezgodna lub jakie przepisy wskazują na nieważność oferty.

Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Skoro w artykule tym mowa jest o treści oferty, to znaczy, że dotyczy on niezgodności merytorycznej. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można zatem mówić w sytuacji, gdy nieprawidłowości odnoszą się tylko i wyłącznie do formalnych aspektów, takich jak parafowanie formularza oferty na każdej stronie. Istotą oferty jest jej treść, a więc przedmiot oferowany, cena, termin realizacji zamówienia, nie zaś takie formalne aspekty, jak braki dotyczące parafek, pieczęci, numeracji stron, potwierdzania za zgodność z oryginałem, nawet wówczas, gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia opisywała szczegółowo zasady ich składania. Powyżej wskazane braki mają charakter formalny i nie wpływają na treść złożonej oferty.

W konsekwencji należało uznać za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułów 89 ust. 1, 2, 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bezzasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułów: 89 ust. 4, 90 ust. 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wezwał Wykonawcę A. B. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w tym wskazania sposobu kalkulacji ceny za produkcję filmów informacyjno-promocyjnych prezentujących efekty wdrażania regionalnych programów operacyjnych województwa mazowieckiego, która musi być realizowana zgodnie z wymaganiami wskazanymi w Załączniku nr 2 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

Skoro Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i jest to fakt bezsporny pomiędzy stronami, to nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca A. B. w treści wyjaśnień wskazała, że posiada kompletny sprzęt filmowy niezbędny do produkcji filmów, dlatego też nie poniesie kosztu jego wypożyczenia. Wykazane zostało również, że Wykonawca realizuje zadania samodzielnie, nie przekazując zleceń podwykonawcom. Ponadto Wykonawca przedstawiła wycenę pojedynczego filmu. Wynagrodzenia dla członków ekipy filmowej zostały szczegółowo rozpisane. Ponadto przedstawiono także koszty m. in. ubezpieczenia planu, cateringu, transportu oraz przewidziano rezerwę.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący nie wykazał okoliczności, że oferta Wykonawcy A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Panato PR A. B., zawiera cenę rażąco niską lub żeby złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wskazywały na rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w treści oferty Wykonawcy.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wymieniony Wykonawca przedstawił okoliczności, które pozwalały przyjąć, że cena zamówienia nie jest rażąco niska. Przede wszystkim przedstawiona kalkulacja wskazuje na wynagrodzenie poszczególnych osób realizujących film. Są to kwoty rzędu od 1500 złotych do 3500 złotych. Jak wyjaśnił Zamawiający i Przystępujący: „biorąc pod uwagę, że praca na planie każdego z filmów, według założeń Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, ma zająć maksymalnie 6 dni, każda ze stawek wskazanych przez Wykonawcę jest wyższa 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. Podobna sytuacja ma miejsce z kwotami wynagrodzeń dla osób pracujących przy postprodukcji filmów, czyli montażystą i grafikiem, którzy według zapisów SOPZ mają 7 dni na wykonanie swoich zadań". Złożone wyjaśnienia przedstawiają zatem podstawowe okoliczności mające wpływ na wysokość ceny wskazanych za realizację przedmiotu zamówienia, tj. kalkulacji wyceny realizacji pojedynczego filmu - w której zostały wskazane kwoty wynagrodzenia ekipy, kosztów produkcji oraz dodatkowych elementów, takich jak: ubezpieczenie planu, transport, catering oraz inne (rezerwowe) koszty. Wskazane informacje pozwalają na dokonanie oceny, czy zaproponowane kwoty są realne i nie naruszają obowiązujących przepisów.

Odwołujący nie odniósł się do przedstawionej przez Wykonawcę kalkulacji cenowej, w tym do wysokości wynagrodzenia przedstawionego przez Wykonawcę. Nie zakwestionował wysokości przedstawionych stawek, nie wykazał, że są one nierealne. Skoro zaś wysokość wynagrodzeń przekracza kwoty wynikające z przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, to zaoferowana cena nie jest zaniżona czy nierealna.

Ponadto Wykonawca A. B. w treści wyjaśnień wskazała, że posiada kompletny sprzęt filmowy niezbędny do produkcji filmów, dlatego też nie poniesie kosztu jego wypożyczenia. W piśmie procesowym wyjaśniła, że posiadanie takie sprzętu pozwala zaoszczędzić ok. 1000 zł dziennie, co przy realizacji zdjęć przez ok. 50 dni przyniesie oszczędność w wysokości ok. 50 000 złotych netto. Wykonawca zatem wbrew twierdzeniu Odwołującego przedstawił okoliczność, która wskazuje na możliwość obniżenia wartości zamówienia.

Odwołujący nie zaprzeczył powyższym okolicznościom. Nie wskazał, że okoliczność powyższa nie ma znaczenia dla kalkulacji całości ceny. Nie odniósł się także do dodatkowego twierdzenia Wykonawcy o oszczędności wynikającej z faktu, że Wykonawca ma siedzibę w Warszawie, wszystkie miejsca i osoby, które mają zostać przedstawione w filmach, znajdują się na Mazowszu, co pozwoli na zaoszczędzenie kosztów transportu i noclegu.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, że cena zaproponowana przez Wykonawcę jest nierealna lub aby uzasadnione było domniemanie, że jest rażąco niska. Poza ogólnym stwierdzeniem zawartym w treści odwołania, zgodnie z którym Wykonawca nie spełnił wymogów ustawowych, które zobowiązują w art. 90 Wykonawcę do wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska (ust.2) w sposób określony w ust. 1 art. 90, Odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych twierdzeń ani dowodów, które powalałyby z pewnością stwierdzić, że Wykonawca A. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Panato PR A. B., nie zrealizuje zamówienia za zaoferowaną cenę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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).

Przewodniczący:.....