Sygn. akt: KIO 170/20

WYROK

z dnia 6 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020r. przez MEDWAY Sp. z o. o., ul. Chartowo 5, 61-245 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II, ul. Prądnicka 80, 31-202 Kraków

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy Ascendious Aksamit W. N. Sp. j. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,

1a. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II, ul. Prądnicka 80, 31-202 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MEDWAY Sp. z o. o., ul. Chartowo 5, 61-245 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II, ul. Prądnicka 80, 31-202 Kraków na rzecz MEDWAY Sp. z o. o., ul. Chartowo 5, 61-245 Poznań kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Krakowie.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II - prowadzi w trybie przetargu postępowanie o udzielenie zamówienia na Opracowanie i stworzenie aplikacji mobilnej oraz strony internetowej w ramach projektu „Weź głęboki oddech" współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014-2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lipca 2019r. pod poz. 577952-N-2019.

W dniu 27 stycznia 2020r. Odwołujący - Medway Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej ustawa Pzp), to jest wobec:

a. czynności wyboru oferty ASCENDIOUS jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ASCENDIOUS powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia,

b. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w trybie art. 90 ustawy Pzp przez ASCENDIOUS,

c. zaniechania odrzucenia oferty ASCENDIOUS, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a ASCENDIOUS nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez ASCENDIOUS nie spełniają wymogów zakreślonych przez art. 90 ustawy Pzp i nie obalają domniemania, że oferta ASCENDIOUS zawiera rażąco niską cenę,

d. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w trybie art. 90 ustawy Pzp przez M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: SM32 STUDIO M. M. z siedzibą w Żywcu (zwanego dalej SM32 STUDIO),

e. zaniechania odrzucenia oferty SM32 STUDIO, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a SM32 STUDIO nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez SM32 STUDIO nie spełniają wymogów zakreślonych przez art. 90 ustawy Pzp i nie obalają domniemania, że oferta SM32 STUDIO zawiera rażąco niską cenę,

f. zaniechania prowadzenia przez Zamawiającego postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty ASCENDIOUS jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ASCENDIOUS powinna został odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia,

2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ASCENDIOUS,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ASCENDIOUS, pomimo, że oferta ASCENDIOUS powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia,

4. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez SM32 STUDIO,

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SM32 STUDIO, pomimo, że oferta SM32 STUDIO powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia,

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prowadzenia przez Zamawiającego Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności polegającego na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz

nakazanie odrzucenia oferty Ascendioud oraz SM32 Studio, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonych w postępowaniu i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Ascendious otrzymał w dniu 16 stycznia 2020r. za pośrednictwem listu poleconego (pismo z dnia 15 stycznia br.). Oferta Ascendious uzyskała 100 pkt (cena oferty 78 000zł), drugą w kolejności ofertę z punktacją 93,43 złożyło SM32 Studio (cena 87 576zł), a trzecią z sumą 85,46 była oferta Odwołującego (cena 102 926,40zł).

Odwołujący, wskazując na swój interes we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody, podniósł, że zarówno wyjaśnienia ASCENDIOUS, jak i SM32 STUDIO w żaden sposób nie spełniają dyspozycji art. 90 ustawy Pzp, są krótkie, mają charakter ogólny i lakoniczny, a także wskazują jednoznacznie na to, że oba podmioty niewłaściwie oszacowały swoją pracę w stosunku do wielkości zamówienia. Wyjaśnienia ASCENDIOUS oraz SM32 STUDIO powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego już z tego względu, że nie przedstawiają żadnych dowodów, na które nacisk kładzie ustawodawca w treści art. 90 ustawy Pzp, co także podnosił Zamawiający w wezwaniach z dnia 18 listopada 2019 roku.

ASCENDIOUS wyjaśnił, że przyczyną zaoferowania wynagrodzenia w łącznej kwocie 78.000,00 zł brutto jest fakt, że od wielu lat zajmuje się wykonywaniem oprogramowania podobnego do zawartego w ofercie, co wydaje się być całkowicie niewiarygodne skoro spółka ASCENDIOUS AKSAMIT W. N. spółka jawna została zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dopiero w dniu 26 kwietnia 2016 roku. Dodatkowo ASCENDIOUS wskazał, że wytworzył wcześniej zestaw bibliotek i gotowych, częściowych rozwiązań co rzekomo pozwalałoby mu taniej wykonać przedmiot Zamówienia, przy czym jako potwierdzenie posiadanych kompetencji wskazał oprogramowanie dla rekruterów oraz oprogramowanie integrujące kanały obsługi klienta. ASCENDIOUS nie złożył jakiejkolwiek kalkulacji swojej ceny ofertowej i wbrew wyraźnej dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i żądaniu Zamawiającego, nie przedłożył żadnych dowodów.

Również wyjaśnienia SM32 STUDIO nie mogą zostać uznane za spełniające wymogi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. SM32 STUDIO wskazał, że posiada duży potencjał technologiczny i ludzki, a także że korzysta z pomocy de minimis, w ramach której korzysta z osób oddelegowanych na staż przez Powiatowy Urząd Pracy w Żywcu. SM32 STUDIO podniósł, że dysponuje własnym zapleczem serwerowym, a także własnym specjalistycznym oprogramowaniem. Powołał się także na posiadanie doświadczenia. Jednakże za wyjątkiem wyliczenia rzekomych oszczędności SM32 STUDIO nie złożył jakiejkolwiek kalkulacji swojej ceny ofertowej i wbrew wyraźnej dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i żądaniu Zamawiającego, także nie przedłożył żadnych dowodów.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia wykonawców składane w trybie art. 90 ustawy Pzp muszą udowadniać, że cena wykonawcy jest realna do wykonania przedmiotu zamówienia. W tym przedmiotowym postępowaniu zarówno ASCENDIOUS, jak i SM32 STUDIO nie przedłożył ani jednego dowodu na okoliczność wyliczenia tak niskiej ceny przedmiotu Zamówienia. Brak jest umów o pracę/umów cywilnych z osobami, które mają wykonywać usługi w ramach Zamówienia. Nie ma też dowodów na wskazywane koszty usług zewnętrznych. ASCENDIOUS oraz SM32 STUDIO w żaden sposób nie wykazują dowodami także kosztów swojej działalności (m. in. koszty biura, obciążenia publicznoprawne, koszty zarządu). Mając na uwadze powyższe, brak jakichkolwiek dowodów dyskwalifikuje wyjaśnienia złożone przez ASCENDIOUS oraz SM32 STUDIO już od samego początku. Sam Zamawiający w wezwaniach z dnia 18 listopada 2019 roku wzywał tychże wykonawców do przedłożenia dowodów.

Zdaniem Odwołującego, zarówno ASCENDIOUS, jak i SM32 STUDIO niewłaściwie oszacowali wielkość Zamówienia, złożone przez te podmioty oferty zawierają rażąco niską cenę, a przedmiotowi wykonawcy nie sprostali wymogom zakreślonym przepisem art. 90 ust. 3 w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wskazał, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że mimo złożenia przez ASCENDIOUS oraz SM32 STUDIO nieprawidłowych w rozumieniu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie podjął żadnych działań w celu odrzucenia wadliwych ofert ASCENDIOUS oraz SM32 STUDIO. Zatem Zamawiający w sposób świadomy akceptował i nadal akceptuje niezgodną z treścią przepisów Pzp ofertę ASCENDIOUS oraz SM32 STUDIO, czym w ocenie Odwołującego naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, złożył pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego dnia 26 czerwca 2019r. na podstawie analizy cen rynkowych na kwotę 130 081,31zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że kwota przeznaczona na realizację wynosi 160 000zł.

W postępowaniu wpłynęło 14 ofert z cenami od najtańszej - 78 000zł do najdroższej - 456 086 zł. Oferta Ascendious uzyskała 100 pkt z ceną 78 000zł, drugą w kolejności ofertę z punktacją 93,43 złożyło SM32 Studio z ceną 87 576zł, a trzecią z sumą 85,46 była oferta Odwołującego z ceną 102 926,40zł.

W dniu 18 listopada 2019r. Zamawiający skierował, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp do wykonawców wezwanie o wyjaśnienie w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. W wezwaniu Zamawiający przywołał treść art. 90 ust. 1 ustawy Pz i wskazał, że wyjaśnienia\dowody należy przedłożyć w formie pisemnej w terminie 6 dni od dnia otrzymania pisma.

W odpowiedzi, wykonawca Ascendious złożył pismem z dnia 21 listopada 2019r. wyjaśnienia, w których poinformował, że firma od wielu lat zajmuje się wykonywaniem oprogramowania podobnego do zawartego w ofercie, przez lata pracy nad podobnymi rozwiązaniami wytworzyła zestaw bibliotek i gotowych, częściowych rozwiązań pozwalających realizować kolejne zlecenia znacznie szybciej i taniej. Wykonawca przedstawił listę ostatnich realizacji ze wskazaniem linków stron internetowych tych realizacji.

Z kolei, wykonawca SM32 Studio, pismem z dnia 19 listopada 2019r., złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty, wskazując m.in. na:

- posiadany duży potencjał technologiczny i ludzki, który daje możliwość wykonania zamówienia wyjątkowo oszczędnie,

- otrzymaną pomoc de minimis z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach programu Europa Inwestująca w Obszary Wiejskie,

- uczestnictwo stażystów, skierowanych z PUP w Żywcu, uczniów odbywających praktyki z Technikum Mechaniczno- Elektrycznego z Żywca oraz studentów Akademii

Techniczno-Humanistycznej z Bielska - Białej, które pozwoli na zmniejszenie kosztów,

- posiadanie własnego zaplecza serwerowego, specjalistycznego oprogramowania,

- duże doświadczenie w pracy z systemami bazodanowymi oraz zarządzania treścią klasy CMS,

- realizacja lub ukończenie realizacji zleceń dla sektora publicznego i administracji.

Wykonawca SM32 Studio przedstawił w formie tabelarycznej obliczone konkretne wartości oszczędności dla wymienionych w piśmie czynników, które wpływały na obniżenie ceny oferty.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

W przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie spoczywa na wezwanym wykonawcy. Zwrócenie się o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. W orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

Nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że w przypadku usług informatycznych polegających na opracowaniu i stworzeniu aplikacji mobilnej oraz strony internetowej, jakie są objęte przedmiotem zamówienia kalkulacja ceny oferty jest nieweryfikowalna. Każdy z wykonawców oferujących taką usługę, dokonując kalkulacji ceny oferty musiał przyjąć niezbędną do wytworzenia, przetestowania i wdrożenia na platformach ilość roboczogodzin oraz stawkę roboczogodziny. Zauważyć jednak należy, że wezwanie Zamawiającego z dna 18 listopada 2019r. miało charakter ogólny i sprowadzało się do zacytowania art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie sfomułował w treści wezwania wymagania dotyczącego przedstawienia kalkulacji cenowej czy podania stawek roboczogodziny i ilości roboczogodzin. Żądał m.in.: wykazania oszczędności metody wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, pomocy publicznej, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy czy powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Oceniając złożone przez Ascendious Aksamit W. N. sp. j. wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, Izba uznała, że nie zawierają one żadnych wyliczeń ceny oferty, jak również żadnych elementów, które mogłyby świadczyć o warunkach wyjątkowo sprzyjających tylko temu wykonawcy, przy uwzględnieniu których możliwa byłaby realizacja zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca nie wykazał żadnych konkretnych oszczędności dla tego zamówienia, jakie mogłyby wynikać z posiadania wytworzonych już gotowych, częściowych rozwiązań. Podane w treści wyjaśnień ukończone ostatnio realizacje i posiadanie wytworzonych już gotowych, częściowych rozwiązań pozostają bez żadnego związku z wykazaniem prawidłowości wyceny oferty w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Wykazane realizacje dowodzą jedynie posiadania przez wykonawcę doświadczenia w realizacji wymienionego tam oprogramowania. Przywoływane przez Zamawiającego w toku rozprawy argumenty obniżające koszty realizacji zamówienia dotyczące samodzielnego wykonania zamówienia przez wspólników spółki jawnej, wykraczały poza wyjaśnienia złożone przez samego wykonawcę i pozostały gołosłowne.

Z tych względów, zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez Ascendious, są ogólne, nieprzekonujące i nie podają żadnych konkretnych elementów, które świadczyłyby o rzetelności dokonanej kalkulacji cenowej.

Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Ascendious oraz zaniechania odrzucenia oferty Ascendious, mimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Izba uznała natomiast, że wyjaśnienia złożone przez drugiego w rankingu oceny ofert wykonawcę Sm32 Studio, choć nie są zbyt obszerne, to jednak wskazują na przyjęte przy obliczeniu ceny oszczędności, które miały istotny wpływ na cenę oferty. Elementami tymi są: pomoc de minimis z Europejskiego Funduszu Rolnego, zatrudnienie stażystów oraz studentów na praktyki, posiadanie własnego zaplecza serwerowego, oprogramowania, Wszystkie te czynniki wyjątkowo sprzyjające wykonawcy, w tym również pomoc publiczna zostały skonkretyzowane przez podanie wartości oszczędności jakie miały wpływ na cenę oferty. Co prawda nie została przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja ceny oferty w oparciu o stawkę roboczogodziny i przyjętą ilość roboczogodzin, ale z uwagi na ogólną treść wezwania należy uznać, że Zamawiający nie wymagał przedstawienia takiego dokumentu. W treści wyjaśnień wykonawca SM32 Studio podał konkretne wartości, mające istotny wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty, co pozwala przyjąć, że udzielone przez niego wyjaśnienia spełniają oczekiwania Zamawiającego, wyrażone w wezwaniu z dnia 18 listopada 2019r.

Z tych względów, Izba oddaliła zarzuty dotyczące dokonania nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez SM32 STUDIO oraz zaniechania odrzucenia oferty SM32 STUDIO, z uwagi na to, że oferta SM32 STUDIO powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: .....