Sygn. akt: KIO 2076/22

POSTANOWIENIE
z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: Contact Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Stawki 2A, 00-193 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Finansów (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa),

- wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: POS Group sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (ul. Czyżówka 14/2.7, 30-526 Kraków),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Contact Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Stawki 2A, 00-193 Warszawa) kwoty 13.500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 207622

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: Contact Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministertswo Finansów z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1170 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego pn. „„Świadczenie Obsługi Telefonicznej Klientów Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej oraz Obsługi Zgłoszeń”. Numer referencyjny: R/015/22/DPO/G/385. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE, nr ogłoszenia 2022/S 098-270126 z dnia 20.05.2022 r. ze zmianami.

Odwołujący podał, że odwołanie dotyczy: (1) czynności wyboru oferty POS Group

Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (...), (2) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 PZP o przedstawienie dowodu spełniania udziału w przetargu, oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 ppkt b) PZP w przypadku braku przesłania stosownego dokumentu

potwierdzającego spełnienie warunku, (3) zaniechania czynności. do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy tj. wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 PZP POS do wyjaśnienia ceny oferty, podczas gdy mając na uwadze standardy rynkowe, cena budzi wątpliwość, oraz w przypadku braku udowodnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska odrzucenie jej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP. Wskazał na naruszenia przepisów ustawy Pzp: (1) art. 239 ust. 1 PZP (.), (2) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 124 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 ppkt b) (.), (3) art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 (.).

W związku z powyższym wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru POS,

2. Wezwania POS na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w przetargu (zdolność techniczna)

Równolegle

3. Wezwania POS na podstawie art. 224 ust. 1 PZP do wyjaśnień RNC

W dalszej kolejności

4. Odrzucenia oferty POS

5. Wyboru oferty Odwołującego;

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Odwołujący żądał dokonania czynności zgodnie ze wskazanymi żądaniami odwołania.

Wykonawca podał: (...) Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu przepisów PZP i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych zaniechań Zamawiającego m.in. dotyczących wezwania POS w trybie art. 128 ust. 1 PZP oraz 224 ust. 1 PZP, wybrana została oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. W takiej sytuacji Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, a jego oferta jest kolejna po POS w rankingu".

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił w piśmie z dnia 10 sierpnia 2022 r. wykonawca POS Group Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, który wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 sierpnia 2022 r. w odpowiedzi na odwołanie

wskazał w szczególności: (...) cyt.:

5. Wobec bezpodstawnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający wnosi o oddalenie Odwołania w całości. Zamawiający podnosi, że w jego ocenie zarzuty Odwołania nie znajdują podstaw tak natury faktycznej, jak i prawnej, co zostanie szczegółowo wykazane w dalszej części niniejszej odpowiedzi na Odwołanie. Zamawiający stoi na stanowisku, że podejmowane przez niego czynności czynią zadość literze prawa oraz dyspozycji norm, do których przestrzegania jest zobowiązany.

V. Odniesienie się do poszczególnych zarzutów

[Zarzut nr 2 - brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez POS Group]

6. Nie sposób zgodzić się z tezą Odwołującego zgodnie, z którą POS Group jest podmiotem, który wyłącznie przekazał ludzi (body leasing) na rzecz Orange Polska S.A. Powyższa teza nie wynika z dokumentacji Postępowania.

7. Wykonawca w Postępowaniu przedłożył Zamawiającemu należycie wypełniony wykaz usług opracowany według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. Z przedmiotowego załącznika wynika, iż Wykonawca w ramach umowy nr 30467973/OPL/Z/OP/UR/DTB/1/57628/17 z dnia 22.02.2017 r. wykonywał umowę, która

polegała na świadczeniu usług call center oraz outsourcingu pracowniczego. Dalej w wykazie usług czytamy, że przedmiotowe zamówienie obejmowało świadczenie nieprzerwanie przez 12 kolejnych miesięcy usługi w zakresie obsługi telefonicznej klienta dla połączeń przychodzących i wychodzących, w którym roczna liczba obsłużonych przychodzących i wychodzących połączeń telefonicznych wyniosła ok. 4 200 000 szt.

Dowód: Przedłożony w Postępowaniu przez POS Group - wykaz usług (załącznik nr 1 do

przedmiotowego pisma).

8. Z przedłożonego przez Wykonawcę wykazu usług, zdaniem Zamawiającego, wynika wprost, iż usługa obejmowała świadczenie usług w zakresie obsługi telefonicznej klientów. Zamawiający nie miał więc podstaw, aby uznać, że usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający również wobec precyzyjnie i jednoznacznie złożonego wykazu usług nie widział przestrzeni do dodatkowego wyjaśniania przez Wykonawcę jaki był zakres wykonywanej usługi wskazanej na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, bowiem informacje w tym zakresie zostały zawarte w wykazie usług przedłożonym przez POS Group.

9. Dopełnieniem wykazu usług, stanowiły przedłożone przez Wykonawcę referencje, z których zdaniem Zamawiającego również wynikało, iż POS Group spełnia warunek udziału w postępowaniu. W samych referencjach (trzeci akapit) znajdziemy bowiem potwierdzenie, że w okresie ostatnich 3 lat POS Group świadczy, co najmniej jedno zamówienie (umowę) polegającą na świadczeniu nieprzerwanie przez 12 kolejnych miesięcy usług w zakresie obsługi telefonicznej klienta dla połączeń przychodzących i wychodzących, w którym roczna liczba obsłużonych przychodzących i wychodzących połączeń telefonicznych wynosiła, co najmniej 180 000 połączeń. Dowód: Referencje POS Group uzyskane od Orange Polska S.A. (załącznik nr 2 do przedmiotowego pisma).

10. Zamawiający nie może czytać dokumentu referencji wybiórczo, musi badać całą treść danego dokumentu. Mimo, iż referencje POS Group w pierwszych dwóch akapitach nawiązują do świadczenia usługi outsourcingu na rzecz Orange Polska S.A., to w dalszej części tego dokumentu (akapit trzeci referencji) już wprost przedstawiciel wystawcy referencji tj. firmy Orange Polska S.A. wskazuje, iż POS Group spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

11. Zamawiający wskazuje, że zestawiając wykaz usług oraz referencje przedłożone przez POS Group, zdaniem Zamawiającego, nie ma wątpliwości, że wykonawca wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Oba dokumenty są ze sobą spójne i się wzajemnie uzupełniają, z tego też względu nie budziły one wątpliwości Zamawiającego na etapie oceny i badania ofert w Postępowaniu.

12. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że zgodnie z wykazem usług oraz referencjami przedłożonymi przez POS Group jednoznacznie wynika, że podmiot ten udostępnia personel, natomiast nie zajmuje się kompleksową usługą contact center (zgodnie z punktem 6 Odwołania oraz pośrednio 4 i 5 Odwołania). Zamawiający wskazuje, że w zaistniałym stanie faktycznym nie możemy mówić, że POS Group zobligowany był do wykazania w zakresie warunku udziału w postepowaniu kompleksowej usługi contact center, bowiem warunek udziału w postępowaniu został przez Zamawiającego sformułowany zupełnie inaczej. Zamawiający określił, jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z punktem 7.1.4. SWZ: „Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia (umowy) polegającego na świadczeniu nieprzerwanie przez 12 kolejnych miesięcy usługi w zakresie obsługi telefonicznej klienta dla połączeń przychodzących i wychodzących, w którym roczna liczba obsłużonych przychodzących i wychodzących połączeń telefonicznych wyniosła, co najmniej 180 000 połączeń. W celu uniknięcia wątpliwości przez jedno zamówienie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym należy rozumieć zamówienie realizowane na podstawie jednej umowy”. Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia (załącznik nr 3 do przedmiotowego pisma).

Tak, więc w opisie warunków udziału w Postępowaniu, nie ma mowy o świadczeniu kompleksowej usługi contact center, tylko jest mowa o świadczeniu usługi w zakresie obsługi telefonicznej klienta. Dodatkowo należy wskazać, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w sposób ogólny, poprzez odwołanie się do kluczowych usług dla przedmiotu zamówienia, tj. mają być to usługi w zakresie obsługi telefonicznej klienta dla połączeń przychodzących i wychodzących. Ustalony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie mógł w żaden sposób ograniczać konkurencji, czyli musiał zapewnić równe traktowanie wszystkich zainteresowanych Wykonawców. Zdaniem Zamawiającego ustalone warunki udziału w postepowaniu są adekwatne do przedmiotu zamówienia, dostępności na rynku,

powtarzalności, powszechności oraz rodzaju zamówienia.

13. Powyższe ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia postawionego zarzutu w treści Odwołania. Zamawiający nie może nadinterpretowywać postanowień SWZ - w tym zakresie dotyczących warunków udziału w Postępowaniu. Tak więc umowa, którą POS Group wskazał na spełnienie warunku udziału w Postępowaniu musi dotyczyć świadczenia usług w zakresie obsługi telefonicznej klienta, a nie kompleksowej usługi contact center. Jak już zostało to podniesione w punktach 7 - 10 odpowiedzi na Odwołanie, z dokumentów przedłożonych przez POS Group wynika m.in., że Wykonawca ten świadczył usługi call center oraz outsourcingu pracowniczego, Zamawiający nie miał więc podstaw, aby twierdzić, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu.

14. Kwestia zmian właścicielskich oraz cesji praw do umowy nr 30467973/OPL/Z/OP/UR/DTB/1/57628/17 z dnia 22.02.2017 r. na gruncie przedmiotowego postępowania odwoławczego nie ma znaczenia. Odwołujący nie kwestionuje, że obecnie to POS Group jest stroną tej umowy, dlatego ciąg zmian właścicielskich po stronie POS Group oraz fakt

cesji umowy wykazywanej na spełnienie warunku udziału w Postępowaniu nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy (element bezsporny). Podobnie ma się to do zakresu działalności

poprzedników prawnych oraz podmiotów, które dokonały cesji z umowy (punkty 6-8 Odwołania). Zdaniem Zamawiającego nie można wykluczyć sytuacji, że w pierwotnym zakresie umowy nr 30467973/OPL/Z/OP/UR/DTB/1/57628/17 z dnia 22.02.2017 r. mogła obejmować sam outsourcing personelu, jednak z biegiem czasu zakres kontraktu mógł być modyfikowany, i tak z pierwotnie zakładanego zakresu został on rozszerzony stosownymi aneksami do umowy. Właśnie na taką okoliczność wskazuje literalne brzmienie wykazu usług przedłożonego przez Wykonawcę. Zgodnie z wykazem usług POS Group wskazał, iż: „Umowa o świadczenie usług nr 30467973/OPL/Z/OP/UR/DTB/1/57628/17 z dnia 22.02.2017, z późniejszymi zmianami w formie aneksów, przeniesiona na POS Group Sp. z o.o. w formie Porozumienia nr 30535721/OPL/Z/OP/UR/DTB/1/70377/18 z dnia 14.12.2018 r.”. W dalszej części wykazu usług POS Group wskazał, iż umowa polega na świadczeniu usług call center oraz outsourcingu pracowniczego. Dodatkowo zakres działalności POS Group obejmuje wprost działalność centrów telefonicznych (call center) Strona internetowa POS Group też wskazuje, że firma świadczy usługi w zakresie obsługi telefonicznej klienta. Dowód: Wydruk z właściwego rejestru POS Group (załącznik nr 4 do przedmiotowego pisma); wydruk ze strony internetowej POS Group
(załącznik nr 5 do przedmiotowego pisma).

Powiązania podmiotowe pomiędzy poszczególnymi firmami działającymi na rynku nie są zabronione. Te powiązania podmiotowe pozostają ambiwalentne dla przedmiotowego Postępowania ponieważ nie zaburzają konkurencji na rynku, bowiem żaden z powiązanych kapitałowo podmiotów nie złożył oferty w Postępowaniu.

15. Odwołujący w punkcie 10 i 11 Odwołania ponownie podnosi, że wskazana przez POS Group w wykazie usług umowa nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu z tego względu, że nie dotyczy kompleksowej usługi contact center, tymczasem z SWZ nie wynika by usługa wskazana przez POS Group musiała obejmować kompleksową usługę, tylko usługę w zakresie telefonicznej obsługi klienta - punkt 7.1.4. SWZ (szerzej m.in. punkt 7 i 12 odpowiedzi na Odwołanie).

(■■■)

19. Zamawiający wskazuje, że twierdzenia Odwołującego, jako że POS Group był odpowiedzialny wyłącznie w ramach umowy 30467973/OPL/Z/OP/UR/DTB/1/57628/17 z dnia 22.02.2017 r. jedynie za dostarczenie do Orange Polska S.A. zasobów ludzkich (punkt 14 i 15 Odwołania) jest twierdzeniem, które pozostaje zdaniem Zamawiającego w sprzeczności z dowodami złożonymi w przedmiotowym Postępowaniu. Z wykazu usługę oraz referencji wynika, że umowa ta obejmowała również swoim zakresem usługę call center oraz outsourcingu pracowniczego (szerzej punkt 7 - 11 odpowiedzi na Odwołanie). Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił dowodów, ograniczając się do ogólnej polemiki w zakresie dokumentów złożonych przez POS Group. W tym zakresie zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie udźwignął ciążącego na nim obowiązku związanego z ciężarem dowodu. Zamawiający podkreśla, że w kontekście dokumentów złożonych przez Wykonawcę oraz sformułowanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie widział przestrzeni do wyjaśnienia oferty POS Group w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

20. Zamawiający nie jest w stanie antycypować - jak dokonuje tego Odwołujący (punkt 16 Odwołania) - czy POS Group świadczył jeszcze inne usługi, które mógłby wykazać na spełnienie warunku w zakresie obsługi telefonicznej klientów spełniające wymagania Zamawiającego. Rozważania te zdaniem Zamawiającego pozostają poza zakresem rozpoznania niniejszego Odwołania.

[Zarzut nr 2 - brak wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie POS Group]

21. Odnosząc się do punktu 17 Odwołania, Zamawiający wskazuje, na błędnie przyjęte przez Odwołującego dane umieszczone w Tabeli nr 1. Tabela nr 1 zawiera wykaz wykonawców przyporządkowanych do cen brutto za zamówienie podstawowe, zamówienie w ramach prawa opcji, oraz cenę całkowitą oferty. W wierszu 6 tabeli wyliczono średnie arytmetyczne ww. pozycji cenowych, w wierszu 7 wskazano informację z otwarcia ofert, natomiast w wierszu 8 Odwołujący dopuścił się manipulacji, wskazując, wartość zamówienia w kolumnie dotyczącej zamówienia podstawowego, podczas gdy wartość zamówienia odnosi się do całkowitego wynagrodzenia wraz z opcją, w związku z czym wartość ta powinna znaleźć się w kolumnie „E" - „SUMA". Dowód: Protokół z postępowania na dzień 24 sierpnia 2022 r. (załącznik nr 6 do przedmiotowego pisma).

22. Przez wartość zamówienia należy rozumieć całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością (art. 28 Ustawy Pzp). Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji (art. 31 ust 2 Ustawy Pzp). Umieszczenie wartości zamówienia w błędnej kolumnie zdaniem Zamawiającego może być celowym zabiegiem wskazującym, że oferta POS Group jest ofertą odbiegającą od wyliczeń Zamawiającego w zakresie ustalenia wartości zamówienia przez Zamawiającego, co w konsekwencji ma na celu wywarcie mylnego wrażenia, iż Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, co do zaoferowanej przez POS Group ceny i jej składowych, w konsekwencji czego wezwać POS Group do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

23. Ustawa Pzp zawiera przesłanki obligatoryjne, które zobowiązują Zamawiającego do zwrócenia się do danego Wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny podanej w swojej ofercie. W zakresie przesłanki obligatoryjnej ustawodawca określił kryteria procentowe zgodnie z treścią art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy Pzp.

24. W przedmiotowym postępowaniu złożono oferty w następujących wysokościach: (...) Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy Pzp wynosi: 19 094 904 zł (obliczona jako suma wartości złożonych ofert w Postępowaniu - 95 474 520 zł, podzielona przez ilość ofert - 5). Wobec powyższego, cena całkowita złożonej przez POS Group oferty nie jest niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje również, że cena całkowita oferty POS Group nie jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Powyższe nie jest elementem spornym, bowiem Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 Ustawy Pzp, a nie naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy Pzp.

25. Zamawiający wskazuje również, że Odwołujący umieścił w punkcie 18 Odwołania Tabelę nr 2. Zdaniem Zamawiającego Tabela nr 2 zawiera sztuczne zestawienie pewnych wartości - w dowolnie wybrany przez Odwołującego sposób - co nie uzasadnia w żadnym zakresie podstaw, aby formułować zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 Ustawy Pzp. Wykonawca nie przedstawił żadnych wniosków, jakie można wysnuć z przedstawionej Tabeli nr 2 w kontekście formułowanego w treści Odwołania zarzutu. Co więcej dla przykładu l.p. 2 w Tabeli nr 2 wskazuje, że oferta POS Group - w zakresie prawa opcji jest ofertą droższą względem średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu (podobnie l.p. 4 w Tabeli nr 2). Kolejny błąd w Tabeli nr 2 dotyczy l.p. 5, gdzie Odwołujący odnosząc się do zamówienia podstawowego w zakresie Oferty POS Group zestawia ją z szacowaną wartością zamówienia, która obejmuje zarówno zamówienie podstawowe jak i prawo opcji (szerzej na ten temat punkt 21 i 22 odpowiedzi na Odwołanie). Jest to porównanie niewłaściwe, które w sztuczny sposób ma na celu wykreowanie przekonania, że oferta POS Group jest ofertą, względem której Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, co do zaoferowanej przez POS Group ceny i jej składowych, w konsekwencji czego, wezwać POS Group do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

26. Zamawiający wskazuje również, że wnioski, do jakich doszedł Odwołujący, iż oferta Wykonawcy - Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, jako oferta zawierająca rażąco niska cenę, w zakresie zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji (punkt 19 Odwołania), a w konsekwencji oferta tego wykonawcy nie powinna być uwzględniana do średniej wartości ofert w postępowaniu, jest twierdzeniem błędnym, niepopartym żadną argumentacją i stanowi wyłącznie subiektywną ocenę Odwołującego. Każdy wykonawca ma swobodę w zakresie kreowania treści swojej oferty i jak najbardziej możliwe jest droższe wycenienie zakresu pewnego oferty - zamówienie podstawowe - względem zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest zamówienie realizowane w ramach prawa opcji. Szerzej kwestia ta opisana została w punkcie 32 odpowiedzi na Odwołanie, na przykładzie oferty POS Group. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że oferta Wykonawcy -

Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. jest ofertą najdroższą, ze wszystkich złożonych ofert w Postepowaniu, dlatego bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że oferta ta winna zostać odrzucona.

27. Zamawiający wskazuje również, że l.p. 3 i 4 w Tabeli nr 2 w kontekście zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 Ustawy Pzp zawiera nieścisłość. Odnoszenie oferty wykonawcy POS Group w Tabeli nr 2, czy to w zakresie zamówienia podstawowego czy prawa opcji, do informacji o kwocie na sfinansowanie zamówienia w żadnym zakresie nie uzasadnia lub nie wskazuje, że oferta tego wykonawcy jest ofertą, co, do której zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Kwota na sfinansowanie zamówienia jest to, co do zasady wartość, którą Zamawiający ma w swoim budżecie i zamierza ją przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w Tabeli nr 2, l.p. 3 i 4 powinien odnosić się do szacowanej wartości zamówienia, a nie do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oczywiście może się zdarzyć, że obie kwoty będą kwotami tożsamymi (tj. kwota sfinansowanie zamówienia oraz szacowana wartość zamówienia) jednak pod względem logicznym nawet, jeżeli obie kwoty są tożsame Odwołujący powinien odnosić się do szacunkowej wartości zamówienia, a nie jak to mam miejsce w Tabeli 2 do kwoty na sfinansowanie zamówienia.

28. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 Ustawy Pzp zgodnie, z którym: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Cena rażąco niska to cena, która wyraża wartość nierealistyczną, niewiarygodną, przy uwzględnieniu sytuacji rynkowej z zakresu danego przedmiotu zamówienia, tymczasem ceny zaoferowane przez POS Group w korelacji z cenami Odwołującego są cenami na bardzo zbliżonym poziomie, tak, więc zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, co zostanie szczegółowo uzasadnione poniżej.

29. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że oferta POS Group, jest ofertą, która zdaniem Odwołującego budzi poważne wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny, w konsekwencji czego Zamawiający powinien był wezwać POS Group do złożenia kompleksowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, tymczasem zdaniem Zamawiającego, jeżeli mówimy o zamówieniu podstawowym to oferta POS Group jest ofertą droższą względem Oferty Odwołującego, co ilustruje tabela poniżej.

POS GROUP SP. Z O.O.	Zamówienie podstawowe: 13 177 080,00 zł
	Prawo opcji: 2 214 000,00 zł
	Łączna wartość oferty: 15 391 080,00 zł
CONTACT CENTER SP. Z O.O	Zamówienie podstawowe: 12 898 800,00 zł
	Prawo opcji: 2 880 000,00 zł
	Łączna wartość oferty: 15 778 800,00 zł

Zdaniem Zamawiającego już to ogólne zestawienie pozwala przyjąć, że stawiany Zamawiającemu przez Odwołującego zarzut jest zarzutem bezzasadnym. Jeżeli Odwołujący, który co istotne, jest podmiotem obecnie świadczącym usługi w zakresie telefonicznej obsługi klientów SPOE KAS na rzecz Zamawiającego, wycenił zakres zamówienia podstawowego taniej niż POS Group wskazuje to, że faktycznie jest możliwe wykonanie zakresu zamówienia przy uwzględnieniu wartości zaproponowanych przez POS Group . Nie ma więc jakichkolwiek, zdaniem Zamawiającego, podstaw do twierdzenia, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę przedstawioną przez POS Group byłoby nieopłacalne, skoro obecny podmiot świadczący usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia wycenił je na jeszcze niższym poziomie.

30. Poniżej Zamawiający przedstawia zestawienie cen jednostkowych brutto za świadczenie poszczególnych usług w ofercie Odwołującego, w zestawieniu do cen ujętych w ofercie POS Group.

(...)

Jak wynika z przedstawionego powyżej zestawienia, zdaniem Zamawiającego nie można uznać, że oferta POS Group jest ofertą, w której zachodzą wątpliwości w zakresie możliwości świadczenia określonych Usług w ramach zaoferowanej kwoty. Zamawiający

zwraca uwagę, że w zakresie zamówienia podstawowego w dwóch z trzech pozycji formularza cenowego, oferta POS Group jest ofertą zdecydowanie droższą niż oferta Odwołującego, w tym kontekście stawianie zarzutu Zamawiającemu w zakresie naruszenia art. 224 ustawy Pzp jest bezzasadne. W jednej z pozycji formularza cenowego w zakresie zamówienia podstawowego oferta POS Group - Połączenia przychodzące obsłużone przez konsultantów - L2, jest pozycją, która została wyceniona taniej niż analogiczna pozycja formularza cenowego w ofercie Odwołującego, jednak jest to różnica zaledwie 0,36 zł, co zdaniem Zamawiającego jest różnicą śladową stanowiącą ok. 6 % wartości w tej pozycji.

31. Powyższe zestawienie (punkt 30 odpowiedzi na Odwołanie) zdaniem Zamawiającego potwierdza realność i rynkową wartość oferty Wykonawcy - POS Group, jeżeli bowiem sam

Odwołujący zaproponował w zakresie zamówienia podstawowego ceny jednostkowe zdecydowanie niższe niż POS Group, zdaniem Zamawiającego nie było podstaw do uznania, iż istotne części składowe oferty POS Group, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub zachodzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

32. Jeżeli chodzi o realizację zmówienia w zakresie prawa opcji - Zgłoszenia obsłużone przekazane w systemie ITS - L4, zakres ten został wyceniony taniej przez POS Group, aniżeli analogiczna pozycja formularza cenowego w ofercie Odwołującego różnica: 1,85 zł. (różnica pomiędzy analogicznymi pozycjami wynosi ok. 23 % - względem cen jednostkowych). Zamawiający wskazuje jednak, że realizacja zamówienia w zakresie prawa opcji jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, które może, a nie musi się zmaterializować. Zamawiający jest uprawniony, a niezobowiązany do uruchomienia prawa opcji. Powyższe właśnie w taki sposób zostało ukształtowane w przedmiotowym Postępowaniu, jako zdarzenie przyszłe i niepewne, na co wskazują m.in. zapisy projektowanych postanowień umownych. Wobec powyższego POS Group zakładając, że prawo opcji jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, mógł pewne ryzyka związane z uruchomieniem prawa opcji przerzucić do cen jednostkowych w zakresie zamówienia podstawowego, które będą z pewnością realizowane. Duża część kosztów, która jest generowana podczas realizacji przedmiotowego zamówienia to koszty osobowe. Zamawiający nie wyklucza, że zakres prawa opcji będzie obsługiwany przez ten sam personel, co zakres zamówienia podstawowego - dlatego też koszty w tym obszarze mogły zostać ujęte w zakresie zamówienia podstawowego, a nie prawa opcji. Przedmiotowa różnica może więc wynikać ze sposobu kalkulowania oferty Wykonawcy POS Group. Z całą pewnością nie ma jednak podstaw do tego by uznać, iż oferta POS Group w zakresie istotnych jej części składowych zawiera cenę rażąco niską lub zachodzą wątpliwości w tym obszarze .

33. Zamawiający wskazuje, że w zakresie zamówienia podstawowego w pozycji: połączenia wychodzące obsłużone przez konsultantów - L3, cena jednostkowa za realizację tej usługi jest o ok. 150 % wyższa niż cena zaproponowana przez Odwołującego. W zakresie natomiast zamówienia podstawowego w pozycji: automatycznie obsłużone połączenia przychodzące (IVR) - L1 cena jednostkowa za realizację tej usługi jest czterdziestokrotnie wyższa niż cena zaproponowana przez Odwołującego. Powyższe zdaniem Zamawiającego uzasadnia sposób kalkulacji ceny przez POS Group w oparciu o ryzyko, iż prawo opcji jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym (szerzej punkt 32 odpowiedzi na Odwołanie), bowiem zakres zamówienia w zakresie podstawowym został skalkulowany drożej niż oferta Odwołującego. W omawianym stanie faktycznym nie możemy mówić, iż istotne części składowe oferty POS Group są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego jak stanowi art. 224 Ustawy Pzp. W okolicznościach niniejszego przypadku Zamawiający był przekonany, że zakres zamówienia może zostać w sposób należyty zrealizowany przez Wykonawcę - POS Group, a zaproponowane ceny jednosetowe przez ten podmiot są cenami realnymi.

34. Zamawiający nie podziela również twierdzeń Odwołującego, iż wartość oferty POS Group jest miesięcznie tańsza o ponad 8 750 złotych netto, od oferty Odwołującego, co powinno zwrócić szczególną uwagę Zamawiającego (punkt 20 Odwołania). Zamawiający wskazuje, że średnie miesięczne wynagrodzenia w zakresie zamówienia podstawowego - pewnego - wynosi 366 030,00 zł brutto (obliczono, jako wartość oferty POS Group w zakresie zamówienia podstawowego podzielona przez 36 miesięcy - okres obowiązywania umowy). Różnica zaprezentowana przez Odwołującego nawet doliczając do niej podatek jest zdaniem Zamawiającego różnicą marginalną, dlatego też nie było podstaw, aby Zamawiający tę różnicę wyjaśniał. Zdaniem Zamawiającego zaoferowana przez POS Group cena jest ceną rynkową i realną.

35. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego przytoczonym w pkt 21 Odwołania, iż oferta POS Group powinna być o ponad 670 000,00 zł wyższa od zaproponowanej kwoty. Należy podkreślić, iż jest to wyłącznie subiektywna ocena Odwołującego. Zamawiający nie widzi również podstaw, aby uznać, że w kalkulacji kosztów

POS Group nie uwzględnił wszystkich pozycji kosztowych (punkt 22 Odwołania). Realizacja przedmiotu umowy w zakresie zamówienia podstawowego została wyceniona przez POS Group o 278 280,00 zł drożej, aniżeli oferta Odwołującego. Należy, więc przyjąć, że POS Group skalkulował w ofercie „koszt wejścia" w realizację przedmiotowego zamówienia publicznego. (tj. koszty, który musi ponieść każdy nowy Wykonawca przystępujący do realizacji przedmiotu umowy). W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego, odnosząca się do nieujęcia przez POS Group w kalkulacji ceny aż kilkunastu pozycji kosztowych stanowi czystą polemikę, niepopartą żadnym materiałem dowodowym. Należy zwrócić tu uwagę, iż we wzorze formularza cenowego Zamawiający nie wymagał wskazania przez wykonawców pozycji o których wspomina Odwołujący w pkt 23 Odwołania. Tak więc Odwołujący nie może mieć wiedzy, czy wskazane powyżej pozycje zostały uwzględnione przez POS Group w jego kalkulacji cenowej czy też nie. Powyższe stanowi zatem subiektywną ocenę Odwołującego. W ocenie Zamawiającego OPZ został opracowany przez niego w sposób rzeczowy i przejrzysty, tak aby każdy z wykonawców przystępujących do Postępowania miał możliwość właściwego i prawidłowego skalkulowania wszystkich swoich kosztów, tak więc zdaniem Zamawiającego nie ma obecnie podstaw, aby uznać, że koszty, o których wspomina Odwołujący (pkt 23 Odwołania) nie zostały ujęte w zakresie złożonej przez POS Group oferty.

36. Zamawiający wskazuje, że zacytowany w odpowiedzi na odwołanie wyrok KIO 2833/21 z dnia 21.10.2021 r. w swojej istocie nie odnosi się do sytuacji którą mamy w omawianym stanie faktycznym. Przedmiotem rozważań Izby w przedmiotowym wyroku było świadczenie usług na ochronę obiektu wraz z otoczeniem, mienia w budynku Zamawiającego, pomieszczeń wynajmowanych przez Zamawiającego oraz konwojowanie i transport środków pieniężnych, a zatem usługa, (jak stwierdziła Izba) której przeważającym czynnikiem kosztotwórczym są koszty pracy (koszty zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia). W ocenie Zamawiającego, zamówienia będącego przedmiotem Odwołania nie można przyrównać do przedmiotu zamówienia o którym mowa w cytowanym przez Odwołującego orzeczeniu. W przedmiotowym zamówieniu wykonawca z którym zostanie podpisana umowa bowiem będzie zobowiązany m.in. do zapewnienia również niezbędnej infrastruktury za pomocą której świadczona będzie usługa. W materii więc faktycznej orzeczenie powyższe nie oddaje istoty zagadnienia, jaka ma miejsce w omawianym stanie faktycznym. Co do wniosków natury prawnej płynących z cytowanego przez Odwołującego orzeczenia, Zamawiający w pełni się z nimi zgadza i uważa że w przedmiotowym postępowaniu jest możliwe wykonanie niniejszego zamówienia przez POS Group w sposób należyty z uwzględnieniem zysku. Zdaniem Zamawiający przedstawiona powyżej argumentacja nie pozwala przyjąć że oferowane ceny jednostkowe przez POS Group jest ceną niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych - ceny jednostkowe zaoferowane przez POS Group są cenami zbliżonymi do cen jednostkowych odwołującego a w wielu miejscach pozycje w formularzu cenowym są wycenione drożej względem oferty Odwołującego (szerzej punkt 30 odpowiedzi na Odwołanie).

37.W kontekście omawianego stanu faktycznego warto powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2022 r., sygn. KIO 36/22 zgodnie z którym: „Warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy p.z.p. posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do "wątpliwości zamawiającego", czy wskazują, że "cena wydaje się rażąco niska". Nie jest, więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień. (...). Przepisy p.z.p. wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. (...) Dyspozycja art. 224 ust. 1 p.z.p. skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 p.z.p. pozostawił, więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien, zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Mając na uwadze przywołaną argumentację, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania wskazując, że Odwołujący nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, w żadnej części

swojego stanowiska, naruszenia przez Zamawiającego któregokolwiek przepisu prawa. (.)

Odwołujący w piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r. oświadczył, (..) Contact Center Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwana dalej „ustawą Pzp":

- cofa odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 roku w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie obsługi telefonicznej klientów Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej oraz obsługa zgłoszeń".

W związku z powyższym wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot 90% wpisu na konto nr" (.).

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby".

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 26 sierpnia br jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości.

Izba stwierdziła ponadto, że przedmiotowe odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy dla których termin został wyznaczony na dzień 29 sierpnia 2022 r.

Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.