Sygn. akt: KIO 1028/23

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę:

SUNTAR Sp. z o.o. w Tarnowie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Tuchów

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

   2.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika a także poniesione przez zamawiającego koszty dojazdu w kwocie 696 zł 90 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt sześć złotych i dziewięćdziesiąt groszy)

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 696 zł 90 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt sześć złotych i dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Tuchów (ul. Rynek 1, 33-170 Tuchów) (dalej również: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa" lub „Pzp") postępowanie w trybie podstawowym dla zadania pn. Projekt grantowy e- Tuchów w ramach projektu „Cyfrowa gmina" realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 Osi Priorytetowej V Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia REACT- EU działania 5.1 Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia dotycząca realizacji projektu grantowego „Cyfrowa Gmina" o numerze POPC.05.01.00-00-0001/21-00 w ramach umowy o powierzenie grantu o numerze 319/1/2021; Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 stycznia 2023 r., numer ogłoszenia 2023/BZP 00045534/01. (dalej również:

„Postępowanie"). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ").

W dniu 11 kwietnia 2023 r. wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. (ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów) (dalej również: „Wykonawca" lub „Odwołujący") ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec nieprawidłowej i niezgodnej z prawem czynności wyboru oferty wykonawcy Inet Sp. z o.o. (dalej jako: „Inet") jako najkorzystniejszej w części 1 postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

1. art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inet, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w cz. 1;

2. art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inet, mimo że zawiera rażąco niską ceną w cz. 1.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: dokonał unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w cz. 1; dokonał

ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym: dokonał odrzucenia oferty Inet w cz. 1 ponieważ zawiera rażąco niską cenę; dokonał odrzucenia oferty Inet w cz. 1 ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podnosił, w szczególności, że jednym z wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego w SWZ załącznik nr 6 opis przedmiotu zamówienia strona 34 punkt 10 było że system „-Powinien umożliwiać backup po sieci LAN sześciu serwerów z Windows 2008/2012/2016/2019, dwóch serwerów z Linux z rodziny Debian, RedHat, Suse, CentOS Oracle Linux" a w ocenie Odwołującego, wobec potrzeby zabezpieczenia łącznie 18 serwerów celem wypełnienia powyższego wymagania konieczne było zaoferowanie 3 szt. licencji 32150- M0022 - BACKUP EXEC SIMPLE ADD ON WIN 1 INSTANCE ONPREMISE STANDARD SUBSCRIPTION + ESSENTIAL MAINTENANCE LICENSE INITIAL 24MO GOV oraz 1 szt. licencji 32149-M0022 - BACKUP EXEC SIMPLE CORE PACK WIN 5 INSTANCE ONPREMISE STANDARD SUBSCRIPTION + ESSENTIAL MAINTENANCE LICENSE INITIAL 24MO GOV. Odwołujący wskazywał, że z wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (w szczególności kalkulacji) wykonawcy Inet wynika, że zaoferował jedynie jedną sztukę licencji 32150-M0022 - BACKUP EXEC SIMPLE ADD ON WIN 1 INSTANCE ONPREMISE STANDARD SUBSCRIPTION + ESSENTIAL MAINTENANCE LICENSE INITIAL 24MO GOV przez co ofertę tego wykonawcy należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia i nie zapewniającą spełnienie przytoczonego powyżej wymagania.

Dalej Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie Inet nie sprostał ciężarowi wykazania zasadności zaoferowanej ceny z następujących przyczyn:

- brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających wycenę następujących pozycji: i oprogramowanie Vmware oraz Windows Server, mimo iż wykonawca zobowiązany był to wykazania tych istotnych elementów cenotwórczych;

- dowód dotyczący przełączników stanowi jedynie wewnętrzną korespondencję Inet, która nie może być uznana za dowód;

- oferta obejmująca UPS wygasła jeszcze przed terminem składania ofert w postępowaniu, zaś oferta Veritas nie zawiera daty wystawienia a ważna była jedynie 7 dni od daty jej wystawienia;

- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jednoznacznie wskazują, że wykonawca Inet nie objął wyceną 2 szt. licencji 32150-M0022 - BACKUP EXEC SIMPLE ADD ON WIN 1

INSTANCE ONPREMISE STANDARD SUBSCRIPTION + ESSENTIAL MAINTENANCE LICENSE INITIAL 24MO GOV, które były wymagane;

- W żaden sposób nie wykazano kosztów usług zewnętrznych wdrożenia i konfiguracji sprzętu i oprogramowania, mimo że będzie to usługa zamawiana od podmiotu zewnętrznego. Jednocześnie Inet w żaden sposób nie wyjaśnił ilości przyjętych roboczogodzin;

- Brak dowodu na wycenę Office Home and Business 2021

Oraz, że wszystkie wskazane powyżej elementy jednoznacznie wskazują, iż wykonawca Inet nie sprostał ciążącemu na nim obowiązku udowodnienia zaoferowanej ceny, a ponadto złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż wyceną nie objęto wszystkich wymaganych licencji.

Odwołujący odwoływał się do dokumentacji postępowania, w szczególności oferty Inet oraz wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Złożył również dowód w postaci wydruku strony internetowej producentaz kalkulatorem liczby wymaganych licencji udostępnianych przez producenta tychże niezbędnych do obsługi 8 instancji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony - oparła się na dokumentacji Postępowania, oraz złożonym przez Wykonawcę wydruku ze strony internetowej producenta. W ostatnim przypadku Izba stwierdziła, że fakt określenia kalkulatorem potrzeby uzyskania trzech licencji podstawowych dla obsługi 8 instancji, nie przesądza o niezgodności treści oferty z SWZ. W zakresie stanu faktycznego Izba stwierdziła, że nie jest sporny pomiędzy stronami, sporna jest ocena znaczenia określonych oświadczeń i treści zawartych w dokumentacji. Izba przyjęła stan faktyczny opisany przez Zamawiającego jako znajdujący oparcie w dokumentacji postępowania.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami

zamówienia. treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia wtedy, gdy jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (patrz: Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2023) Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości (zob. wyrok KIO z 10.08.2021 r., KIO 1992/21). Jednocześnie wykonawca Inet oświadczył, że oferowana kwota uwzględnia cenę wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją zamówienia, opisem przedmiotu zamówienia, warunkami określonymi w SWZ oraz pozostałymi załącznikami do SWZ (str.5 formularza oferty). Zgodnie z zaakceptowanym przez odnośnego wykonawcę projektem umowy (Załącznik Nr 3a do SWZ), przedmiotem Umowy jest dostawa i wdrożenie infrastruktury serwerowej oraz oprogramowania systemowego wraz z przeprowadzeniem szkoleń dla pracowników Urzędu Miejskiego w Tuchowie, która jest realizowana w ramach projektu grantowego e-Tuchów w ramach projektu „Cyfrowa Gmina", zaś szczegółowy zakres przedmiotu Umowy określony został w SWZ, przy czym Wykonawca oświadcza, że jest świadomy, że celem Zamawiającego jest otrzymanie produktu w postaci wdrożonego, w pełni funkcjonalnego Systemu i oświadcza, że wykona (dostarczy) taki produkt (§2 ust.1 projektu Umowy), zaś sprzęt oraz pozostałe elementy infrastruktury dostarczane w ramach Umowy muszą być prawidłowo dobrane dla realizacji celu któremu mają służyć, być fabrycznie nowe, nieużywane, nieuszkodzone,

nieobciążone prawami osób trzecich oraz nieeksponowane na wystawach lub imprezach targowych, sprawne technicznie, bezpieczne, kompletne i gotowe do pracy, a także spełniające normy bezpieczeństwa i wymagania techniczno-funkcjonalne zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, w szczególności Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (§2 ust.5 i 6projektu Umowy).

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zarzut nie był uzasadniony w świetle treści oferty i Odwołujący nie wykazał nieusuwalnej sprzeczności pomiędzy jej treścią warunkami zamówienia. Tutaj Izba wskazuje dodatkowo, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie precyzują ani nie jest ich celem określenie sposobu realizacji zamówienia. Ten cel i zakres oferowanego przedmiotu zamówienia precyzuje oferta oraz SWZ, do których ta referuje. Nie sposób w ocenie Izby przyjąć, w analizowanym przypadku, by celem wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny była modyfikacja oferty na niezgodną z warunkami zamówienia. Wyjaśnienia nie zmieniają oferty. Izba wskazuje również, że sama pozycja cenowa dotycząca licencji jest nieistotna dla wyceny i nawet jeśli wyjaśnienia nie precyzują prawidłowej liczby licencji niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia to nie sposób założyć, że Wykonawca zamierza zaoferować przedmiot zamówienia niezgodny z SWZ, ani że ich wycena nie została ujęta w innych pozycjach kalkulacji ceny o charakterze ryczałtowym. Zaś ewentualny błąd w kalkulacji nie dotyczył istotnego elementu ceny (kilkaset złotych).

Zgodnie z art. 226. 1 pkt. 8) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 224 ust. 1 Pzp 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.

Tutaj Izba wskazuje, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, iż dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp skierowana jest do zamawiającego, zatem żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie i to zamawiający poweźmie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów a analiza ceny ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie istotnej części zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, w tym zakres, stopień skomplikowania, wymagania techniczne etc. Art. 90 ust. 1 Pzp [obecnie 224 ust. 1 Pzp] nakazuje bowiem zaniżenie istotnej części składowej zamówienia odnosić do przedmiotu zamówienia, nie zaś wyłącznie do wartości przedmiotu zamówienia (tak m.in. Izba w wyrokach o sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19 i KIO 1682/19). Odwołujący powyższych okoliczności nie wykazał. Jednocześnie zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Ponadto za rażąco niską cenę lub koszt uznaje się cenę lub koszt nierealistyczny, który wydaje się niewiarygodny w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również innych ofert złożonych w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. „Zamawiający jest uprawniony do badania ceny oferty oraz jej poszczególnych elementów, nawet w przypadku, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Niemniej, o ile można zgodzić się, iż przedmiotem badania celem ustalenia czy cena oferty nie jest rażąco niska może być również cena za jeden z elementów składających się na cały przedmiot zamówienia to nie zmienia to faktu, iż nadal cenę takiego elementu trzeba będzie odnosić do całościowej ceny oferty i jego wpływu na tą cenę" (tak w wyroku z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 368/14).

Nadto w wyroku z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2155/17 Izba stwierdziła, iż „nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej

oferty. To, że zamawiający (jeśli poweźmie wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza że ceny jednostkowe są podstawą odrzucenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny. Przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty".

W analizowanej sprawie cena oferty Inet, w kwocie brutto: 437 022, 20 zł., jest minimalnie niższa, aniżeli ustalona przed wszczęciem postępowania wartość zamówienia dla Cz.I powiększona o należny podatek od towarów i usług: 472 279, 14 zł., natomiast jest wyższa, od kwoty, która Zamawiający przeznaczył na realizację tej części zamówienia: 376 786, 80 zł. brutto. Stąd prawidłowo Zamawiający ocenił, że zaoferowana przez wykonawcę Inet cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający zażądał od Inet wyjaśnień z tego powodu, że złożona oferta w zakresie Cz. I jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10, tj. dwóch ofert: Inet oraz Odwołującego (co Izba ustaliła w oparciu o wiarygodne w jej ocenie wyjaśnienia Zamawiającego). Ponad to w ocenie Izby prawidłowo Zamawiający ocenił wyjaśnienia Inet jako wystarczające dla wykazania zasadności zaoferowanej ceny. Dowody potwierdzające wycenę pozycji: oprogramowanie Vmware oraz Windows Serwer zostały przedstawione przez odnośnego wykonawcę w treści zał. nr 4 do wyjaśnień, który został skutecznie zastrzeżony tajemnica przedsiębiorstwa. Do wykazania braku rażąco niskiej ceny nie jest wymagane, aby oferty poddostawców były aktualne na dzień składania ofert w Postępowaniu. Wycena Office Home and Business 2021 dotyczy elementu nie objętego Cz. I zamówienia (składa się na Cz. II, nie objęta przedmiotem Odwołania).

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane wartości, w tym w szczególności wartość licencji stanowią istotne części składowe ceny w rozumieniu art. 224 Pzp, uniemożliwiają realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ lub że wyjaśnienia nie pozwoliły na zweryfikowanie rynkowości wyceny.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba 8

uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..