

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 16 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę ENTRAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Radomski

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: Red Code S.K.A. i Eurogrant Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Gdyni, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących czynności i zaniechań zamawiającego opisanych w punktach 2 i 3 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem 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 niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2250/23

Uzasadnienie

Powiat Radomski, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest usługa koordynacji projektem pn.: „Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach” realizowanego przez Powiat Radomski.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 kwietnia 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00190856/01.

W dniu 31 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ENTRAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący” wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego niezgodnie z przepisami ustawy PZP, mimo iż Odwołujący udzielił kompletnych wyjaśnień potwierdzających, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w szczególności udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu;
2. zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania, że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia, tj. Koordynatora projektu posiadającego doświadczenie w roli osoby zarządzającej zespołem w co najmniej 2 zrealizowanych (rozliczonych) projektach informatycznych o minimalnej wartości 5.000.000,00 zł brutto każdego z nich w okresie ostatnich 3 lat;
3. wyboru oferty Przystępującego, choć Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta nie jest najkorzystniejszą w zakresie ustalonych w SWZ przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert;
4. zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich złożeniu wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego ze

względu na rażąco niską cenę, pomimo że Odwołujący złożył wyjaśnienia uzasadniające wyliczoną przez niego cenę;

- 2.art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień w przypadku uznania, że udzielone odpowiedzi nie wyjaśniły wszystkich wątpliwości Zamawiającego;
- 3.art. 239 ust. 1 w związku z art. 266 oraz z art. 128 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wyborze oferty Konsorcjum;
- 4.art. 274 ust. 1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich złożeniu i prawidłowej ocenie i wyborze oferty Odwołującego;
- 5.art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum; 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w przypadku ich pozytywnej oceny do wyboru oferty Odwołującego; 5) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stanowisko Odwołującego:

W zakresie zarzutów dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego wskazywał on, że Zamawiający skierował do niego wezwanie dotyczące wyliczenia ceny w dniu 6 lipca 2023 r. o godzinie 15:17 z terminem do udzielenia wyjaśnień na 10 lipca 2023 r. godz. 15:00, w momencie gdy dni 8 i 9 lipca były wolne od pracy (sobota i niedziela).

Co więcej Zamawiający nie wyraził zgody na wydłużenie tego terminu. Zamawiający na wniosek skierowany przez Odwołującego dnia 7 lipca godz. 7:25 odpowiedział dopiero 10 lipca o godz. 9:04.

Zdaniem Odwołującego termin na złożenie wyjaśnień został wyznaczony z naruszeniem art. 8 ust. 4 ustawy PZP. Nie został spełniony wymóg, aby termin zawierał co najmniej 2 dni robocze. Ustalony przez Zamawiającego termin zawiera zaledwie jeden dzień roboczy.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w swoim wezwaniu zawarł szczegółowe pytania, na które oczekiwał odpowiedzi wraz z obowiązkiem przedstawienia stosownych dowodów. Odwołujący nie uzyskał wystarczającego czasu na przedstawienie bardzo szczegółowych wyjaśnień. Na tyle na ile mógł w wyznaczonym czasie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego, a w szczególności przedstawił kalkulację wyliczenia ceny oferty.

Jak podkreślił Odwołujący, jeśli jakieś wyliczenia czy wyjaśnienia wydawały się Zamawiającemu zbyt ogólnikowe – winien wystąpić o ich dodatkowe wyjaśnienie. Odwołujący dochował należytej staranności. Wyjaśnił sposób kalkulacji ceny oferty. Złożył swoje wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Wraz z wyjaśnieniami złożył dowody potwierdzające prawidłowość przedstawionych kalkulacji. Należy zauważyć, że bardziej szczegółowe wyjaśnienia wymagały więcej czasu, na co Zamawiający nie wyraził zgody.

Dalej Odwołujący zaznaczył, że należy jako błędną potraktować ocenę Zamawiającego co do złożonych wyjaśnień. Zamawiający w swojej ocenie oparł się na wartości oszacowania stanowiącej kwotę 585.251,50 zł. Przy czym należy zauważyć, że szacowanie to zostało dokonane w marcu 2023 r., tj. zanim szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany.

Dopiero bowiem po przeprowadzeniu negocjacji Zamawiający sfinalizował swoje wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji. Tak jak Wykonawcy na podstawie opisu potrzeb i wymagań składali oferty wstępne, tak Oferenci składający oferty szacunkowe nie mieli szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, który mogliby skalkulować. Tym samym opieranie się na takich kalkulacjach jest nieuzasadnione. Jeśli Zamawiający za wiarygodne traktował takie szacowanie wartości przedmiotu zamówienia winien przewidzieć również adekwatne do tego środki finansowe. Jednak jak wynika z udostępnionej dokumentacji Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia kwotę 400.000 zł, którą wyliczył jako średnią arytmetyczną ze złożonych ofert wstępnych. Uznał zatem, że obie oferty prezentują realny poziom cen odpowiadający zakresowi zamówienia.

Jak podkreślił, Odwołujący przedstawił w swoich wyjaśnieniach poziom wynagrodzeń znacznie przekraczający minimalne wynagrodzenie pracowników. Poza tym stawki te są rynkowe i nie powinny budzić wątpliwości. Nie istnieje

bowiem konieczność udowadniania wszelkich twierdzeń, a jedynie takich, które mogą rodzić wątpliwości. Fakty notoryjne nie wymagają dowodów. Tym samym zarzut braku dołączenia dowodów na potwierdzenie wysokości wynagrodzenia będącego wynagrodzeniem o poziomie rynkowym, a do tego znacznie przewyższające minimalne wynagrodzenie o pracę jest nieuzasadniony. Jeśli jednak Zamawiający miał wątpliwość co do faktu – czy Odwołujący składa prawdziwe oświadczenie i niewprowadzające Zamawiającego w błąd w tym zakresie, mógł wnieść o przedstawienie takich dowodów.

Odwołujący ponownie podkreślił, że Zamawiający nie wyraził zgody na wydłużenie terminu złożenia wyjaśnień celem bardziej kompleksowego ich opracowania.

Dalej Odwołujący wskazywał, że podobnie za błędne należy uznać twierdzenia, że Odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty wynagrodzenia osób zatrudnionych na pełen etat. Z żadnego postanowienia specyfikacji nie wynika, aby zakres usługi świadczonej w ramach zamówienia miał obejmować pracę trzech osób na pełen etat tylko na potrzeby Zamawiającego. Nie ma zatem podstaw, aby wynagrodzenie tych osób uwzględniać w cenie oferty w pełnej wysokości, a nie jedynie w takiej w jakiej ich praca będzie realizowana na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w odpowiedziach na pytania zadane przez wykonawców przed złożeniem ofert ostatecznych Zamawiający wskazywał, że to Wykonawca składający ofertę biorąc pod uwagę swoją wiedzę i doświadczenie winien skalkulować właściwą ilość kontaktów z Zamawiającym i czasu poświęconego na realizację zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na odpowiedź na pytanie nr 9, w wyniku której Zamawiający zrezygnował z wymagania, aby osoby wskazane do realizacji przedmiotu zamówienia pracowały na rzecz Zamawiającego w wymiarze nawet przekraczającym 1 etat.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 19 Zamawiający wskazał: *„Zamawiający po raz pierwszy realizuje taki projekt i między innymi dlatego wprowadzono warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert, aby wykonawca składający ofertę - mając doświadczenie (warunek udziału) oraz dysponując osobami o wysokich kwalifikacjach i doświadczeniu (kryteria oceny ofert) uwzględnił właściwą liczbę takich kontaktów w kalkulacji ceny oferty. Można jeden temat generować i wyjaśniać w 10 spotkaniach lub zrobić to już po pierwszym spotkaniu. Im więcej doświadczenia, tym mniejsza ilość spotkań. Zamawiający kosztem ceny wprowadził kryterium doświadczenia osób, aby ilość spotkań i czasu potrzebnego na rozwiązanie problemu zminimalizować”.*

Z powyższego – zdaniem Odwołującego, wynika że to wykonawca szacuje niezbędny czas na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tym zakresie nie zawarł żadnych precyzyjnych wymagań. Należy zauważyć, że dyspozycyjność nie jest równoznaczna z aktywnym działaniem na rzecz Zamawiającego. Osoby mogą realizować inne zadania będąc w pełni dyspozycyjne i gotowe do podejmowania niezwłocznie działań na rzecz Zamawiającego, gdy będzie to konieczne. Odwołujący posiada doświadczenie w realizacji podobnych zamówień i na tej podstawie oszacował niezbędny czas na realizację przedmiotu zamówienia.

Sprowadzaniem ad absurdum jest twierdzenie Zamawiającego jakoby Wykonawca miał realizować przedmiot zamówienia w wymiarze 1 godziny dziennie. Z żadnego zapisu specyfikacji ani żadnego postanowienia umowy nie wynika, aby Wykonawca musiał realizować zamówienie codziennie przez cały okres obowiązywania umowy. Ponadto szacowanie przez Zamawiającego czasu potrzebnego na przejazd na łącznie 800 h nie wynika ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

Jak podkreślił, z doświadczenia pełnomocnika Odwołującego (zdobytego w działach zamówień jednostek medycznych) wynika, że wykwalifikowany specjalista ds. zamówień publicznych jest w stanie przeprowadzić rocznie nawet do 50 różnorodnych postępowań. W zakresie tych postępowań są zarówno usługi, roboty budowlane, jak i wieloczęściowe postępowania na dostawę wyrobów medycznych czy farmaceutyków. W niniejszym zamówieniu będzie zaledwie kilka postępowań przez cały okres realizacji (ok. 2 lat).

W związku z powyższym oczekiwanie skalkulowania w cenie oferty kosztów pełnoetatowego zatrudnienia trzech osób jest pozbawione wszelkich podstaw.

Dalej Odwołujący wskazywał, że jeśli uznać, iż Zamawiający wymaga, aby wskazane w ofercie osoby realizowały działania na rzecz Zamawiającego w czasie stanowiącym wymiar pełnego etatu, winien zweryfikować – czy tak faktycznie będzie. Należy bowiem zauważyć, że wybrana oferta Konsorcjum wskazuje na osoby, które z wiedzy Odwołującego zostały wykazane w innych postępowaniach. Nie ma zatem możliwości, aby wybrany wykonawca zapewnił pracę wskazanych w ofercie osób w wymiarze pełnego etatu na rzecz Zamawiającego. Nie pozwalają mu na to inne zobowiązania, które obecnie realizuje.

W szczególności Odwołujący zauważył, że według oświadczenia Konsorcjum osoba skierowana do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie specjalisty do spraw zamówień publicznych jest zatrudniona na umowie o pracę od czerwca 2020 r. w Klimat-Energia-Gospodarka Wodna w Krakowie. Dodatkowo wykonuje czynności na rzecz Eurogrant sp. z o.o. na podstawie umowy zlecenia. Oznacza to, że nie ma możliwości wykonywać działań na rzecz Zamawiającego w wymiarze pełnego etatu.

Zamawiający zarzuca, że Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji jednego miesiąca realizacji usługi. Należy jednak zauważyć, że zakres usługi jest określony przedmiotowo. Określony czas wskazuje tylko okres w jakim przedmiot ten ma być realizowany. Zatem nie wpływa na kalkulację fakt – czy przedmiot zamówienia będzie miał być realizowany przez okres 27, 26 czy 25 miesięcy. Nawet sam Zamawiający nie przewiduje wynagrodzenia miesięcznego, a tylko podział wynagrodzenia wynikającego z umowy na faktyczny okres realizacji. Ponadto termin składania ofert ustalony był na 30.06.2023 r. Nie było zatem możliwości, aby umowa była realizowana już od 1 lipca, a tylko wtedy do 30.09.2025 r. upływałoby 27 miesięcy.

W zakresie kosztu najmu Odwołujący wykazał, że wartość ta jest pomijalna w cenie oferty. Ze względu na wielkość obrotu spółki i wielkość zysku, z którego pokrywane są koszty najmu lokalu. Spółka w swojej działalności nie potrzebuje dużego biura, które miałyby generować wysokie koszty jego utrzymania. Ponadto Odwołujący załączył do wyjaśnień kopię faktury potwierdzającej wysokość kosztów ponoszonych w związku z najmem pomieszczeń.

Powyższe okoliczności powinny zdaniem Odwołującego skutkować uwzględnieniem odwołania.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 14 sierpnia 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w zakresie, który nie został przez niego uwzględniony, tj. w zakresie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24.07.2024 r. (data na piśmie 21.07.2023 r.) o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał również, że kalkulacja Wykonawcy jest niekompletna (brak dowodów), niespójna z SWZ i pozostałymi dokumentami postępowania, a przede wszystkim jest niezgodna z wymogami Zamawiającego. Wykonawca mimo swoich deklaracji nie podał w wyjaśnieniach żadnych okoliczności budujących jego przewagę konkurencyjną. Rażąco niska Odwołującego budzi podejrzenia, że Wykonawca nie będzie w stanie spełnić wymagań umowy, zapewnić odpowiedniej jakości lub wykonać zadania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że wystosowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp oznaczało dla Wykonawcy, na podstawie art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że zaproponowana cena nie ma charakteru rażąco niskiego. Tym samym Wykonawca zobowiązany był przedstawić Zamawiającemu kompleksowe wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Tego rodzaju wezwanie nabiera szczególnego znaczenia na kanwie różnic cenowych występujących pomiędzy ceną wskazaną w ofercie Odwołującego, a ustaloną przez Zamawiającego wartością szacunkową powiększoną o należny podatek od towarów i usług, a także biorąc pod uwagę poziom cen ofert wykonawców złożonymi w ramach prowadzonego postępowania.

Zdaniem Zamawiającego, w tym przypadku Odwołujący nie był w stanie przedstawić wystarczającego wyjaśnienia instytucji Zamawiającej, w związku z tym Zamawiającemu przysługuje prawo do odrzucenia oferty. Zgodnie z krajowym i unijnym prawodawstwem, oferta powinna być obowiązkowo odrzucana w przypadkach, gdy instytucja zamawiająca stwierdzi, że proponowana rażąco niska cena lub takie koszty są wynikiem niezgodności z obowiązującym prawem unijnym lub zgodnym z nim prawem krajowym w dziedzinach prawa socjalnego, prawa pracy lub prawa ochrony środowiska, bądź z przepisami międzynarodowego prawa pracy. Cena Odwołującego jest nieadekwatna, skalkulowana poniżej kosztów realizacji usługi, a przecież obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Wyjaśnienia powinny w sposób maksymalnie rzeczowy i precyzyjny wykazywać realność zaoferowanej ceny. Ogólnikowe deklaracje co do niskich kosztów w realizacji zamówienia, doświadczenia Wykonawcy i jego pracowników, szczególnie korzystnych warunków realizacji zlecenia itp. nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego (np. wyrok KIO sygn. KIO 1287/14,). Złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieprzekonujących, że cena oferty została obliczona rzetelnie jest równoznaczne w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle (sygn. akt KIO 502/19). Uwagi dotyczące sposobu oceny wyjaśnień mają niezwykle istotne znaczenie przy weryfikacji prawidłowości postępowania Zamawiającego. Pamiętać bowiem trzeba, że KIO na równi z brakiem wyjaśnień w ogóle traktuje złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nic nie wnoszących, ograniczających się do deklaracji (np. wyrok KIO sygn. KIO 2031/12). Odrzucenie oferty Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny to automatyczna konsekwencja złożenia wyjaśnień w sposób ogólnikowy. Co więcej – Zamawiający ma bezwzględny obowiązek odrzucenia takiej oferty. Zaniechanie jej

odrzućenia będzie zawsze naruszeniem ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r. sygn. KIO 1116/16).

Podsumowując, Zamawiający wskazał, że dokonując kompleksowej i wyczerpującej analizy treści dokumentów przedstawionych przez Odwołującego uznał, że Wykonawca ten nie wykazał w sposób należyty, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej, a przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, co w konsekwencji prowadzi do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 skarżonych czynności oraz w oparciu o powyższe jak również zapisy SWZ do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych wzywany jest wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, zgodnie z brzmieniem art. 274 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona, więc nie podlegała punktacji w związku z czym w ocenie Zamawiającego nie ma podstaw uznania za zaniechanie niewezwania odwołującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

1) pismo Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2023 r., w którym Zamawiający wskazał, że: uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 31.07.2023 r. przez odwołującego wykonawcę – ENTRAST sp. z o.o. w zakresie pkt. 2 i 3 zaskarżonych czynności tj.:

- „zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania, że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobą, którą skieruje do realizacji zamówienia, tj. Koordynatora projektu posiadającego doświadczenie w roli osoby zarządzającej zespołem w co najmniej 2 zrealizowanych (rozliczonych) projektach informatycznych o minimalnej wartości 5.000.000,00 zł brutto każdego z nich w okresie ostatnich 3 lat”,

- „wybór oferty Konsorcjum, choć Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta nie jest najkorzystniejszą w zakresie ustalonych w SWZ przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert”.

Jednocześnie w ramach ww. pisma Zamawiający poinformował, że: *„Zamawiający unieważnił czynność dokonaną w dniu 21.07.2023 r. w zakresie wyboru oferty Konsorcjum RED CODE S.K.A. (lider konsorcjum) oraz EUROGRANT Sp. z o.o. (członek konsorcjum) jako najkorzystniejszej i powtórzy czynność badania i oceny tej oferty w zakresie dotyczącym żądania podmiotowych środków dowodowych zgodnie z zapisami SWZ. Zamawiający nie będzie powtarzał czynności odrzucenia oferty ENTRAST sp. z o.o. i punktowania ofert złożonych w postępowaniu – uznając je jako dokonane prawidłowo i zgodnie z wymaganiami SWZ.”*

2) pismo procesowe Odwołującego z wnioskiem o umorzenie postępowania w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał także istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: Red Code S.K.A. i Eurogrant Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Gdyni, dalej jako: „Przystępujący”. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

W zakresie zarzutów odwołania skierowanych wobec oferty Przystępującego postępowanie odwoławcze należało umorzyć w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Wskazać należy, że Zamawiający przekazując informację o częściowym uwzględnieniu odwołania, poinformował również, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została przez niego unieważniona, na co załączył stosowne dowody. Zamawiający wskazał przy tym szczegółowy zakres czynności, które będą podlegały powtórzeniu, zaznaczając że dotyczy to tylko żądania podmiotowych środków dowodowych od Przystępującego. Tego też zakresu dotyczyły zarzuty wniesionego odwołania w zakresie dotyczącym konkurenta Odwołującego. Z tego względu uznać należy, że czynność będąca podstawą do wniesienia odwołania została przez Zamawiającego uchylona, a tym samym, brak jest substratu zaskarżenia, co prowadzi do konieczności umorzenia postępowania w analizowanym zakresie.

Dodać należy, że Zamawiający precyzyjnie wskazał, iż nie będzie powtarzał czynności odrzucenia oferty ENTRAST sp. z o.o. i punktowania ofert złożonych w postępowaniu – uznając je jako dokonane prawidłowo i zgodnie z wymaganiami SWZ. W powyższym zakresie Zamawiający podtrzymał więc swoje dotychczasowe czynności, wyraźnie wyłączając je z zakresu, który unieważnił. Tym samym w ww. zakresie, tj. w zakresie zarzutów odwołania dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, czynność Zamawiającego została utrzymana i brak jest podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto w ramach postępowania odwoławczego złożony zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania, na okoliczności wymienione w treści pism procesowych lub odnotowane w protokole posiedzenia i rozprawy:

1. Dowody Odwołującego:

- a. Kopie umów o pracę (2 szt.) wraz z zastrzeżeniem ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- b. Sprawozdanie finansowe Odwołującego z dnia 27-03-2023 r.,
- c. Faktura VAT nr 41657/08/2023.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych przez Odwołującego jako dowody. Dokumenty odnosiły się do okoliczności związanych ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, do których był wzywany Odwołujący i zostały przedłożone w związku z podniesionym zarzutem rażąco niskiej ceny. W związku z tym skład orzekający uznał przedmiotowe dokumenty za niedopuszczalne na tym etapie. Wykonawca wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do składania dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie określonym przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego dokumenty złożone na etapie postępowania odwoławczego w celu potwierdzenia słuszności złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę wzywanego do udzielenia takich wyjaśnień nie mogą wchodzić w skład materiału dowodowego, a przez to nie mogą być wzięte pod uwagę na potrzeby rozstrzygnięcia (tak też m. in.: wyrok KIO z dnia 24 lipca 2023 r., KIO 1957/23).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa koordynacji projektem pn.: „Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach” realizowanego przez Powiat Radomski.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 3 ustawy PZP.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 5 maja 2023 r., w postępowaniu wpłynęły 2 oferty, tj. oferta Odwołującego oraz Przystępującego.

Oferta wstępna Odwołującego została odrzucona. Na czynność tę Odwołujący złożył w dniu 14.05.2023 r. odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26.05.2023 r. w sprawie o sygn. KIO 1337/23 nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Następnie wykonawcy zostali zaproszeni do negocjacji ofert w postępowaniu w celu złożenia oferty ostatecznej (pisma z dnia 29 i 30 maja 2023 r.). Pismem z dnia 20 czerwca 2023 r. wykonawcy zostali zaproszeni do złożenia ofert ostatecznych.

Zgodnie z informacją z dnia 30 czerwca 2023 r. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 400 000,00 zł brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na poziomie 719 859,25 zł brutto.

Oferty ostateczne zostały złożone przez Odwołującego i Przystępującego i opiewały odpowiednio na kwotę 260 760,00 zł oraz 699 000,00 zł.

W dniu 6 lipca 2023 r. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny z terminem do dnia 10 lipca godz. 15:00.

Odwołujący zwrócił się z prośbą o przedłużenie ww. terminu, na co Zamawiający nie wyraził zgody.

Odwołujący pismem z dnia 10 lipca 2023 r. przedłożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami.

W dniu 21 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą uznana została oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przedstawił szerokie uzasadnienie, przedstawiając argumenty, które jego zdaniem przemawiały za dokonaniem ww. czynności.

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że argumentacja Odwołującego dotycząca zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wskazać należy, że zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy PZP odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Czynnością zamawiającego w postępowaniu jest również skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień ceny w oparciu o art. 224 ustawy PZP. Nierzadko zdarza się, że treść wezwania z różnych względów jest wadliwa. Z tego powodu, jeżeli w ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny faktycznie wadliwa była, to Odwołujący powinien w terminie wynikającym z przepisu art. 515 ust. 1 ustawy PZP, złożyć od takiej czynności odrębne odwołanie. Brak odwołania w odpowiednim terminie, a zarazem złożenie wyjaśnień, potwierdza jedynie, że Odwołujący do czasu odrzucenia jego oferty nie przypisywał wadliwości wezwaniu. Tym samym całość argumentacji odnosząca się do terminu określonego w wezwaniu powinna być znaleźć się w ewentualnym środku ochrony prawnej na czynność wezwania. Na obecnym zaś etapie, jest to argumentacja spóźniona i czyniona jedynie na użytek prowadzonego postępowania odwoławczego.

Dalej wskazać należy na ugruntowane już stanowisko orzecznicze dotyczące konstrukcji zarzutów odwołania. Zarzutem odwołania jest przede wszystkim podanie podstaw faktycznych, na których strona opiera swoje stanowisko. Treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje tym samym, w szczególności przytoczona argumentacja faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie (tak: Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2022 r., KIO 1413/22).

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej, nieprzerwanie od wielu lat, wyjaśnia i tłumaczy, że – za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w sprawie prowadzonej pod sygnaturą X Ga 110/09, które zachowuje swoją aktualność niezależnie od zmian przepisów prawa - „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej*”.

Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. I Ca 117/12: „*W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 PrZamPubl stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 PrZamPubl KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z*

drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia”.

Z powyższych orzeczeń wynika, że prawidłowo skonstruowany środek ochrony prawnej w postaci odwołania, powinien zawierać szczegółowo wskazaną podstawę faktyczną z odniesieniem do poszczególnych czynności lub zaniechań zamawiającego. Nie jest tak jak wskazywał Odwołujący w trakcie przedstawiania stanowiska na rozprawie, że zaskarżając czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty, automatycznie odwołaniem objęte są wszystkie powody wskazane przez Zamawiającego w treści uzasadnienia czynności odrzucenia. Powyższe powinno wynikać w szczególności z uzasadnienia odwołania i nie może być przez Izbę domniemywane. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Innymi słowy, Izba nie może orzekać co do okoliczności faktycznych, które nie zostały opisane w odwołaniu.

Obowiązkiem Odwołującego, zwłaszcza działającego przez profesjonalnego pełnomocnika, jest zakwestionowanie poszczególnych podstaw odrzucenia jego oferty w taki sposób, by Izba mogła ocenić prawidłowość czynności zamawiającego. Jeżeli treść odwołania nie pozwala na dokonanie takiej oceny – z tego względu, że okoliczności faktyczne opisane odwołaniem nie odnoszą się do całego spektrum czynności zamawiającego, uznać należy, że środek ochrony prawnej został skonstruowany wadliwie, a Izba nie ma możliwości jego uwzględnienia – Izba związana jest bowiem zarzutami odwołania i nie może orzekać co do zarzutów, które nie znalazły się w jego treści.

Odwołujący powinien być objąć treścią odwołania każdą ze wskazanych w treści uzasadnienia przyczyn odrzucenia jego oferty. Brak zakwestionowania którejkolwiek z nich de facto oznacza, że czynność Zamawiającego w tym zakresie stała się ostateczna. W zakresie w jakim treść odwołania nie odnosi się do poszczególnych przyczyn wskazywanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Izba nie ma podstaw do zmiany decyzji Zamawiającego. Izba dokonuje oceny odwołania w kontekście argumentacji jaka się w nim znalazła. Skoro w jego treści brak jest argumentów obejmujących całość czynności zamawiającego, prowadzi to do wniosku, że Izba nie jest uprawniona do wyrażenia swojej oceny w tymże zakresie, a tym samym do zmiany czynności Zamawiającego w pełnym wymiarze.

Warto podkreślić, że najczęściej środek ochrony prawnej w postaci odwołania wnoszony jest przez wykonawcę sklasyfikowanego na drugiej lub dalszej pozycji w rankingu ofert, celem wyeliminowania konkurenta (konkurentów) sklasyfikowanego wyżej. W takiej sytuacji, gdy odwołanie zawiera szereg zarzutów wobec oferty konkurenta, co do zasady wystarczy, gdy jeden z zarzutów (jedna z okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu) potwierdzi się. W takiej sytuacji niezasadność pozostałych zarzutów nie ma znaczenia dla wyniku sprawy, gdyż i tak zasadność jednego z nich przesądza o konieczności wyeliminowania danego wykonawcy z postępowania (oczywiście skutek jaki odniesie uwzględnienie odwołania zależy od charakteru postawionego zarzutu). Inaczej jest w sytuacji, gdy odwołanie wnoszone jest przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, dążąc do jej przywrócenia do postępowania. W takim układzie Odwołujący musi skutecznie zakwestionować każdą z okoliczności leżących u podstaw odrzucenia jego oferty. Gdy chociażby jedna z nich nie zostanie skutecznie podważona, wciąż nie będzie możliwym przywrócenie oferty do postępowania. Taka też właśnie sytuacja ma miejsce w przypadku Odwołującego, którego obowiązkiem jest zakwestionowanie każdej okoliczności, z uwagi na którą Zamawiający zdecydował się odrzucić jego ofertę. Zaniechanie ww. obowiązkowi lub mówiąc wprost – przegranie sprawy, co do którejś z okoliczności, uniemożliwia przywrócenie oferty odwołującego do postępowania.

W niniejszej sprawie, na co słusznie zwracał uwagę Przystępujący, Odwołujący nie zakwestionował wszystkich podstaw odrzucenia jego oferty, na które uwagę zwracał Zamawiający w treści uzasadnienia tejże czynności. Zgodnie z ww. uzasadnieniem Zamawiający podał m. in. następujące powody odrzucenia oferty Odwołującego:

- „*wyliczenia w zakresie stawki godzinowej, a więc kosztów leżących po stronie Wykonawcy pomijają ponadto koszty brutto pracodawcy (...)*” – odnośnik nr 4 uzasadnienia;

- „*brak wykazania jakichkolwiek kosztów odnośnie zatrudnienia Prezesa Zarządu oraz wykazania jego zaangażowania w jakiegokolwiek dodatkowe projekty*” – odnośnik nr 5 uzasadnienia;

- „*Wykonawca Entrast wskazuje, że korzysta z różnych systemów wspomagających działalność przedsiębiorstwa. (...)*

Jednakże zauważyć należy, że wykonawca nie wskazuje w wyjaśnieniach ile realizuje projektów, jaka jest wartość licencji odpłatnych, i jak partycypuje w tych kosztach.” – odnośnik nr 10 uzasadnienia;

- Zamawiający w kilku odnośnikach zawarł także uwagi dotyczące czasu oraz kosztów dojazdu zespołu do siedziby Zamawiającego (odnośnik nr 2, 4, 8, 9).

Zatem Zamawiający w sposób bardzo przejrzysty wskazał na argumenty, które jego zdaniem uzasadniały odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Jak wynika z treści uzasadnienia czynności Zamawiającego, wszystkie wskazywane powody łącznie, ale również każdy z nich samodzielnie, stanowił podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym Odwołujący powinien był w ramach wnoszonego środka ochrony prawnej odnieść się do każdej z ww. przyczyn, czego zaniechał (lub jak w przypadku kosztów dojazdu, odniósł się w zasadzie jednym zdaniem). Z tego względu, w zakresie nie zakwestionowanym treścią odwołania, Izba nie ma kompetencji do orzekania i zmiany decyzji Zamawiającego.

Już z tego względu odwołanie nie może zostać uwzględnione, niezależnie od potencjalnej zasadności pozostałych twierdzeń zawartych w odwołaniu. Bezprzedmiotowym jest więc odnoszenie się do pozostałych wskazanych przez Zamawiającego przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, argumentacja dotycząca przedmiotowego zarzutu w znacznej części dotyczy zakresu, który został umorzony, a Zamawiający zobowiązał się do powtórzenia czynności w zakresie przedmiotowego badania oferty Przystępującego.

Z kolei argument dotyczący wadium, nie może świadczyć o nierównym traktowaniu wykonawców, gdyż każdy z nich wadium to zobowiązany był wnieść, pomimo określenia go na zbyt wysokim poziomie. Jak zresztą przyznaje sam Odwołujący, kwestia ta nie ma żadnego znaczenia w kontekście wpływu na wynik postępowania.

Pozostałe argumenty dotyczą de facto zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, który zdaniem Izby podlegał oddaleniu, a tym samym nie może świadczyć o ewentualnej zasadności zarzutu naruszenia art. 16 ustawy PZP.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodniczący: