

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawcę Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Spraw Zagranicznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Ministerstwo Spraw Zagranicznych z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług pomocy informatycznej dla pracowników MSZ w ramach Centrum Wsparcia Technicznego. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 034-074229.

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawca Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Konsorcjum APN”, ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum APN w sytuacji gdy ocena wyjaśnień tego wykonawcy wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum APN, choć ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum APN oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum APN było bezpodstawne, wobec braku przesłanek wskazujących na realność ceny Konsorcjum APN; braku dowodów na możliwe oszczędności przy wykonaniu zamówienia oraz potwierdzających wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Konsorcjum APN, a także braku obiektywnej możliwości zrealizowania zamówienia za cenę ofertową Konsorcjum APN. Podnosił, że Konsorcjum APN składając wyjaśnienia winno przedstawić dowody potwierdzające, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyjmując, że powinny dotyczyć przede wszystkim kosztów osobowych

Personelu Wykonawcy i Kierownika CWT oraz kosztów inwestycyjnych związanych z rozbudową infrastruktury CWT należy oczekiwać umów o pracę oraz umów lub ofert na dostawę sprzętu.

Odwołujący wskazywał również jakie elementy winno obejmować zestawienie pozycji kosztotwórczych. Prezentował tabelę zawierającą pozycje, które Konsorcjum APN miało obowiązek uwzględnić w wycenie, zarówno biorąc pod uwagę zakres zamówienia, jak i treść wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wszystkie te elementy zostały przedstawione wraz z przyporządkowaniem konkretnych kwot w wyjaśnieniach Odwołującego. W jego ocenie Konsorcjum APN musiało uwzględnić w kosztach wydatki towarzyszące Etapowi I - Przekazywanie wiedzy, które zgodnie z OPZ obejmuje: Szkolenie Personelu Wykonawcy w zakresie użytkowania TIVOLI oraz w zakresie wsparcia usług IT, Odbycie (opcjonalne) stażu przez Personel Wykonawcy w aktualnie działającym Centrum Wsparcia Technicznego, Spotkanie z naczelnikami wydziałów BIT, Spotkanie ze wskazanymi przedstawicielami Zamawiającego, Protokolarne potwierdzenie gotowości Personelu Wykonawcy do realizacji obowiązków. Zdaniem Odwołującego koszt etapu I wynosi 188 180 zł netto.

Według Odwołującego jego zestawienie kosztów może i powinno być traktowane jako zobiektywizowany koszt minimalny wykonania zamówienia, nieosiągalny dla Konsorcjum APN z kilku względów: po pierwsze, konsorcjum musi dodać koszty Etapu 1; po drugie, powinno znacznie ostrożniej ocenić ryzyka - nie znając realiów związanych z wykonywaniem umowy, chociażby związanych ze specyfiką obsługiwanych systemów, czy takich, które wpływają na obniżenie wynagrodzenia, tj. brak satysfakcji pracowników Zamawiającego, zdefiniowanych jako miara M11 w załączniku nr 1 do umowy; skargi na działanie Centrum Wsparcia Technicznego zdefiniowanych jako miara M12 w załączniku nr 1 do umowy; nieakceptowaną jakość zapisów w bazie wiedzy, zdefiniowanych jako miara M13 w załączniku nr 1 do umowy;

wystąpienia Incydentów CWT, zdefiniowanych jako miara M14 w załączniku nr 1 do umowy; obniżenie poziomu świadczenia usług, wyliczanego jako suma ważona zestawu miar; po trzeciej, specyfika kontraktu, w którym usługa jest realizowana w ściśle określonym miejscu - obiekcie zamawiającego CWT, czyni go nieporównywalnym z żadnym innym, a tym samym mało przydatnym doświadczenie wcześniej nabyte przy okazji innych zleceń.

Zwracał uwagę, że po odjęciu od sumy kosztów marży i ryzyk otrzymamy kwotę wyższą od ceny oferty Konsorcjum APN wynoszącej 5 136 142 zł netto. Jakkolwiek mogłoby się wydawać, że między wykonawcami nie ma dużej różnicy cenowej (ok. 10%) to bliższa analiza wykazuje, że cena oferty Konsorcjum APN jest nierealistyczna. Zważywszy zatem, że koszty etapu I oscylują wokół kwoty 120 000 zł netto, a ryzyka nie powinny być oszacowane przez Konsorcjum APN na poziomie mniejszym niż 300 000 zł netto, niedobór jest znaczny.

Odwołujący podkreślał, że aby wyjaśnienia Konsorcjum APN były wystarczające do uznania, iż ten wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny, powinny zawierać kalkulację obejmującą pozycje zaprezentowane w odwołaniu oraz dowody, na potwierdzenie wysokości kosztów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu posiedzenia do Izby wpłynęło pismo przygotowawcze Odwołującego, który podkreślał, że głównym czynnikiem kosztotwórczym jest personel wykonawcy. W jego ocenie należało zwrócić uwagę na tożsamość osób wziętych pod uwagę w kalkulacji ceny, z osobami uwzględnionymi w wykazie osób złożonym na potwierdzenie wykazania warunków udziału w postępowaniu. Podnosił, że w ramach szacowanych ryzyk Przystępujący winien uwzględnić w szczególności fluktuację kadr, wzrost wynagrodzeń, specyfikę klienta, brak możliwości precyzyjnego określenia liczby obsługiwanych w ramach CWT incydentów, wywołujących wzrost monitorów i aktywności personelu CWT. Wskazywał również, że jeśli kalkulacja obejmuje jakkolwiek monitor Fujitsu, w szczególności typu DISPLAY B24-8 TS Pro, EU, to doszło do zaoferowania rażąco niskiej ceny, gdyż wyżej wskazane urządzenia nie będą mogły być wykorzystane do realizacji zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego udzielonych pismem z dnia 28 maja 2018 r., informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, dowodach złożonych na rozprawie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 sierpnia 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie wsparcia dla usług IT dostarczanych przez Biuro Informatyki i Telekomunikacji dla pracowników Ministerstwa Spraw Zagranicznych.

Usługi wsparcia będą świadczone przez Wykonawcę w trybie 365/7/24, na rzecz pracowników MSZ w kraju, jak i za granicą. Wykonawca będzie także odpowiedzialny za eksploatację powierzonych sprzętu oraz wyposażenia. Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia świadczył będzie wsparcie wyłącznie dla systemów jawnych. Zdarzenia dotyczące systemów niejawnych po zarejestrowaniu i sklasyfikowaniu w systemie TIVOLI eskalować będzie do pracowników Zamawiającego.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 9 557 315,12 zł. Według

informacji zamieszczonej w protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia był protokół z szacowania wartości zamówienia publicznego w dostawach i usługach. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 11 755 497,60 zł.

W wyznaczonym terminie złożono 2 oferty: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 6 317 454,66 zł oraz wykonawcy Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 7 078 137,00 zł.

Pismem z dnia 19 maja 2018 r. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, wskazując że wyjaśnienia i dowody powinny wymieniać czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny, w tym powinny wskazywać czy zaoferowana cena oferty obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ, związane z wymaganiami zawartymi w treści Istotnych Postanowień Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia, w szczególności: koszty osobowe Personelu Wykonawcy i Kierownika CWT, koszty inwestycyjne związane z rozbudową infrastruktury CWT, tj. koszty wymiany sprzętu, koszty dostarczenia wymaganych licencji, koszty utrzymania środowiska pracy i serwisu infrastruktury CWT oraz koszt ryzyka związany z realizacją zamówienia.

Wykonawcy zostali stosownie wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, zastrzegając je jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 13 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazać należy, co następuje. W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie cena zaoferowana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zatem, należało wezwać Konsorcjum APN do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący w wyznaczonym terminie złożył stosowne wyjaśnienia, które zawierają m.in. koszty osobowe personelu wykonawcy i kierownika CWT, koszty inwestycyjne związane z rozbudową infrastruktury CWT, tj. koszty wymiany sprzętu, koszty dostarczenia wymaganych licencji, koszty utrzymania środowiska pracy i serwisu infrastruktury CWT oraz koszty ryzyk związanych z realizacją zamówienia (w tym ryzyka związane z dostępnością personelu, uwzględniając nieobecności w ramach przysługujących urlopów, ewentualnych zwolnień lekarskich czy szkoleń oraz ryzyka związane z modernizacją i utrzymaniem infrastruktury technicznej), a także zakładany zysk i marżę. W treści złożonych wyjaśnień Konsorcjum APN nie tylko przedstawiło kalkulację kosztów w postaci tabel, ale omówiło także koszty poszczególnych pozycji oraz załączyło oferty dystrybutorów oferowanych produktów czy dostawców części zamiennych.

Należy zauważyć, że przepisy prawa nie określają, ani elementów, które powinno zawierać pytanie zadane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ani elementów, które powinna zawierać udzielona w tym trybie odpowiedź. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny lub kosztu. Wyjaśnienia Przystępującego złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego były adekwatne do treści wezwania Zamawiającego. Zamawiający wyartykułował wprost jakie elementy mające wpływ na wysokość ceny winny zostać objęte wyjaśnieniem, a Przystępujący precyzyjnie odpowiedział na zadane pytania, przedstawiając sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Nie sposób więc uznać, że każdy element z tabeli prezentowanej przez Odwołującego winien zostać odrębnie skalkulowany przez Konsorcjum APN, skoro Zamawiający przykładowo nie pytał wykonawców o koszty ogólne zarządu. Odwołujący wskazał również koszt etapu I, który jego zdaniem powinien być traktowany jako zobiektywizowany koszt minimalny wykonania zamówienia oraz kwotę ryzyka, która w jego ocenie nie mogła zostać skalkulowana na poziomie mniejszym niż 300 000 zł. Niemniej wartości te stanowią wyłącznie wyliczenie własne Odwołującego i nie mogą być wiążące dla każdego wykonawcy. Nie można twierdzić, że istnieje jedyny poprawny model kalkulowania ceny oferty, do którego miałby się stosować każdy uczestnik postępowania.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie procedura wyjaśnianie wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nieuwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Kształtowanie cen jest elementem gry rynkowej pozwalającym wykonawcom na konkurowanie w ramach procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. Celem procedury opartej na podstawie ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści ustawy Pzp. (vide: wyrok KIO z dnia 16 października 2017 r., sygn. akt KIO 1995/17).

Izba doszła do przekonania, że Zamawiający był uprawniony do uznania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie zakładanym zysku. Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Konieczne jest tu zobiektywizowanie analizy i ustalenie, czy cena jest niewiarygodna na tyle, że nie pozwala na wykonanie zamówienia. Przy czym ocena rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od konkurencji.

Samo porównanie usług z usługami konkurencji, które są droższe - nie jest w takim przypadku właściwie zastosowaną metodą ustalania oferty rażąco niskiej i nie może prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której odrzuca się ofertę ekonomicznie i gospodarczo uzasadnioną i tanią, a przyjmuje się za wiarygodne ofertę droższą, co wypacza reguły uczciwej konkurencji, funkcję ustawy Pzp, zapewniającą przejrzysty, optymalny i tani wybór najlepszej oferty na rzecz oferty droższej.

Izba nie podziela także argumentacji Odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Nie sposób z góry przesądzić czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Jeżeli złożone wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości zamawiającego, a szczegółowa kalkulacja przedstawia realne stawki rynkowe kosztów pracy, czy też wynagrodzenia, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia konkretnych umów o pracę. Gdyby wykonawca prezentował wartości zaniżone lub z pogranicza minimalnego wynagrodzenia dla poszczególnych osób z personelu wtedy faktycznie zasadne byłoby potwierdzenie w postaci załączenia stosownych umów. Natomiast w sytuacji gdy prezentowane stawki są rynkowe nie sposób wymagać, aby podmiot załączał każdorazowo do wyjaśnień owe umowy. W związku z powyższym, tym bardziej niezrozumiała

wydać się argumentacja Odwołującego dotycząca badania tożsamości osób wziętych pod uwagę w kalkulacji ceny z osobami przedstawionymi w wykazie osób złożonym na potrzeby wykazania warunku udziału w postępowaniu.

Na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego oraz załączonymi dowodami, Przystępujący zaoferował inne monitory niż ten wskazany przez Odwołującego, potwierdzający jakoby zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i błędnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: