

Poznań, dnia 11 października 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący: Nefeni Sp. z o.o., ul. Klinkierowa 7, 60-104 Poznań, KRS: 0000204111, tel.: (61) 624 00 81, reprezentowany przez Martę Gawron – pełnomocnika, Odwołującego działającej na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania, e-mail: info@nefeni.pl,

Zamawiający: Gmina Zamość, ul. Peowiaków 92, 22-400 Zamość, e-mail: inwestycje@zamosc.org.pl, telefon: 84 639-29-59;

Dotyczy: Zakup sprzętu i oprogramowania do Urzędu Gminy Zamość w ramach projektu „Cyfrowa Gmina” z podziałem na części: Część 2: System obsługi Rady Gminy (ogłoszenie nr 2022/BZP 00327987/01 z dnia 2022-08-31).

Wpis od odwołania: 7.500,00 zł

ODWOŁANIE

Działając w imieniu spółki pod firmą **Nefeni sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, stosownie do art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. 2018. 1986 ze zm.), zwanej dalej „**PZP**”, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, wnoszę **odwołanie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego pn. **Zakup sprzętu i oprogramowania do Urzędu Gminy Zamość w ramach projektu „Cyfrowa Gmina” z podziałem na części: Część 2: System obsługi Rady Gminy („Postępowanie”)** od czynności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **MWC sp. z o.o.**, i wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy **MWC sp. z o.o.**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z ust. 1 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, w zw. z art. 266 PZP przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty MWC sp. z o.o. w sytuacji gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez MWC sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 5 listopada 2021 r. nie uzasadniały zaoferowanej ceny, a w konsekwencji nie obalały

domniemania rażącej niskiej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty MWC sp. z o.o.

- b) naruszenie 204 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP i art. 224 ust. 5 i ust. 6 PZP w zw. z art. 266 PZP przez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty MWC sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta MWC sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w dalszej części Odwołania, Odwołujący wnosi o:

- 1) **uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty MWC sp. z o.o.. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP oraz powtórzenie czynności odrzucenia ofert.**
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w postaci kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą, wg faktury złożonej na rozprawie.

UZASADNIENIE

A. KWESTIE FORMALNE.

1. INTERES PRAWNY W ZŁOŻENIU ODWOŁANIA

Odwołujący wskazuje interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w ramach działalności gospodarczej realizuje zamówienia publiczne z zakresu e-usług i ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego jest drugą ofertą w postępowaniu. W przypadku nieuwzględnienia Odwołania, Odwołujący nie będzie mógł realnie uzyskać Zamówienia. Odwołujący zatem poniesienie szkodę w związku z odrzuceniem jego oferty przez Zamawiającego.

2. ZACHOWANIE TERMINU DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

Zamawiający w dniu 6 października 2022 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty MWC sp. z o.o. Tym samym niniejsze Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu przewidzianego w art. 515 ust. 1 pkt. 2 lit. a) PZP.

B. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

W toku postępowania, pismem z dnia 13 września 2022 r. Zamawiający wezwał MWC sp. z o.o. do wyjaśnienia ceny oferty. Z pisma Zamawiającego wynikało wprost żądanie udzielenia wyjaśnień, **w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.**

Zamawiający wskazał: „w trakcie oceny przedstawionych przez Państwa wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty zamawiający, działając zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, weźmie pod uwagę przedstawione przez Państwa **dowody** na poparcie wyjaśnień. **Zamawiający oczekuje przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów jakie poniósłby wykonawca należycie wykonując przedmiot umowy z uwzględnieniem wszystkich obowiązków wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.**”

W odpowiedzi na to wezwanie, w swoich wyjaśnieniach MWC sp. z o.o. wskazała, że:

„ 1.Oferowane przez nas oprogramowanie eSesja to nasz autorski, kompletny system informatyczny, zlokalizowany na naszej infrastrukturze. Ze względu na to, iż spełnia on wymogi opisane przez Zamawiającego, nie wymaga dodatkowych nakładów programistycznych czy rzeczowych, które miałyby wpływ na wyższą cenę zakupu usługi. Ponadto wszelkie koszty związane z wytworzeniem oferowanego rozwiązania zostały już poniesione przez Wykonawcę.

2. Firma MWC posiada prawa majątkowe i autorskie dla oferowanego systemu, co powoduje, że nie musi ponosić kosztu zakupów licencji czy know-how przy realizacji usługi, względem podmiotów trzecich.

3. System eSesja jest systemem gotowym (opis systemu można znaleźć na stronie internetowej <https://esesja.pl>) , który funkcjonuje już na rynku od ponad 10 lat. Cena, za którą system jest oferowany innym podmiotom jest tożsama lub zbliżona do zaoferowanej przez nas ceny w niniejszym postępowaniu.

4. Oferowana przez nas cena nie odbiega znacząco od kwot zaproponowanych przez innych Oferentów biorących udział w niniejszym zapytaniu ofertowym.”

Na tym Wykonawca MWC sp. z o.o. zakończył swoje wyjaśnienia. Wykonawca nie podołał obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty. MWC sp. z o.o. ograniczyła się do ogólnych stwierdzeń dotyczących oferowanego produktu, a w szczególności nie wypełniła zobowiązania nałożonego przez Zamawiającego wprost i nie przedstawiła żadnej kalkulacji oferty ani kosztów, nie przedstawiła żadnych

dowodów pozwalających na stwierdzenie, że zaoferowana cena umożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zamawiający odnosił się wprost na postanowienia z PZP i podał, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Żaden z tych czynników nie został opisany przez MWC sp. z o.o., w szczególności ten odnoszący się do kosztów osobowych – pracowników, którzy będą odpowiedzialni za wykonanie zamówienia.

Wyjaśnienia MWC sp. z o.o ograniczają się do czterech zdań i w żaden sposób nie można ich uznać za dowód na to, że zaoferowana cena pozwala na wykonanie zamówienia. Nie wynika z wyjaśnień jak MWC sp. z o.o. obliczyła cenę, którą zaproponowała Zamawiającemu, a temu mają służyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. MWC sp. z o.o. podała, że za podobną cenę realizuje inne zamówienia i nawet w tym zakresie nie przedstawiła żadnych dowodów. Nadto jak wynika z wyjaśnień MWC sp. z o.o. uważa, że wszystkie koszty związane z oprogramowaniem zostały już przez nią poniesione, że produkt jest kompletny zapominając najwyraźniej o tym, że OPZ wymaga 12-miesięcznego wsparcia produktu, co oznacza konieczność ponoszenia co do zasady kosztów osobowych przez te 12-miesiące w odniesieniu do potencjalnych zgłoszeń Zamawiającego w okresie

serwisowania. Zamawiający wymaga w OPZ wdrożenia systemu, przeprowadzania szkolenia, co musi oznaczać powstanie kosztów osobowych (wynagrodzenia, delegacji, kosztów dojazdu), które MWC sp. z o.o. całkowicie pominął nawet nie poświęcając im uwagi nawet w tych czterech lakonicznych punktach wyjaśnień. Zamawiający wymagał także utrzymania systemu w infrastrukturze wykonawcy, co bezsprzecznie wiąże się z kosztem. Nic o tych kosztach jakie miałyby ponieść MWC sp. z o.o. nie wynika z wyjaśnień.

Wykonawca wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny swojej oferty nie może odpowiadać całkowicie dowolnie, nie konkretyzując założeń przyjętych przy obliczaniu ceny oferty, istotnych dla możliwości należytego wykonania umowy za cenę podaną w ofercie. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem złożenie wyjaśnień konkretnych, należycie umotywowanych, przekonujących, że cena jego oferty została obliczona poprawnie i nie jest ceną rażąco niską. Takie oczekiwania dotyczące wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę pozostaje w zgodzie z wynikającym z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązkiem dowodowym spoczywającym na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. **Tym samym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień o charakterze ogólnym lub zaniechanie złożenia dowodów naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia za niewystarczające dla uzasadnienia ceny.¹**

Należy też zauważyć w tym miejscu, że ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych obejmuje dwa aspekty: **formalny i materialny**. **Aspekt formalny** polega na ocenie zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania, **gdyż wyjaśnienia ceny lub kosztu powinny być adekwatne do treści wezwania.** Aspekt materialny natomiast obejmuje **badanie treści wyjaśnień i załączonych dowodów w kontekście ich realności, spójności, potwierdzenia prawidłowego obliczenia badanej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych.²**

Wyjaśnienia MWC sp. z o.o. nie spełniają ani wymagań formalnych ani materialnych. Wykonawca pominął całkowicie wymagania Zamawiającego wynikające z wezwania, a przez to aspekt materialny tych wyjaśnień w zasadzie nie istnieje.

Powołane wyżej twierdzenia autorstwa KIO pochodzą z uzasadnienia wyroku wydanego w analogicznej sprawie (KIO 3670/21), w której wyjaśnienia wykonawcy były najprościej rzecz ujmując: „żadne” – podobnie jak wyjaśnienia MWC sp. z o.o.

¹ KIO 3670/21

² KIO 3670/21

Dziwi postawa zamawiającego, który uznał te wyjaśnienia za wystarczające skoro nie wynika z nich dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny kompletnie nic. Konfrontacja tych wyjaśnień z wyjaśnieniami Odwołującego, który także był wzywany do uzasadnienia swojej ceny, powinna być dla Zamawiającego przesłanką do tego, aby chociaż zechciał pochylić się nad sensem przepisu i wymaganiami jakie stawia wykonawcom ustawodawca w PZP w zakresie obowiązku dowodzenia, że cena oferty pozwala na realizację zamówienia.

Co więcej, dla Zamawiającego oznaką, że wykonawca MWC sp. z o.o. nie złożył rzetelnych wyjaśnień powinien być także fakt, **że wykonawca MWC sp. z o.o. przedstawił Zamawiającemu ofertę w ramach szacowania wartości zamówienia w odpowiedzi na zapytanie ofertowe zamawiającego. Z tej oferty, z dnia 26 sierpnia 2022 r. (kopia w załączeniu, oryginał stanowi załącznik do protokołu postępowania) wynikają wnioski zgoła odmienne od przedstawionych wyjaśnień. Przede wszystkim wynika z nich jakiś załączek kalkulacji (elementy składowe ceny), inna cena, znacznie wyższa od zaoferowanej w postępowaniu, tj. 16.232,31 zł brutto. Nadto jak wynika z tej oferty, na wynagrodzenie MWC sp. z o.o. składały się koszty szkoleń pracowników Zamawiającego, które w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zostały przez MWC sp. z o.o. pominięte.**

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie odwołania.

Agata Gawrońska

Pełnomocnik

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego,
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. odpis aktualny z rejestru przedsiębiorców KRS Odwołującego,
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
5. kopia oferty MWC z dnia 26 sierpnia 2022 r. złożona w odpowiedzi na zapytanie ofertowe Zamawiającego,
6. dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami;