

Warszawa, dnia 22.12.2021 r.

Znak sprawy: WZP/WI/U-332-41/21

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

Zawiadomienie o odrzuconych ofertach Wykonawców oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na „Usługę wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w Mazowieckiej Jednostce Wdrażania Programów Unijnych w okresie 12 miesięcy” (nr sprawy: WZP/WI/U-332-41/21)

I. Zawiadomienie o odrzuconych ofertach Wykonawców

1. Działając na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym zamówieniu na „Usługę wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w Mazowieckiej Jednostce Wdrażania Programów Unijnych w okresie 12 miesięcy” (nr sprawy: WZP/WI/U-332-41/21) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, **Network Experts Sp. z o.o. Sp. k.**, ul. Chojnowska 8, 03-583 Warszawa (oferta nr 01; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż Wykonawca w związku z przesłanym przez Zamawiającego wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Wykonawca nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Przy czym Zamawiający zaznacza, że powodem odrzucenia oferty Wykonawcy nie jest złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które mogłyby być uwzględnione w przypadku, gdyby zostały złożone w określonym przez Zamawiającego terminie.

W dniu 15 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wskazania sposobu kalkulacji ceny za świadczenie usług wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w Mazowieckiej Jednostce Wdrażania Programów Unijnych w okresie 12 miesięcy, zgodnie z wymaganiami określonymi w treści SWZ.

Wątpliwości Zamawiającego budziła całkowita wartość za realizację usług stanowiących przedmiot zamówienia w wysokości 54.612,00 zł brutto. Całkowita wartość oferty została wskazana przez Wykonawcę w pkt 1 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Całkowita wartość oferty Wykonawcy była niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosiła 99.220,41 zł brutto. Wartość szacunkowa wynosiła 80.667,00 zł netto i została wskazana w Sekcji IV, pkt 4.1.15 zmienionego Ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 2 „W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) wydawanym na podstawie przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2020 r. „(...) ustawodawca w art. (...) ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną ofertową a średnią arytmetyczną cen musi prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej (...)” (sygn. KIO 439/15) oraz „(...) Obowiązek wszczynania procedury na podstawie (...) Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności (...)” (sygn. KIO 2776/14). Izba potwierdza ww. stanowisko również w wyroku z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) gdzie wskazano, że „(...) zgodnie z (...) Pzp, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w tym przepisie, uzasadniających wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty. Zgodnie z (...) Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena, która istotnie (o 30%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść składanych wyjaśnień musi być wyczerpująca i musi czynić zadość oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w treści wezwania (...)”. Wskazane orzecznictwo dotyczyło ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynikała z orzecznictwa wskazanego w dalszej części pisma. Potwierdzały to również okoliczności opisane w komentarzach do aktualnej ustawy P.z.p. obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., których autorzy wskazywali m.in., że „Szczególną sytuację, w której zamawiający musi ex lege powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, przewidziano w art. 224 ust. 2 pkt 1. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, niezależnie od tego, jak ocenia jego ofertę. W takim wypadku spełnienie formalnego, matematycznego wymogu obliuguje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia”.

Z powyższego wynikało, że Zamawiający miał obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny każdego Wykonawcę, którego oferta cenowa jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W związku z obowiązkiem wynikającym z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., Zamawiający wezwał Wykonawcę do podania całokształtu okoliczności mających wpływ na wysokość podanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, tj. świadczenia wymaganych usług wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w sposób określony w SWZ, przez okres realizacji zamówienia, tj. 12 miesięcy, w ujęciu miesięcznym i rocznym, oraz – w uzasadnionym przypadku – załączeniem stosownych dokumentów i oświadczeń potwierdzających przedstawione twierdzenia i obliczenia.

Zamawiający przypomniał, że zgodnie z art. 224 ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 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 2020 r., poz. 2207, z późn. zm.) 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”.

Zamawiający poinformował, że powyższe przesłanki nie stanowią zamkniętego katalogu. Wykonawca mógł wskazać wszystkie okoliczności, które uznałby za istotne dla wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy

Zgodnie z obowiązującym dotychczas wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 189/15) Wykonawca musiał wykazać, że odpowiednio skalkulował cenę ofertową, a w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Powyższe potwierdził również wyrok z dnia 25 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1257/21) gdzie wskazano „Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”.

Jak dotychczas wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza (np. w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 121/16) „Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić »co« – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić »w jaki sposób« wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie (...) bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. (...) Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«”. Wskazane orzecznictwo również dotyczyło ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika z szerokiego orzecznictwa nie tylko Izby ale również sądów, gdzie wielokrotnie podkreślano, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. umowa zawarta z podwykonawcą czy oferta handlowa). Wykonawca, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji.

Zamawiający poinformował również Wykonawcę, że działając zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) „(...) brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. (...) Pzp. Zgodnie bowiem z poglądem wypracowanym w orzecznictwie, złożenie przez wykonawcę, wezwanego w trybie (...) Pzp, wyjaśnień niedostatecznych jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień lub uznaniem, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”. Konieczność odrzucenia oferty wynika również z bieżącego orzecznictwa. Zgodnie z wyrokiem KIO z 5 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 1663/21) ciężar dowodu obciąża Wykonawcę. Jeżeli Wykonawca temu ciężarowi nie podoła, to spełnia się przesłanka odrzucenia oferty. Wówczas bowiem istnieje tzw. domniemanie rażąco niskiej ceny, któremu wykonawca nie zaprzeczył.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19.11.2021 r., do godz. 12:00.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, miały być przesłane do Zamawiającego we wskazanym terminie, w formie elektronicznej, przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami w zakresie skutecznego złożenia zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub cyfrowego odwzorowania dokumentów lub oświadczeń oraz innych informacji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez miniPortal (Formularz do komunikacji), lub za pomocą poczty elektronicznej email m.kosior@mazowia.eu. We wszelkiej korespondencji związanej z niniejszym postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługują się numerem ogłoszenia (BZP, TED lub ID postępowania).

W dniu 22 listopada 2021 r., o godz. 10:34, tj. **po terminie wskazanym przez Zamawiającego**, Wykonawca złożył wniosek o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do dnia 24 listopada 2021 r. Wykonawca uzasadnił swój wniosek względami niezależnymi od Niego, związanymi z trwającą pandemią COVID-19, które uniemożliwiły dotrzymania terminu określonego przez Zamawiającego. Wykonawca w dniu 23 listopada 2021 r. przesłał wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny.

W orzecznictwie KIO (np. wyrok z dnia 1 marca 2018 r., KIO 282/18) podkreśla się, że w przypadku, gdy Wykonawca uzna, iż nie zdąży przygotować wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego może złożyć wniosek o jego wydłużenie. Co jest jednak bardzo istotne, **wniosek o przedłużenie terminu musi być złożony przed upływem pierwotnego terminu na złożenie wyjaśnień**. Decyzja co do przesunięcia terminu należy do Zamawiającego. Zamawiający musi jednak pamiętać, że termin na złożenie wyjaśnień musi być równy dla wszystkich wykonawców. Jeśli więc Zamawiający przychylił się do prośby Wykonawcy, zobowiązany jest przedłużyć termin wszystkim Wykonawcom, od których zażądał wyjaśnień tak, aby termin na ich złożenie był równy dla wszystkich Wykonawców. Decyzja Zamawiającego również musi być podjęta przed upływem pierwotnego terminu na złożenie wyjaśnień. Należy podkreślić, że Wykonawcy zobowiązani są do dotrzymania terminu na złożenie wyjaśnień wyznaczonego przez Zamawiającego. Jeśli Zamawiający nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu, Wykonawcę obowiązuje pierwotnie ustalony termin.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Wykonawca wystąpił z wnioskiem o przesunięcie terminu na złożenie wyjaśnień po upływie pierwotnego terminu na ich złożenie. Zamawiający nie ma możliwości przedłużenia terminu, który już upłynął. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadzi do sytuacji, w której Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o przedłużenie terminu na jakąkolwiek czynność w postępowaniu w dowolnym momencie, niezależnie o terminu wskazanego w stosownym wezwaniu. Zakończenie, czy też upływ wskazanego terminu uniemożliwia jego wydłużenie. W takim przypadku Zamawiający miałby obowiązek ponownie wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując na nowy termin. Ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia tych samych wyjaśnień jest niezgodne z przepisami prawa.

Niewątpliwie w ustawie P.z.p. brak jest regulacji dotyczących instytucji przywrócenia terminu. Zdaniem KIO powyższe związane jest z ogólnym założeniem, jakie powinno przyświecać wykładni przepisów tejże ustawy, wywodzonym z celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest efektywne i sprawne udzielenie zamówienia publicznego. Działanie Zamawiających nakierowane jest nie tylko na uzyskanie świadczenia odpowiedniego pod względem jakości i ceny, ale również na możliwie szybkie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przypadku upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie Zamawiający nie może pozostawać w niepewności wyrażającej się w oczekiwaniu na doręczenie przez Wykonawcę wyjaśnień. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jak długo Zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z podjęciem następnym kroków w postępowaniu, w tym z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty takiego Wykonawcy oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, iż zagadnienia te nie zostały uregulowane przez ustawodawcę, jak i mając na uwadze podstawowe zasady udzielania zamówień, należy zdaniem KIO uznać, iż przekroczenie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyrokach Izby z dnia 1 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 282/18).

Z regulacji art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. wynika, iż Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia na tej podstawie oferty nie tylko w sytuacji, gdy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale również w sytuacji nie udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień we wskazanym przez Zamawiającego terminie. Zdaniem KIO złożenie

przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez Wykonawcę.

Pogląd taki podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2014 r. (sygn. KIO 2003/14). Jednym z zarzutów postawionych przez Odwołującego było fakt nieuwzględnienia przez Zamawiającego wyjaśnień, które zostały złożone 7 minut po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu.

Jak wskazała Izba „*Podniesiony przez odwołującego zarzut w zakresie zaniechania oceny złożonych przez odwołującego po wyznaczonym terminie wyjaśnień opiera się na błędnym założeniu o dopuszczalności oceny oferty (...) na podstawie takich właśnie, złożonych z uchybieniem terminu wyjaśnień (...) Konieczność stwierdzenia przez zamawiającego faktu niezłożenia wyjaśnień może być w pierwszej kolejności konsekwencją stwierdzenia niezłożenia takich wyjaśnień w terminie wyznaczonym, w drugiej kolejności konsekwencją złożenia wyjaśnień w terminie, jednak takich, których treść jest w szczególności nieadekwatna, nieprzydatna lub wręcz bez związku z celem, któremu ma służyć (...) Reasumując, złożenie wyjaśnień z uchybieniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego jest tożsame w skutkach z ich brakiem i stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy (...)*”.

Podobne stanowisko zostało wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1538/14, sygn. akt KIO 1540/14). Izba orzekła, że „*(...) skoro odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie to zamawiający postąpił prawidłowo, wykluczając go z postępowania (...)*”.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. jest uzasadnione.

2. Działając na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 307 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym zamówieniu na „*Usługę wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w Mazowieckiej Jednostce Wdrażania Programów Unijnych w okresie 12 miesięcy*” (nr sprawy: WZP/WI/U-332-41/21) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, **NGCS Sp. z o.o.**, ul. Władysława Syrokomli 3, 60-681 Poznań (oferta nr 03; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż Wykonawca w związku z przesłanym przez Zamawiającego wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Wykonawca nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących zaofferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Ponadto, Wykonawca w związku z przesłanym przez Zamawiającego wezwaniem do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

1) W dniu 15 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wskazania sposobu kalkulacji ceny za świadczenie usług wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w Mazowieckiej Jednostce Wdrażania Programów Unijnych w okresie 12 miesięcy, zgodnie z wymaganiami określonymi w treści SWZ.

Wątpliwości Zamawiającego budziła całkowita wartość za realizację usług stanowiących przedmiot zamówienia w wysokości 67.896,00 zł brutto. Całkowita wartość oferty została wskazana przez Wykonawcę w pkt 1 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Całkowita wartość oferty Wykonawcy była niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosiła 99.220,41 zł brutto. Wartość szacunkowa wynosiła 80.667,00 zł netto i została wskazana w Sekcji IV, pkt 4.1.15 zmienionego Ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 2 „W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) wydawanym na podstawie przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2020 r. „(...) ustawodawca w art. (...) ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną ofertową a średnią arytmetyczną cen musi prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej (...)” (sygn. KIO 439/15) oraz „(...) Obowiązek wszczynania procedury na podstawie (...) Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności (...)” (sygn. KIO 2776/14). Izba potwierdza ww. stanowisko również w wyroku z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) gdzie wskazano, że „(...) zgodnie z (...) Pzp, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w przypadku wystąpienia okoliczności określonych w tym przepisie, uzasadniających wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty. Zgodnie z (...) Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena, która istotnie (o 30%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść składanych wyjaśnień musi być wyczerpująca i musi czynić zadość oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w treści wezwania (...)”. Wskazane orzecznictwo dotyczyło ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynikała z orzecznictwa wskazanego w dalszej części pisma. Potwierdzały to również okoliczności opisane w komentarzach do aktualnej ustawy P.z.p. obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., których autorzy wskazywali m.in., że „Szczególną sytuację, w której zamawiający musi ex lege powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, przewidziano w art. 224 ust. 2 pkt 1. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, niezależnie od tego, jak ocenia jego ofertę. W takim wypadku spełnienie formalnego, matematycznego wymogu obliuguje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia”.

Z powyższego wynikało, że Zamawiający miał obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny każdego Wykonawcę, którego oferta cenowa jest niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W związku z obowiązkiem wynikającym z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., Zamawiający wezwał Wykonawcę do podania całokształtu okoliczności mających wpływ na wysokość podanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, tj. świadczenia wymaganych usług wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w sposób określony w SWZ, przez okres realizacji zamówienia, tj. 12 miesięcy, w ujęciu miesięcznym i rocznym, oraz – w uzasadnionym przypadku – załączeniem stosownych dokumentów i oświadczeń potwierdzających przedstawione twierdzenia i obliczenia.

Zamawiający przypomniał, że zgodnie z art. 224 ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 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 2020 r., poz. 2207, z późn. zm.) 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”.

Zamawiający poinformował, że powyższe przesłanki nie stanowią zamkniętego katalogu. Wykonawca mógł wskazać wszystkie okoliczności, które uznałby za istotne dla wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy

Zgodnie z obowiązującym dotychczas wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 189/15) Wykonawca musiał wykazać, że odpowiednio skalkulował cenę ofertową, a w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Powyższe potwierdził również wyrok z dnia 25 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1257/21) gdzie wskazano „Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”.

Jak dotychczas wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza (np. w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 121/16) „Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić »co« – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić »w jaki sposób« wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie (...) bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. (...) Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«”. Wskazane orzecznictwo również dotyczyło ustawy sprzed nowelizacji, niemniej jednak, wprowadzone zmiany przepisów w zakresie konieczności badania potencjalnie rażąco niskiej ceny nie wpłynęły na jego radykalną zmianę, co wynika z szerokiego orzecznictwa nie tylko Izby ale również sądów, gdzie wielokrotnie podkreślano, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. umowa zawarta z podwykonawcą czy oferta handlowa). Wykonawca, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji.

Zamawiający poinformował również Wykonawcę, że działając zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie przedstawił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1887/16) „(...) brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. (...) Pzp. Zgodnie bowiem z poglądem wypracowanym w orzecznictwie, złożenie przez wykonawcę, wezwanego w trybie (...) Pzp, wyjaśnień niedostatecznych jest zrównane w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień lub uznaniem, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”. Konieczność odrzucenia oferty wynika również z bieżącego orzecznictwa. Zgodnie z wyrokiem KIO z 5 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 1663/21) ciężar dowodu obciąża Wykonawcę. Jeżeli Wykonawca temu ciężarowi nie podoła, to spełnia się przesłanka odrzucenia oferty. Wówczas bowiem istnieje tzw. domniemanie rażąco niskiej ceny, któremu wykonawca nie zaprzeczył.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19.11.2021 r., do godz. 12:00.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, miały być przesłane do Zamawiającego we wskazanym terminie, w formie elektronicznej, przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Sposób porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami w zakresie skutecznego złożenia zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub cyfrowego odwzorowania dokumentów lub oświadczeń oraz innych informacji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez miniPortal (Formularz do komunikacji), lub za pomocą poczty elektronicznej email m.kosior@mazowia.eu. We wszelkiej korespondencji związanej z niniejszym postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługują się numerem ogłoszenia (BZP, TED lub ID postępowania).

Wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny za realizację zamówienia.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych (dalej UZP) *„Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli dostawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...).*

2) W dniu 2 grudnia 2021 r., Zamawiający działając na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy P.z.p, zgodnie z treścią którego *„W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni”* wezwał Wykonawcę do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu, o okres 30 dni, tj. do dnia 03.01.2022 r. Zgodnie z art. 307 ust. 3 ustawy P.z.p. *„Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”.*

Zamawiający wskazał, że zgodnie z obowiązującą doktryną, przedłużenie terminu związania ofertą może zostać dokonane wyłącznie w pierwotnym terminie związania ofertą, tj. nie później niż do dnia 04.12.2021 r. Wyrażenie zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą po upływie pierwotnego terminu związania ofertą uznaje się za nieskuteczne.

Zamawiający poinformował Wykonawcę, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”.* Powyższe odrzucenie dotyczy zarówno odmowy przedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawcę, jak i nieskutecznego przedłużenia terminu związania ofertą.

Wykonawca we wskazanym terminie nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę Wykonawcy również z tego powodu.

Z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że brak odpowiedzi Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego dotyczące przedłużenia terminu składania ofert jest równoznaczny z rezygnacją z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w wyroku z dnia 9 września 2014 r. (sygn. KIO 1737/14) wskazała, że dla wyrażenia przez Wykonawcę woli przedłużenia terminu związania ofertą konieczne jest złożenie przez niego stanowczego oświadczenia w tym przedmiocie i jednoznaczne potwierdzenie woli kontynuacji uczestnictwa w postępowaniu. Dla rezygnacji z dalszego udziału w postępowaniu wystarczające jest natomiast samo powstrzymanie się od jakichkolwiek działań.

W opinii KIO, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na regulację ustawy P.z.p. dotyczącą instytucji terminu związania ofertą. Zgodnie z nim Wykonawca jest związany ofertą od momentu upływu terminu składania ofert aż do momentu upływu terminu określonego w SWZ. Jednocześnie dopuszczalna jest możliwość przedłużenia tego terminu. Zamawiający może wówczas zwrócić się do Wykonawców z odpowiednim wnioskiem, oznaczając czas, o jaki okres związania ofertą ma ulec przedłużeniu (nie więcej niż

30 dni). Zdaniem KIO, w świetle regulacji ustawy P.z.p. wyłącznie od decyzji Wykonawcy zależy, czy przedłużeniu ulegnie termin związania go złożoną ofertą. Brak jednoznacznego stanowiska będzie natomiast uprawniał Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy, który wezwany do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, takiej pisemnej zgody wprost nie wyraził. W swojej argumentacji KIO wskazała, że to na Wykonawcach ciąży obowiązek weryfikacji biegu terminu związania ofertą i podejmowania odpowiednich działań służących zabezpieczeniu ich interesów. Możliwość przedłużenia tego terminu daje im natomiast pewność, że tak długo jak będzie się utrzymywał stan związania ofertą, Zamawiający będzie miał obowiązek uwzględnić ją przy rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony instytucja ma zabezpieczać także interesy Zamawiającego, którego przekonanie, że w przypadku wybrania określonej oferty Wykonawca zawrze z nim umowę, a następnie zrealizuje zamówienie publiczne, będzie uzasadnione. Ponadto Zamawiający w przypadku wyboru oferty, którą Wykonawca był związany, będzie mógł na drodze sądowej dochodzić jej zawarcia. Jak wynika z powyższego, Wykonawca, który wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą musi złożyć odpowiednie oświadczenie woli w tym zakresie. W sytuacji, gdy takiej zgody nie wyraża, może albo złożyć stosowne oświadczenie, albo powstrzymać się od jakichkolwiek działań (tzn. wyrazić milczącą odmowę).

Powyższe stanowisko potwierdzały również m.in. wyroki KIO z dnia 19 października 2010 r. (sygn. KIO 2204/10), z dnia 7 marca 2014 r. (sygn. KIO 276/14, KIO 302/14).

Nowelizacja ustawy P.z.p. w powyższym zakresie wprowadziła jedną zmianę polegającą na tym, iż aktualnie jedyną konsekwencją nieprzedłużenia terminu związania ofertą, zarówno na podstawie odmowy Wykonawcy, jak również braku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jest wyłącznie odrzucenie oferty Wykonawcy. Zamawiający nie wyklucza Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. jest uzasadnione.

II. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym zamówieniu

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu na „*Usługę wsparcia związanego z utrzymaniem i monitorowaniem sieci oraz korelowaniem zdarzeń bezpieczeństwa w Mazowieckiej Jednostce Wdrażania Programów Unijnych w okresie 12 miesięcy*” (nr sprawy: WZP/WI/U-332-41/21) postanowił jako najkorzystniejszą wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę, **IT arte Sp. z o.o. Sp. k.**, ul. Zielna 37, 00-108 Warszawa (oferta nr 02; dalej Wykonawca).

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym zamówieniu były: Cena – 60% – max 60pkt; Czas reakcji – błąd krytyczny – 20% – max 20pkt; Czas naprawy – błąd krytyczny – 20% – max 20pkt. Wykonawca, IT arte Sp. z o.o. Sp. k. zaproponował najkorzystniejszy bilans wszystkich wskazanych w SWZ kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego spośród Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu złożono trzy oferty. Zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu żadnego Wykonawcy oraz odrzucił dwie oferty Wykonawców. Zamawiający odrzucił dwie oferty Wykonawców w związku z faktem, iż Wykonawcy nie złożyli we wskazanym terminie wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w każdej części przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 253 ust 2 ustawy P.z.p. zostanie przekazana Wykonawcom, którzy złożyli oferty a także zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania: <https://bip.mazowia.eu/zamowienia-publiczne/> oraz <https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/>.

Zgodnie z art. 308 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający przewiduje zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Załącznikami do niniejszego zawiadomienia są:

1. zbiorcze zestawienie ofert, zawierające nazwy (firmy) i adresy Wykonawców;
2. punktacja przyznana ofertom w kryterium oceny ofert oraz łączna punktacja.

Mariusz Frankowski
p.o. Dyrektora
Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych
/- podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/

Sprawę prowadzi:
Michał Kosior
tel. 22 542 20 92
fax. 22 698 31 44/57
email: m.kosior@mazowia.eu