Sygn. akt: KIO 1739/19

WYROK

z dnia 19 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 września 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2019r. przez wykonawcę SmallGIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8a w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja

Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie, ul. Wawelska 52/54

przy udziale OPEGIEKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1739/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SmallGIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8a i:

2.1 zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SmallGIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8a 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 2018 r., poz.1986) 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:.....

Sygn. akt KIO 1739/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług budowy oraz wdrożenia systemu informatycznego pn. „Bank Danych o zasobach Przyrodniczych” wg koncepcji zamawiającego zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2019/S 073-173129 z dnia 12 kwietnia 2019r.

W dniu 27 sierpnia 2019r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy

SmallGIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8a- dalej odwołujący, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy. W dniu 6 września 2019r. odwołanie na tę czynność wniósł odwołujący. odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 września 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji odwołującego wynikającymi z odpisu z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 września 2019r.

Odwołujący zakwestionował odrzucenie swojej oferty, co w jego ocenie stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i obciążenia zamawiającego kosztami odwołania.

2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego

3. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej

4. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, ponieważ odrzucenie jego oferty narusza jego interes prawny i finansowy, gdyż nie otrzyma on zamówienia, na którego otrzymanie liczył.

W ramach badania oferty odwołującego zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dot. zarzutu rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy

Po złożeniu wyjaśnień przez odwołującego zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art 90 ust. 3 ustawy

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że odwołujący nie udowodnił wykonania projektów, które wskazał jako potwierdzenie istnienia doświadczenia w wykonywaniu projektów tożsamych lub istotnie pokrywających się z przedmiotem zamówienia publicznego, co uzasadniałoby cenę oferty.

Ponadto zamawiający ocenił jako niewiarygodne wyjaśnienia odwołującego dotyczące poszczególnych elementów składających się na cenę.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, co w orzecznictwie i doktrynie rozumiane jest pod pojęciem ceny rażąco niskiej.

Podniósł, że zamawiający w opinii odwołującego nie oparł się na obiektywnych przesłankach powstania wątpliwości co do realności ceny oferty, a wręcz przyjął tylko generalną zasadę podstawy wystąpienia do wykonawców z żądaniem wyjaśnienia podejrzeń dotyczących rażąco niskiej ceny, a więc zasadę określoną w art. 90 ust 1 a ustawy

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 1 304 007,56 zł lecz na wykonanie zadania zamierza przeznaczyć budżet jeszcze większy bo 1 654 000 zł. Wybrana oferta OPEGIEKA sp. z o.o stanowi zatem około 57 % wartości kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia publicznego, gdy oferta odwołującego stanowi około 50 % tej wartości.

Skoro zatem oferta odwołującego jest zaledwie o 7% niższa niż wybrana oferta OPEGIEKA sp. z o.o., to w ocenie odwołującego może to prowadzić do wniosku, że ceny zaproponowane przez obu wykonawców są niemalże tożsame na co odwołujący zwracał już uwagę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Odwołujący pomimo, iż nie wskazał konkretnych zamówień w których zrealizował podobne i pokrywające się funkcjonalnością systemy to jednak wyraźnie zasygnalizował; że takie zamówienia miały miejsce. Wymienianie wszystkich czy też nawet kilku takich projektów i wskazywanie na każdą, nawet najmniejszą funkcję, technologie i podobieństwa między opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym przez zamawiającego, a wdrożonymi systemami jest żądaniem bardzo trudnym do zrealizowania i czasochłonnym oraz nadmiernym wobec wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, według odwołującego bardzo uproszczonym, posługiwał się opisami powszechnie stosowanych technologii, standardów, które funkcjonują w większości systemów typu GIS lub w ich komponentach składowych i wykazywanie tak podstawowych funkcjonalności jak np. pobieranie danych za pośrednictwem usług OGC, udostępnianie metadanych czy obsługa standardów INSPIRE jest bezprzedmiotowe. Większość wymagań jakich zamawiający oczekuje realizowane jest przez oprogramowanie open. source (publiczne) na jakie sam

wskazuje w OPZ, a zadaniem wykonawców jest w dużej mierze ich konfiguracja oraz jedynie rozbudowa istniejącego systemu i rozszerzenie jego funkcjonalności pod aktualne potrzeby. Wykazywanie tak oczywistych rzeczy w opinii odwołującego było niepotrzebne. Jeśli jednak zamawiający czuł niedosyt wyjaśnień w tym kontekście, w ocenie odwołującego mógł do wezwać do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. W niektórych okolicznościach zamawiający ma bowiem prawo do wezwania o dodatkowe wyjaśnienia jeżeli jakieś elementy tych wyjaśnień budzą wątpliwości lub nie zostały udzielone w sposób dostatecznie dokładny W ocenie odwołującego nadto wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień było tym bardziej uzasadnione, że wezwanie skierowane do odwołującego było nazbyt ogólnikowe i w żaden sposób nie precyzowało wątpliwości zamawiającego w zakresie zaoferowanej ceny oraz zakresu oczekiwanych wyjaśnień, w tym nie wskazywało na konieczność wykazania się w sposób szczegółowy doświadczeniem.

Odwołujący całkowicie nie zgadza się z argumentami zamawiającego dotyczącymi braku wykazania zaangażowania pracowników i pracochłonności. W pierwszej kolejności nieistotna dla zamawiającego powinna być informacja o ilości osób zaangażowanych w projekt, a liczba osobogodzin (roboczogodzin) przeznaczonych na realizację całego projektu. Zamawiający definiował warunki udziału w zakresie kadry i wskazał że do realizacji zamówienia oczekiwać będzie udziału 9 osób. Niejako więc znał już liczbę osób jaką wykonawcy będą musieli oddelegować. Oczywiście nie stoi na przeszkodzie by wykonawcy użyli większej liczby osób ale powinna to być dla zamawiającego już wystarczająca informacja. Z uwagi na zwykle stosowaną w firmach strukturę macierzową kadry i zaangażowanie w danym momencie osób w różne projekty, nie jest możliwe wyznaczenie dokładnej ilości osób zaangażowanych w projekt. Z tego względu wyceny projektów najczęściej opiera się o jednostkę osobogodziny lub etatów.

Odwołujący podał natomiast w wyjaśnieniach poziom zakładanego wynagrodzenia dla osób zaangażowanych w projekt podając średnią stawkę godzinową z uwagi na zróżnicowany charakter specjalistów koniecznych do realizacji zamówienia i zróżnicowane wśród nich płace, które jedynie komplikowałyby sposób przedstawienia kalkulacji przez co stałaby się nieczytelna.

Zamawiający zarzucił, że przedstawiona kalkulacja skupia się wyłącznie na elementach zamówienia i cenach za nie.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego. Zdaniem odwołującego stan faktyczny jest wręcz odwrotny. Sposób przedstawienia kalkulacji co prawda na pierwszy rzut oka może wydawać się jedynie wskazaniem cen za poszczególne etapy/elementy zamówienia ale Zamawiający zupełnie zignorował ostatnią kolumnę, która wskazuje na przyjętą średnią stawkę godzinową. Zamawiającemu nie stało nic na drodze aby dokonać prostego wyliczenia tj. podzielenia ceny zadania przez średnią stawkę godzinową w wyniku czego otrzymałby liczbę godzin jaką przyjął do wyceny odwołujący. Podobnie sytuacja ma się w przypadku pozostałych elementów wyceny jak np. delegacje czy obsługa gwarancyjna.

Odwołujący poniżej przedstawiał zamawiający mógł w prosty sposób dojść do wymaganych przez niego informacji podając w ujęciu tabelarycznym cenę brutto za zadanie, średnią stawkę oraz liczbę godzin po podzieleniu wartości zadań przez roboczogodzinę

Komponent 1 - cena brutto 153.000,00 zł, stawka średnia - 110, liczba godzin -1391
Komponent 2 - cena brutto 177 600,00 zł stawka średnia - 100 liczba godzin - 1776
Komponent 3 - cena brutto 224 500,00 zł , stawka średnia - 115 liczba godzin - 1952

Analiza przedwdrożeniowa - cena brutto 12 000,00 zł stawka średnia - 120 liczba godzin - 100

Dokumentacja - cena brutto 8 000,00 zł stawka średnia - 100 liczba godzin - 80

Gwarancja udzielona na 12 miesięcy - cena brutto - 12 189,60 zł

Przyjęto koszt utrzymania gwarancji przez 1 miesiąc na poziomie 1015,80 zł (5 godzin miesięcznie/ stawka godzinowa przyjęta z asysty technicznej) Asysta techniczna 500 h - cena brutto 124 943,40 zł stawka średnia 203,16 zł

Podróże służbowe 5 000,00 zł 10 przejazdów po 500 zł

Koszty pozostałe (w tym m.in.: koszty usług obcych - stałe opłaty - najem pomieszczań, usługi telefoniczne i internetowe.

Koszty zużytych materiałów i energii 20 000,00 zł
Zysk 95 723,00 zł
Suma 832 956,00 zł

Zamawiający zarzucił, że odwołujący miał możliwość udowodnić wynagrodzenia pracowników przedkładając dowody w postaci np. umów z pracownikami.

W ocenie odwołującego argument ten jest nietrafiony gdyż tak jak już odwołujący wskazał wcześniej, nie ma pewności w jakim stopniu dana osoba będzie zaangażowana. Każdy pracownik ma inne warunki finansowe. Takie umowy ze względu na zawarte w nich informacje powinny być odpowiednio zanonimizowane przez odwołującego co z kolei uniemożliwiłoby zamawiającemu weryfikację czy dana umowa odpowiada akurat tej osobie którą odwołujący będzie miał zamiar oddelegować do realizacji zamówienia. Tak jak w przypadku usług, wykonawca nie widział potrzeby udowadniania, że dana osoba zarabia taką czy inną stawkę i uznał, że wystarczającym jest oświadczenie, że taką kwotę zarabia. Wreszcie, jeżeli zamawiający wymagał takiej informacji, mógł poprosić ojej doprecyzowanie.

Jako ostatni argument odwołujący wskazał na jeszcze jeden scenariusz jaki może leżeć u podstaw decyzji zamawiającego - opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu był ogólny jak na projekt o tak dużej szacowanej wartości. Cały opis przedmiotu zamówienia zawiera się w zaledwie 23 stronach z czego:

a) Tylko około 10 stron stanowią opisy mające, największy wpływ na wycenę.

b) Około 6 stron stanowią, strona tytułowa, spis treści, ogólny opis kontekstu projektu, słowniczek pojęć oraz bardzo ogólny schemat koncepcji systemu, które nie mówią praktycznie nic na temat szczegółowych wymagań dla systemu.

e) Kolejne około 7 stron stanowią:

a. opisy oczekiwanej wydajności, która nie jest zależna tak bardzo od zaangażowania wykonawcy w programowanie i konfigurację w dużej mierze gotowych rozwiązań technologicznych, ale która zależna jest wykorzystanej infrastruktury którą zapewnia zamawiający

b. opis infrastruktury sprzętowej na której ma działać system

c. opis procedur i obowiązków formalnych i terminów na poszczególne czynności

d. informacje dodatkowe

Odwołujący zauważył, że 10 stron konkretnych informacji może być niewystarczającą ilością informacji dla wykonawców by poprawnie zinterpretować realne potrzeby zamawiającego. Mimo, iż dla odwołującego zakres zamówienia wydawał się być opisany w sposób jasny i dostateczny by poprawnie wycenić przedmiot zamówienia i nic nie wskazuje na to że zakres zamówienia mógłby być sformułowany zbyt ogólnikowo, to istnieje prawdopodobieństwo, że zakres prac może być większy. Odpowiedzialność za to powinien jednak ponieść nie odwołujący ale zamawiający, który powinien zadbać o takie opisanie przedmiotu zamówienia by zapewnić zarówno porównywalność ofert jak i uwzględnienie przez oferentów wszystkich czynników mających wpływ na cenę.

Reasumując odwołujący stwierdził, że obowiązkiem zamawiającego było wykazanie, że cena zaproponowana przez odwołującego jest nierealna i rażąco odbiega od innych cen, w tym ceny oferty wybranej przez zamawiającego. Zamawiający nie wykazał powyższego, w szczególności nie odniósł się do wyliczeń odwołującego dotyczących poszczególnych etapów wykonania prac. Ograniczenie się przez zamawiającego wyłącznie do zarzutu dotyczącego braku wskazania liczby osób zaangażowanych w projekt oraz uwzględnienia jego pracochłonności prowadzi raczej do wniosku, że zamawiający nie ma doświadczenia oraz rozeznania w branży teleinformatycznej. Skoro bowiem odwołujący przedstawił wyliczenia kosztów realizacji poszczególnych etapów, to zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego, na koszt wykonania składa się właśnie pracochłonność wykonania usługi oraz liczba osób (pracowników lub osób współpracujących ze spółką na podstawie umowy innej niż określona przepisami kodeksu pracy) zaangażowana w projekt. Zamawiający nie uwzględnił powyższego i ograniczył się jedynie do zakwestionowania oferty odwołującego i powtarzania zapisów użytych w wyjaśnieniach odwołującego.

Zamawiający takich ustaleń nie poczynił, a jego ocena jest aprioryczna i nie bierze pod uwagę chociażby wyjaśnień odwołującego.

W dniu 9 września 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 10 września 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EnviroSolutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Woli Prażmowskiej, ul. Główna 74 i Visimind Ltd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Trylińskiego

10 wskazując, że mają interes w ochronie praworządności i prawidłowym stosowaniu ustawy, a także liczą na przyszłą współpracę z odwołującym w sytuacji, gdyby to on uzyskał zamówienie. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zgodnie z zasadami reprezentacji pełnomocnika ujawnionymi w KRS i udzielonym pełnomocnictwem z dnia 6 czerwca 2019r. Do zgłoszenia nie dołączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 12 września 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się OPEGIEKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta został uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pierwszego wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 września 2019r.

W dniu 18 września 2019r. przystępujący złożył pismo, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania. Podniósł, że zamawiający miał prawo wezwać odwołującego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, gdyż cena odwołującego była niższa o 30% od szacunku zamawiającego. Zamawiający zażądał szczegółowej kalkulacji i pouczył odwołującego skutkach jej nieprzedstawienia. Odwołujący próbuje w ocenie przystępującego przerzucić na zamawiającego obowiązek dowodowy w zakresie ceny rażąco niskiej. W tym zakresie przystępujący wskazał, że Izba stoi na stanowisku, że obowiązek ten obciąża wykonawcę tak w zakresie kompleksowości wyjaśnień jak i przedstawienia dowodów, zaś stosowanie wezwania uzupełniającego może być stosowane jedynie wyjątkowo - wyrok z dnia 17 czerwca 2019r. sygn. akt KIO 992/19, wyrok z dnia 19 kwietnia 2019r. sygn. akt KIO 619/19, wyrok z dnia 26 marca 2019r. sygn. akt KIO 431/19. Odwołujący zaś dopiero na etapie odwołania próbuje uzupełniać dane, co jest bezzasadne i z tego powodu odwołanie winno ulec odrzuceniu. Odwołujący także w odwołaniu nie potrafi w ocenie przystępującego wyjaśnić i udowodnić, że poszczególne elementy składające się na kalkulację cenową oferty sa wiarygodne i dają podstawy do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przygotowana przez odwołującego w wyjaśnieniach tabela nie zawiera informacji odnośnie przewidywanej pracochłonności jak również w wyjaśnieniach brak jest tej informacji, a do tego właśnie wzywał zamawiający.

Zamawiający w dniu 19 września 2019r. złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł:

1) o oddalenie odwołania

2) opozycję co do zgłoszenia przystąpienia po stronie wnoszącej odwołanie

3) o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przez zasądzenie ww. kosztów od odwołującego na rzecz zamawiającego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa.

Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego była niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia, zamawiający zobowiązany był do wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Obowiązek badania rażąco niskiej ceny powstaje każdorazowo w razie zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek opisanych w przytoczonym przepisie, na co wskazuje użyty przez ustawodawcę spójnik "lub". Wyjątek wskazany w w/w przepisie in fine, nie miał w przedmiotowym postępowaniu zastosowania. zamawiającemu nie są znane oczywiste okoliczności, które nie wymagały wyjaśnienia, a miałyby wpływ na cenę złożonej oferty. Sama procedura wyjaśnienia zaoferowanej ceny oferty nie opiera się na subiektywnym charakterze wątpliwości zamawiającego. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania, dokonał szacowania wartości zamówienia z należytą starannością. Informacja o szacowaniu wartości zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego, w wyniku czego złożono osiem propozycji cenowych. Na ich podstawie zamawiający dokonał szacowania przez wyliczenie średniej arytmetycznej. Zamawiający nie miał podstaw stwierdzić, że przyjęta wartość szacunkowa jest błędna, a cena oferty odwołującego jest ceną, która pozwala rzetelnie wykonać zamówienie. Cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od oszacowanej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W tym stanie faktycznym zamawiający był prawnie zobowiązany wezwać do wyjaśnienia ceny oferty. Odwołujący nie zakwestionował czynności wezwania do wyjaśnienia ceny jego oferty, a tym samym wezwanie należy uznać za wiążące i skuteczne. Odwołujący w treści wyjaśnień powinien rozwiać wszelkie wątpliwości co do prawidłowego wykonania zamówienia.

Skierowanie przez zamawiającego wezwania rodzi po stronie odwołującego daleko idące konsekwencje w zakresie ciężaru dowodu, opisane w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

Na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący powołujący się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji innych zamówień powinien w tym celu wskazać z nazwy zrealizowane projekty wraz z podaniem ich kwoty czy zakresu. Zamawiający nie oczekiwał szczegółowych opisów na czym te projekty polegały tj. opisania najmniejszych funkcji, technologii czy podobieństw pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym przez zamawiającego, a wdrożonymi systemami, niemniej nie mógł przyjąć tak generalnego sformułowania za wystarczające. Odwołujący sam wskazuje w piśmie, że realizował podobne zamówienia, co oznacza, że nieidentyczne do obecnie zamawianego systemu.

Kolejnym argumentem, którym posłużył się Odwołujący argumentując niskie koszty wykonania zamówienia jest dysponowanie gotowymi substratami informatycznymi systemu stanowiącymi „dorobek w postaci wytworzonych produktów (komponentów systemu)". Odwołujący nie dookreślił, w jakim zakresie ich użycie pozwoliłoby zaoszczędzić odwołującemu ponoszenie nakładów na realizację zamówienia. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że wytworzone przy okazji realizacji wcześniejszych, podobnych zamówień, produkty odpowiadałyby potrzebom realizacji budowy „Banku danych" wg koncepcji zamawiającego. Odwołujący w treści odwołania podnosi, że bardzo trudnym do zrealizowania byłoby wskazanie podobieństw wcześniejszych realizowanych produktów w odniesieniu do bardzo uproszczonego opisu przedmiotu zamówienia przedstawionego przez zamawiającego. Bez względu na to, że zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia jest zarzutem do treści specyfikacji i tym samym jest zarzutem spóźnionym, to argumentacja odwołującego w tym zakresie jest niespójna. Skoro odwołujący ma gotowe produkty, komponenty i zamierzał ich użyć w realizacji przedmiotowego zamówienia to składając wyjaśnienia wiedział przy realizacji jakich zadań z jakich produktów skorzysta i na jakiej zasadzie. Zamawiający nie wyklucza, że okoliczności mogą być prawdziwe, ale nie może dać im wiary na zasadzie domniemania. Są to oświadczenia generalne, a ich sprecyzowanie nie powinno nastręczać większych trudności. Analogicznie Odwołujący nie podjął się wykazania w jaki sposób i w jakim zakresie okoliczność posiadania przez niego wiedzy i doświadczenia, o której pisze w wyjaśnieniach, wpłynęła na obniżenie ceny jego oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazanie podobnych projektów, które udało się odwołującemu zrealizować, według zamawiającego nie jest ani czasochłonne, ani trudne.

Odwołujący wskazał na możliwości ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w przypadku skierowania błędnego wezwania, które jest nazbyt ogólnikowe. Stanowisko odwołującego sprowadza się zatem do twierdzenia, że skoro zamawiający nie zapytał o konkretny aspekt w zakresie wyceny oferty, to wykonawca nie ma obowiązku przekazania takich informacji. Zamawiający nie może zgodzić się z takim tokiem rozumowania, gdyż to odwołujący ma obowiązek przekazania wszystkich informacji i obliczeń, które wyjaśniają sposób wyceny i wykazania okoliczności na jakie się powołuje Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zostało przygotowane na poziomie ogólności. Oprócz zacytowania wymagań wynikających z treści art. 90 ust. 1 ustawy, wezwanie zawierało szereg elementów, które w ocenie zamawiającego miały istotne znaczenie przy kalkulacji ceny, a do których odwołujący nie odniósł się składając wyjaśnienia. Ponadto zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie jest w stanie bardzo precyzyjnie określić jakie elementy mają wpływ na cenę. To odwołujący wie jakie elementy uwzględnił w kalkulacji kosztów i powinien je szczegółowo w wyjaśnieniach dookreślić. Oceniając możliwość ponownego wezwania do wyjaśnienia to zgodnie z przyjętą praktyką może mieć ono miejsce jedynie w sytuacji, gdy złożone pierwotnie wyjaśnienia budzą w pewnym zakresie wątpliwości zamawiającego lub gdy istnieje potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień. Oznacza to, że procedura ponownego wezwania wykonawcy nie ma zastosowania w sytuacji, gdy uprzednio złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a za takie zostały przez zamawiającego uznane złożone przez odwołującego wyjaśnienia. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może być uzasadnieniem kolejnych wezwań. Zamawiający odwołał się do wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1358/18.

Odnośnie zarzutu nr 2 - zamawiający w SIWZ zdefiniował jedynie minimalną a nie wystarczającą liczebność zespołu. Zgodnie z tym odwołujący kalkulując cenę oferty powinien był założyć taką jego liczebność, która zapewni należyte wykonanie umowy. Tym samym składając wyjaśnienia odwołujący powinien był uwzględnić te informacje, bo jako profesjonalista powinien wiedzieć jakiej wielkości zespół jest niezbędny do zrealizowania umowy i według takich założeń uwzględnić koszty pracy w cenie. Sam odwołujący w treści odwołania informuje, że zespół realizujący zamówienie będzie się składał z różnej liczby osób. Niestety odwołujący pomija fakt, że realizując zadania przy pomocy większej liczby osób będzie ponosił większe koszty pozapłacowe. Ponadto w wyjaśnieniach odwołujący podał jedynie informacje o średniej stawce godzinowej, będącej podstawą do wyliczenia ceny. Zamawiający mając jedynie taką informację nie jest w stanie zweryfikować kosztów pracy poszczególnych specjalistów. Bez analizy kosztowej realności konkretnych stawek

roboczogodzin, zamawiający nie ma pewności że zamówienie zostanie wykonane i to zgodnie z przepisami prawa. Nie jest wystarczające podanie średniej stawki godzinowej, bez określenia pracochłonności konkretnych specjalistów przy realizacji poszczególnych usług oraz kosztów osobowych W efekcie, mimo deklarowanych stawek godzinowych rzędu 100 zł/h i wyższych zamawiający nie może stwierdzić nawet, czy odwołujący w kalkulacji cenę uwzględnił minimalną wartość wynikając z przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w przypadku działających na jego rzecz zleceniobiorców i samozatrudnionych. Co więcej, z wyjaśnień odwołującego wynika, że osoby którymi się posłuży wykonawca będą świadczyć pracę na podstawie umowy o pracę.. Zamawiający nie miał możliwości zbadania czy w podanej stawce za roboczogodzinę uwzględnione zostały koszty związane z urlopami pracowniczymi, zwolnieniami lekarskimi, koszty badań lekarskich czy szkoleń pracowników. Odwołujący w wyjaśnieniach nie określił nawet poziomu podatków, które zawierają się w przyjętej stawce brutto. Odnosząc się do przepisów Kodeksu pracy należy podnieść, że przyjęte do kalkulacji stawki roboczogodziny powinny zawierać wszystkie koszty a nie tylko kwotę średniego wynagrodzenia. Zamawiający stoi na stanowisku, że same twierdzenia odwołującego (bez przedstawienia dowodów odnoszących się do konkretnych osób) nie były wystarczające, aby na ich podstawie możliwe było zweryfikowanie prawidłowości przyjęcia średniej stawki za roboczogodzinę. Wyliczenia oparte jedynie na szacunkowych wartościach nie mogą stanowić dowodu i potwierdzenia oferowania realnej stawki wynagrodzenia pracowników.

Ustawodawca dobór narzędzi dowodowych pozostawia w gestii wykonawcy. Przy tego typu usługach najistotniejszym elementem wchodzącym w skład ceny są koszty pracy i na wyjaśnieniu tego elementu wykonawca powinien się skupić najbardziej. Odwołujący w wyjaśnieniach poprzestał jedynie na podaniu ogólnych informacji dotyczących średniej stawki za godzinę i całkowitych kosztów realizacji poszczególnych komponentów, bez wyszczególnienia elementów składających się na podany koszt, co zostało uznane jako ogólnikowa informacja

Odwołujący przedstawił stwierdzenia, które należy traktować w kategoriach własnych deklaracji (oświadczenia wykonawcy), nie popartych żadnymi dowodami. Zamawiający podkreślił, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne" dowody ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśniania spełniające wymagania przepisów ustawy, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem 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. I tak, chociażby koszty osobowe powinny podlegać weryfikacji pod względem wymogów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych. Aby dokonać takiej analizy wykonawca winien przedłożyć szczegółową kalkulację dotyczącą liczby pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, przewidzianego wynagrodzenia i pozostałych kosztów zatrudnienia. Wyliczenie ogólnych kosztów, bez rozbicia na jakikolwiek elementy składowe składające się na koszty zatrudnienia, uniemożliwia zamawiającemu ocenę czy w sposób realny zostały wycenione.

W ocenie zamawiającego złożone wyjaśnienia odwołującego nie wykazały istnienia po jego stronie szczególnych okoliczności uzasadniających zaoferowanie ceny na takim poziomie. Odwołujący skupił się w wyjaśnieniach wyłącznie na elementach zamówienia i cenach za nie. Rozbicie ceny oferty na poszczególne składniki, tak jak to uczynił odwołujący w wyjaśnieniach, nie może być uznane za wystarczające, ponieważ podane w ten sposób kwoty cząstkowe nie są poparte żadnymi dowodami. Choć złożone wyjaśnienia dotyczą kosztów tego konkretnego postępowania, nie odnoszą szczegółowo się do wielu czynników koszt twórczych, które powinny być uwzględnione w prawidłowo sporządzonej kalkulacji.

Reasumując, wyjaśnienia nie miały charakteru kompleksowego i rzeczowego. Odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Zamawiający zgłosił opozycję do przystąpienia zgłoszonego po stronie wnoszącej odwołanie przez konsorcjum Wykonawców EnviroSolutions Sp z o.o. oraz Visimind Ltd Sp. z o.o. Konsorcjum Wykonawców w dniu 10 września 2019 r. przesłało zamawiającemu informację o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przystępujący w treści przesłanego przystąpienia nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść

strony, do której przystępuje. O ile interesu zgłaszającego przystąpienie w uwzględnieniu odwołania nie należy utożsamiać z interesem w uzyskaniu zamówienia, to interes ten powinien mieć charakter realny a nie tylko hipotetyczny, gdyż jedynie w takim wypadku udział przystępującego Konsorcjum w postępowaniu odwoławczym będzie mógł czynić zadość jego uzasadnionemu interesowi prawnemu i faktycznemu. Przystępujący winien wskazać na czym

polega jego interes w odniesieniu do sytuacji w danym postępowaniu, nie zaś ogólnie powoływać się na konieczność przestrzegania przepisów prawa.

Ze względu na fakt, że również oferta Przystępującego została odrzucana na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jako zawierająca rażąco niską cenę, przystępujący miał możliwość złożenia odwołania na czynności podjęte przez zamawiającego. Dodatkowo zamawiający podkreślił, że gdyby oferta przystępującego nie została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, to oferta ta przedstawiałaby najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, a tym samym przystępujący miałby interes w uzyskaniu zamówienia. Przystępujący zrezygnował z zaskarżenia czynności zamawiającego a tym samym potwierdził, że w odniesieniu do jego oferty zamawiający prawidłowo przeprowadził czynność badania i oceny oferty.

Interes Przystępującego, wskazany w przystąpieniu jest tylko hipotetyczny, a więc przystąpienie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy skierowanego do odwołującego, udzielonych wyjaśnień wraz z załącznikami, informacji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający według notatki służbowej aktualizującej wartość szacunkową zamówienia z dnia 23 stycznia 2019r. wartość tę ustalił na 1 060 168,75zł. netto, 1 304 007,50zł. brutto, a zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 654 000zł. brutto.

W postępowaniu zaoferowano następujące ceny:

Konsorcjum Envirosolutions i Visimind - 369 000zł.

Evertop sp. z o.o.- 736 770zł.,

SmallGis - 832 956zł.

Opegieka - 9 52 020zł.

Pentacomp systemy Informatyczne- 1 230 001,23zł.

Comarch - 1 887 075,84zł.

W dniu 3 czerwca 2019r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej w tym zażądał szczegółowej kalkulacji wszystkich elementów o których mowa w Szczegółowym Opisie Przedmiotu zamówienia w tym:

- koszty zatrudnienia personelu wraz z obciążeniami z tytułu składek ZUS, w tym koszt roboczodnia-roboczogodziny, zespołu specjalistów,/specjalisty, przewidywaną pracochłonność, względnie podwykonawców,
- koszt nabycia lub wytworzenia odpowiednich bezterminowych licencji na oprogramowani,
- koszty wartości niematerialnych i prawnych (oprogramowanie)
- koszty udzielonych gwarancji,
- koszty usługi asysty technicznej
- koszty podróży służbowych,
- koszty wytworzenia kompletnej dokumentacji powykonawczej,
- koszt usług obcych (najem pomieszczeń, usługi telefoniczne, internetowe),
- koszt zużytych materiałów i energii,
- koszt podatków związanych z realizacją przedmiotu umowy,
- marży z uwzględnieniem zakładanego zysku

Oraz innych elementów mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie. Zamawiający wskazał, że brak odniesienia się do powyższych danych wiąże się z ryzykiem, że zamawiający uzna je za iluzoryczne. Wyjaśnienie powinno wykazać, czy zaoferowana cena rzeczywiści uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia i wskazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący udzielił wyjaśnień, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa:

W szczególności odwołujący wskazał, że wycenie podlegały zadania określające przedmiot zamówienia tj. w szczególności:

1. Komponent 1: Kontener danych

2. Komponent 2: Aplikacja użytkownika - rozbudowa funkcjonalności

3. Komponent 3: Aplikacja administratora

4. Wycena obejmuje również:

1) Przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej infrastruktury oraz pozostałe prace przygotowawcze określone w pkt 5.1 OPZ

2) Przygotowanie dokumentacji o której mowa w pkt 5.5 OPZ

3) Udzielenie 12-miesięcznej gwarancji

4) Pakiet podstawowy oraz rozszerzony godzin asysty technicznej (łącznie 500 roboczogodzin)

Wszystkie elementy zamówienia zostały wycenione przy uwzględnieniu realnych kosztów ich realizacji oraz zysku. Odwołujący wskazał, że przy wycenie brał pod uwagę zarówno ceny obowiązujące na rynku, swój dorobek w postaci wytworzonych produktów (komponentów systemu), jak i doświadczenie w realizacji tego typu dostaw oraz usług.

W pierwszej kolejności odwołujący podważał prawidłowość wezwania go do wyjaśnień wskazując, że jego oferta nie odbiega co do ceny, od średniej arytmetycznej złożonych oferty w sposób, który obligowałby zamawiającego do skorzystania z art. 90 ust. 1 a ustawy. Izba ustaliła, że dane w tym zakresie oparte są na jawnych informacjach podawanych przy otwarciu ofert, a zatem nie obejmują informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołują podał wypracowane przez orzecznictwo poglądy dotyczące pojęcia ceny rażąco niskiej, a także podniósł, że poza jednym wykonawcą oferenci przedstawili zbliżony do siebie poziom cen za wykonanie przedmiotu umowy. Są to jednocześnie podmioty konkurencyjne wobec siebie, pracujące w różnych technologiach, niemniej będące w stanie w sposób rzetelny i rynkowy dokonać oceny i szacowania kosztów wykonania prac objętych niniejszym zamówieniem. Odwołujący podkreślił, że „zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiekolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe. Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 ustawy udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega in minus od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Niemniej odwołujący przedstawił wyjaśnienia stanowiące podstawę wyliczenia ceny ofertowej. Oświadczył, że w zakresie ustalenia ceny zaoferowanej w niniejszym przetargu, uwzględnił wyjątkowo sprzyjające warunki - metodologię i rozwiązania techniczne, które w znacznym stopniu przyczyniły się do możliwości złożenia oferty z ceną na poziomie 832 956,00 zł brutto. Odwołujący przedstawił następującą kalkulację:

Komponent 1 - cena brutto 153 000,00zł. Odwołujący wskazał, że na kwotę zaoferowaną składają się wszystkie czynności w ramach części zamówienia rozliczane wg średniej stawki godzinowej w wysokości 110 zł z uwzględnieniem wszystkich kosztów prac

Komponent 2 - cena brutto 177 600,00zł Odwołujący wskazał, że na kwotę zaoferowaną składają się wszystkie czynności w ramach części zamówienia rozliczane wg średniej stawki

godzinowej w wysokości 100 zł z uwzględnieniem wszystkich kosztów prac

Komponent 3 - cena brutto 224 500,00zł. Odwołujący oświadczył, że na kwotę zaoferowaną składają się wszystkie czynności w ramach części zamówienia rozliczane wg średniej stawki godzinowej w wysokości 115 zł z uwzględnieniem wszystkich kosztów prac

Analiza przedwdrożeniowa - cena brutto 12 000,00zł. Odwołujący oświadczył, że na kwotę zaoferowaną składają się wszystkie czynności w ramach części zamówienia rozliczane wg średniej stawki godzinowej w wysokości 120 zł z uwzględnieniem wszystkich kosztów prac
Dokumentacja - cena brutto 8 000,00zł. Odwołujący oświadczył, że na kwotę zaoferowaną składają się wszystkie czynności w ramach części zamówienia rozliczane wg średniej stawki godzinowej w wysokości 100 zł z uwzględnieniem wszystkich kosztów prac

Gwarancja udzielona na 12 miesięcy - cena brutto 12 189,60zł. Odwołujący przyjął koszt utrzymania gwarancji przez 1 miesiąc na poziomie 1015,80 zł (5 godzin miesięcznie/ stawka 4 godzinowa przyjęta z asysty technicznej)

Asysta techniczna 500 h - cena brutto - 124 943,40zł. Według odwołującego niniejsza wartość stanowi 15% maksymalnego wynagrodzenia (zgodnie z umową) Stawkę godziny asysty technicznej przyjęto na poziomie 203,16 zł

Podróże służbowe - cena brutto 5 000,00 (500 zł koszt 1 przejazdu do zamawiającego) - Do kalkulacji przyjęto maksymalnie 10 wyjazdów

Koszty pozostałe (w tym m.in.: koszty usług obcych - stałe opłaty - najem pomieszczeń, usługi telefoniczne i internetowe.

Koszty zużytych materiałów i energii - 20 000,00
Zysk 95 723,00
Suma 832 956,00

Wykonawca zaproponował swoją standardową stawkę roboczogodziny na poziomie średniej ok. 100,00 zł brutto z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracy za prace analityczno-programistyczne oraz wdrożeniowe (stawka wyliczona jest z uwagi na różne stawki poszczególnych grup zawodowych zaangażowanych w realizację). Jest to średnia stawka krajowa za świadczenie usług informatycznych. Odwołujący podkreślił, że np. najlepsi informatycy specjaliści mają stawki godzinowe na poziomie 130 zł (ogólnodostępne dane o wynagrodzeniach). Zaproponowana zatem średnia stawka godzinowa odwołującego jest stawką rynkową i adekwatną do świadczonych usług i specjalistów wymaganych przez zamawiającego. Niniejsza stawka uwzględnia zatrudnienie pracowników na umowach o pracę i obejmuje wszelkie koszty, które pracodawca ponosi w ramach zatrudnienia personelu.

W przyjętej wycenie uwzględniono także roboczogodziny oraz tożsamą stawkę godzinową za prace które zostaną zlecone Podwykonawcy udostępniającemu swoje zasoby celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący bazując na swoim bogatym doświadczeniu w branży systemów informatycznych GIS a w szczególności w projektach o zbliżonym charakterze, bardzo rozważnie przeanalizował wymagania OPZ i zaoferował swoim zdaniem możliwie najniższą, ale jednocześnie bezpieczną i adekwatną cenę, gwarantującą należyte zrealizowanie niniejszego zamówienia. Uwzględniając szczegółowo zapisy przedmiotu zamówienia oraz nawet

dysponowanie rozwiązaniami pokrywającymi 50% wymagań funkcjonalnych, zaoferowanie kwoty poniżej 800 000,00 zł brutto, nawet przy przyjęciu minimalnego zysku dla wykonawcy czy wręcz jego braku, może budzić w przypadku firmy Evertop czy tym bardziej Enviro Solutions/Visimind poważne wątpliwości czy takie oferty zostały właściwe oszacowane. Powyższe potwierdzają oferty pozostałych wykonawców (Pentacomp Systemy Informatyczne

S.A., Opegieka Sp. z o.o. czy Comarch Polska S.A), których wieloletni staż w branży IT świadczy o ich doświadczeniu i profesjonalizmie i daje podstawy sądzić, że ich oferty zostały skalkulowane w sposób właściwy, a ceny tych ofert przekraczają 800 000,00 zł, podobnie jak oferta firmy SmallGIS Sp. z o.o.

Przykładowo pozostali wykonawcy sami dają podstawy do uwzględnienia braku ich doświadczenia określając siebie jako „młode" czy „niewielkie" firmy, które działają na rynku dopiero od kilku lat (Evertop Sp. z o.o. czy EnviroSolutions Sp. z o.o. + Visimind, które nie są co do zasady firmami informatycznymi tylko szkoleniowymi i zajmującymi się usługami fotolotniczymi).

Niemniej, największy wpływ na zaoferowaną cenę w przypadku SmallGIS miał przede wszystkim koszt wybranych rozwiązań oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia. Odwołujący zdecydował o wykorzystaniu już posiadanych (a wytworzonych

wcześniej) komponentów oprogramowania realizujących funkcję obsługi standardowych danych przestrzennych w formatach wektorowych i rastrowych takich jak m.in. GML, ShapeFile, (Geo)TIFF, itp. (rozwiązania klasy ETL) - co znacząco ułatwi i przyspieszy wykonanie oraz wdrożenie systemu.

Odwołujący zgodnie z OPZ zdecydował o wyborze technologii open source oraz wykorzystaniu już istniejących na rynku komponentów spełniających wymogi zamawiającego, a dostępnych ogólnie. Odwołujący nie zamierza korzystać z drogich (zarówno w zakupie jak i dalszym utrzymaniu) technologii komercyjnych takich jak np. produkty ArcGIS firmy ESRI, które podrożyłyby koszty oferty o kilkadziesiąt, a nawet kilkaset tysięcy złotych. Ponieważ odwołujący posiada bogate doświadczenie wykorzystywaniu innego typu oprogramowania, pozwala to na uniknięcie na wstępie kosztów zakupu platform, które mogą być i są zastąpione z powodzeniem innymi technologiami.

Odwołujący dokonał ww. zastrzeżenia w stosunku do niniejszego pisma, informacji w nim zawartych odnośnie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i metody dokonanej wyceny, w szczególności dotyczy to przedstawionych kalkulacji cenowych dotyczących oferty odwołującego, które stanowią treści szczególnie chronione oraz wszystkich dowodów (kopie ofert dystrybutorów i producentów) załączonych do niniejszego pisma, ponieważ w ofertach są ujawnione nie tylko nazwy, ale również warunki upustów, ceny specjalne oraz dane przedstawiane wyłączenie do wiadomości odwołującego. Jednakże jak wynika z niżej poczynionych ustaleń zamawiający nie uznał tego zastrzeżenia za skuteczne z uwagi przede wszystkim na niewykazanie środków podjętych w celu zachowania informacji w poufności.

Komisja przetargowa w następujący sposób oceniła wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w ofercie odwołującego:

Odwołujący jako sprzyjające warunki wykonania zamówienia wskazał swoje doświadczenie w realizacji podobnych projektów. Samo posiadanie adekwatnego do przedmiotu zamówienia doświadczenia nie może być uznane za okoliczność wyróżniającą odwołującego i pozwalającą na obniżenie kosztów realizacji zamówienia w porównaniu do innych, konkurujących wykonawców. Komisja podkreśliła, że w niniejszym postępowaniu wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty mają większe lub mniejsze doświadczenie w realizacji takich projektów, gdyż zamówienie jest dedykowane doświadczonym wykonawcą, a nie wykonawcom początkującym (bez doświadczenia). Odwołujący w wyjaśnieniach pisze, iż bazując na swoim bogatym doświadczeniu w branży systemów informatycznych GIS a w szczególności w projektach o zbliżonym charakterze, bardzo rozważnie przeanalizował wymagania OPZ i zaoferował swoim zdaniem możliwie najniższą, ale jednocześnie bezpieczną i adekwatną cenę Na potwierdzenie tej okoliczności nie wskazał precyzyjnie jakie projekty konkretnie wykonał i za jakie kwoty. Jak również nie przedłożył żadnych dowodów ich potwierdzenie np. w postaci umów ze zleceniodawcą, czy innych dokumentów potwierdzających zakres, cenę i należyte wykonanie. Odwołujący wskazał na swój dorobek „w postaci wytworzonych produktów (komponentów systemu)", z zapisu nie można jednoznacznie wywieść, czy ma na myśli produkty podobne do zamawianego, gotowe komponenty, których chce użyć przy realizacji zamówienia i nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Wykonawca prezentuje swoje stanowisko w oparciu o rzecznictwo KIO i podkreśla, że w przypadku Jego oferty mamy do czynienia z ofertą skalkulowaną na rynkowym poziomie. Różnice pomiędzy ceną oferty odwołującego, a cenami pozostałych ofert w rankingu (poza najtańszą ofertą) są cenami zbliżonymi. Cena oferty odwołującego to 83% średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Według odwołującego różnice w cenie ofert wynikają z posiadanych rozwiązań, dostępu do rozwiązań istniejących na rynku, zastosowania różnych technologii oraz indywidualnych pomysłów.

Odwołujący w przedstawionej kalkulacji podaje koszty jednostkowe każdego z elementów zamówienia. Podaje zakładany zysk na poziomie około 11% wartości ceny oferty. Kalkulacja oparta jest na średniej stawce roboczogodzin (ok 100 zł brutto) za prace analitycznoprogramistyczne. W średniej stawce uwzględnione zostały koszty zatrudnienia pracownika na umowę o pracę ponoszone przez pracodawcę. Odwołujący jednak w ocenie Komisji nie wskazał ile osób przeznaczył do realizacji zamówienia, ich zaangażowania oraz poziomu zakładanego wynagrodzenia tych osób, przedstawiona kalkulacja skupia się wyłącznie na elementach zamówienia i cenach za nie. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący oświadczył, że stawka uwzględnia zatrudnienie pracowników na umowach o pracę - w takiej sytuacji odwołujący miał możliwość udowodnienia tej okoliczności przedkładając dowody w postaci np. umów z pracownikami.

Przygotowana tabela nie zawiera informacji odnośnie przewidywanej pracochłonności, jak również w wyjaśnieniach brak jest tej informacji.

Na wysokość zaoferowanej ceny wpływ miał wybór rozwiązań oraz posiadanych (wytworzonych wcześniej) komponentów oprogramowania. Odwołujący nie określił w jaki

sposób ww. okoliczności pozwoliły zmniejszyć cenę oferty. Nie załączył dowodów na posiadane rozwiązania techniczne, które jak wskazuje w swoim piśmie „w znacznym stopniu przyczyniły się do możliwości złożenia oferty z ceną na poziomie 832 956,00 zł brutto". Odwołujący wielokrotnie w swoich wyjaśnieniach wskazuje na innych uczestników postępowania (Wykonawców) odnosząc się do kwestii swojego doświadczenia w branży związanej z przedmiotem zamówienia. Wskazuje m.in. - cyt.: „Przykładowo pozostali wykonawcy sami dają podstawy do uwzględnienia braku ich doświadczenia określając siebie jako „młode" czy „niewielkie" firmy, które działają na rynku dopiero od kilku lat (Evelfop Sp. z o.o. czy EnviroSolutions Sp. z o.o. + Visimind, które nie są co do zasady firmami informatycznymi tylko szkoleniowymi i zajmującymi się usługami fotolotniczymi)". Zamawiający oceniał wyjaśnienia przesłane przez odwołującego w kontekście indywidualnego doświadczenia odwołującego w realizacji przedmiotu zamówienia, o które zwrócił się pismem z dnia 3 czerwca 2019 r.

Komisja oceniła także skuteczność zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa: Niewątpliwie przedłożona kalkulacja cenowa posiada walor gospodarczy, trudno również podważyć, że informacje zawarte w kalkulacji są informacjami powszechnie dostępnymi. W treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa mowa jest o kopiach ofert dystrybutorów i sprzętu, które nie zostały załączone do wyjaśnień. Część uzasadnienia co do wykazania, że wyjaśnienia mają wartość gospodarczą dotyczą warunków upustów, cen specjalnych oraz danych przedstawianych przez podmioty trzecie wyłącznie odwołującego. Uzasadnienie w tej części nie odpowiada informacjom zawartym w wyjaśnieniu. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że odwołujący nie wykazał, iż podjęte przez niego działania są wystarczające do zachowania informacji w poufności zamawiający uznał, że zastrzeżenie jako poufnych wyjaśnień oraz kalkulacji jest nieskuteczne. Odwołujący na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy , zobowiązany jest do wykazania, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności — wyrok KIO 2028/17 z dnia 10 października 2017 r. Owo wykazanie należy rozumieć nie tylko jako złożenie samego oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, powinność przedstawienia odpowiednich dowodów na jego potwierdzenie. Wykonawca ograniczył się do wyliczenia środków, które przedsięwziął:
polityka cenowa jest znana tylko upoważnionym pracownikom, zobowiązanym do zachowania poufności;

również koncepcje realizacji oraz dobór technologii są przeznaczone do wiadomości wąskiego grona pracowników, objętych klauzulą poufności;

informacje chronione są poprzez ograniczenie kręgu osób posiadających dostęp do informacji oraz objęcie tych osób specjalnymi klauzulami poufności;

dostęp do informacji ograniczony jest poprzez dedykowany, wielopoziomowy system komputerowy z przydzielonym sposobem dostępu.

Brak jest szczegółowych uzasadnień oraz wykazania, że podjęte działania funkcjonują. Podjęta próba wykazania, nie daje zamawiającemu możliwości zbadania, czy podjęte działania są skuteczne.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia jako niewiarygodne i ocenił, iż odwołujący nie uwzględnił wszystkich niezbędnych elementów niezbędnych do realizacji zamówienia a zaoferowana cena jest rażąco niska i nie pozwala odwołującemu prawidłowo zrealizować zamówienie przy osiągnięciu zakładanego zysku.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę OPEGIEKA spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uwzględniła opozycję zamawiającego wobec przystąpienia Konsorcjum EnviroSolutions uznając, że przystąpienie nie pochodzi od wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, czyli od podmiotu, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę. Przepis art. 185 ust. 2 ustawy stanowi, że to wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Konsorcjum EnviroSolutions zostało przez zamawiającego skutecznie wyeliminowane z postępowania, to jest oferta wykonawca została odrzucona, a termin na zaskarżenie tej czynności upłynął w dniu 6 września 2019r. Do tego dnia Konsorcjum EnviroSolutions nie złożył odwołania. Natomiast w dacie 10 września 2019r. zgłosił przystąpienie do postepowania odwoławczego w niniejszej sprawie. W tej dacie jednak nie przysługiwał mu już status wykonawcy, a więc nie był podmiotem uprawnionym do wnoszenia

przystąpienia. Tym samym fakt, iż był zainteresowany wynikiem postepowania z uwagi na możliwość współpracy z odwołującym nie mógł mieć wpływu na uznanie, że przystąpienie nastąpiło skutecznie. Sytuację Konsorcjum EnviroSolutions można porównać do sytuacji podwykonawcy, któremu również nie służy status wykonawcy i który nie może korzystać z przystąpienia.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z czynnościami podjętymi przez zamawiającego, co wypełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast w myśl art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie zamawiający ustalił wartość szacunkową brutto na kwotę około 1 304 tys. zł., przy tak ustalonej wartości, rzeczywiście ziścił się warunek obligatoryjnego wezwania z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy. Zamawiający wzywając wykonawcę wskazał konkretnie czego żąda, w tym wskazania szczegółowo wymienionych kosztów w tym m.in.: zatrudnienia personelu wraz z obciążeniami z tytułu składek ZUS, roboczodnia/roboczogodziny, przewidywanej pracochłonności, kosztu nabycia lub wytworzenia odpowiednich bezterminowych licencji na oprogramowanie, koszty wartości materialnych i prawnych, kosztów podatku związanych z realizacją usługi. Zamawiający wskazał, że pominięcie w wyjaśnieniach wskazanych kosztów będzie skutkować uznaniem wyjaśnień za iluzoryczne. Nadto zamawiający oczekiwał wskazania czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny. Izba oceniając złożone wyjaśnienia uznała, że tym wymaganiom zamawiającego odwołujący nie zadość uczynił, gdyż w ramach kosztów zatrudnienia personelu przedstawił jedynie uśrednione koszty w ramach stawki brutto, nie przedstawił pracochłonności. Kosztów tych także zamawiającemu nie udowodnił. Odwołujący przyjął średnią stawkę wynagrodzenia jednak nie wykazał w jaki sposób doszedł do obliczenia wartości średniej - na podstawie umów z zatrudnionym personelem odpowiednim dla wykonania danych prac. Nie przedstawił umów z programistami, czy wdrożeniowcami, asystą powdrożeniową czy innymi osobami oddelegowanymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał na minimalny poziom zatrudnienia pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia jednak nie mógł dokonywać przeliczeń podanych danych na pracochłonność nie mając pewności, ile osób będzie realizować poszczególne zadania. Nie mógł także zweryfikować poprawności obliczenia stawki średniej wynagrodzenia pracowniczego, ani zbadać czy podane stawki są realne. Odwołujący na rozprawie powołał się na to, że asysta jest dwukrotnie droższa niże praca programisty, czy też na to, że wynagrodzenia miesięczne na poziomie 12-16 tys. zł. są w podobnych zadaniach na poziomie rynkowym, jednak należy zauważyć, że to odwołujący świadczy tego typu usługi i to on zna uwarunkowania swojego rynku oraz dysponuje odpowiednimi dowodami, które pozwolą zamawiającemu na ocenę złożonych wyjaśnień. Natomiast w niniejszym postępowaniu odwołujący podał szereg danych, których weryfikacji nie umożliwił zamawiającemu, co więcej oczekiwał, że zamawiający przyjmie założenia w celu zbadania poprawności danych. Niestety rację należy przyznać zamawiającemu, że to na odwołującym spoczywa obowiązek wykazania realności ceny. Natomiast odwołujący powołując się na dysponowanie komponentami, oparcie się o rozwiązania open source-owe w żaden sposób nie wykazał, że z tego powodu nie poniesie lub oszczędzi na kosztach nabycia lub wytworzenia licencji czy wartości niematerialnych i prawnych. Co więcej w ogóle w wyjaśnieniach tych kosztów nie wyodrębnił, i nie przedstawił także skali wpływu korzystania z komponentów oprogramowania realizujących funkcję obsługi standardowych danych przestrzennych w formatach wektorowych i rastrowych takich jak m.in. GML, ShapeFile, (Geo)TIFF, itp. (rozwiązania klasy ETL) czy technologii open source-owych, co pozwoliłoby zamawiającemu ocenić wpływ oszczędnej metody wykonania na cenę. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku powołanego doświadczenia, sam fakt, że w postępowaniu bierze udział doświadczona firma, może dotyczyć większości firm biorących udział w postępowaniu, natomiast odwołujący nie

przedstawił żadnych informacji, w jaki sposób i jakie doświadczenie pozwala mu osiągnąć oszczędności i jaka jest skala tych oszczędności. W ocenie Izby rację ma zamawiający wskazując, że nie ma podstaw do wzywania odwołującego do uzupełnienia złożonych wyjaśnień, gdyż wyjaśnienia te opierają się na nieudowodnionych twierdzeniach odwołującego i nie stanowią kompleksowego odniesienia się przez odwołującego do tych elementów kosztowych, które zamawiający uznał za istotne w tym postępowaniu. Wyjaśnienia odwołującego stanowią w rzeczywistości jedynie rozbicie ceny na pewne etapy, natomiast nie stanowią udowodnionego wyjaśnienia, że cała cena jak i cena za poszczególne etapy jest skalkulowana prawidłowo i zgodna z kosztami ponoszonymi przez odwołującego. Odwołujący zatem złożył wyjaśnienia ogólnikowe, które nie mogły być uznane za wykazanie, iż zaoferowana przez odwołującego cena nie jest ceną rażąco niską. Mając to na uwadze Izba uznała, ze odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu od odwołania w wysokości 7 500zł. i zaliczając uiszczony wpis w całości na pokrycie kosztów postępowania odwoławczego. .

Przewodniczący:.....