Sygn. akt: KIO 1704/20

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2020 r. przez wykonawcę e-Instytucja.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 58 (00-545 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Olszewo-Borki z siedzibą w Olszewie-Borkach przy ul. Władysława Broniewskiego 13 (07-415 Olszewo-Borki)

przy udziale wykonawcy Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Klinkierowej 7 (60-104 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 17 lipca 2020 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia i odrzuceniu oferty wykonawcy e-Instytucja.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w ramach części I zamówienia;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Olszewo-Borki i:

2.2. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę e-Instytucja.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.3. zasądza od zamawiającego Gminy Olszewo-Borki na rzecz wykonawcy e-Instytucja.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1704/20

Gmina Olszewo-Borki zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu w ramach realizacji projektu Elektroniczne usługi publiczne dla mieszkańców gminy Olszewo-Borki (znak sprawy: PR.042.1.2020), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na dwie części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 kwietnia 2020 r., pod numerem 529341-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, nie przekraczała kwoty wskazanej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22 lipca 2020 r. wykonawca e-Instytucja.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w odniesieniu do części I zamówienia dotyczącej modernizacji, dostawy i wdrożenia systemów informatycznych oraz uruchomienia e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu:

- czynności wyboru oferty złożonej przez Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako najkorzystniejszej w części I postępowania pomimo, że to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą;

- czynności odrzucenia - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - oferty odwołującego;

- czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób niezgodny z przepisami Pzp, czego (wezwania) konsekwencje ujawniły się z dniem odrzucenia oferty odwołującego;

- zaniechania - skoro, w wyniku udzielonej przez odwołującego odpowiedzi, istniały dalsze lub zrodziły się nowe wątpliwości, co do treści oferty odwołującego - wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień treści oferty, np. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp lub art. 87 ust. 1 Pzp;

- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów Pzp).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów Pzp), w szczególności w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, przez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w sposób niezgody z przepisami Pzp tj. wyłącznie przez konieczność przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej w sposób określony przez zamawiającego w jego piśmie skierowanym do odwołującego dnia 14 maja 2020 r., co daleko wykracza poza szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia zdefiniowany przez SIWZ i formularz ofertowy. Zaskarżona czynność skutkuje niezgodnym z Pzp narzuceniem odwołującemu sposobu dokonania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie - metodologii kalkulacji oferty w sposób określony przez zamawiającego już po dacie faktycznej kalkulacji cenowej, co de facto byłoby działaniem pozornym, nie mającym nic wspólnego z rzeczywistym szacowaniem ceny przez odwołującego na etapie składania oferty;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego;

- 90 ust. 1 Pzp, przez brak jego ponownego zastosowania skoro wyjaśnienia odwołującego, udzielane w dobrej wierze i w sposób obszerny i rzeczowy, nie pozwalały zamawiającemu na pełne zrozumienie treści udzielonych wyjaśnień, względnie - art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania skoro Zamawiający powziął jakiekolwiek wątpliwości co do czytelności oferty Odwołującego, tudzież ujęcia w niej wszystkich cenotwórczych elementów przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego, w takich okolicznościach (jeśli faktycznie miały miejsce, pomimo, że w ocenie odwołującego wyjaśnienia dotyczące ceny były wyczerpujące i rozwiewające wszelkie wątpliwości) zamawiający powinien był podjąć dalszą procedurę wyjaśniającą treść oferty.

W konsekwencji naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, jako najkorzystniejszej w części I postępowania;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- nakazanie zamawiającemu dalszego badania oferty odwołującego z uwzględnieniem wyjaśnień i dowodów przedstawionych dotychczas w postępowaniu, jak również ewentualnie ujawnionych w ramach postępowania odwoławczego zainicjowanego niniejszym odwołaniem;

- zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od odwołania, zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika za przygotowanie odwołania i reprezentację na rozprawie oraz kosztów dojazdu według rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów Pzp. W przypadku bowiem utrzymania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu nie uzyska on dla siebie przedmiotowego zamówienia, podczas gdy złożona przez niego oferta jest ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans w zakresie kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że szkodą, jaką może ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 702.330,00 zł (dla części I zamówienia). Odwołujący podkreślił, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na obecnym etapie, niniejsze nie było przedmiotem badania przez zamawiającego z uwagi na fakt zastosowania w postępowaniu procedury, o której mowa w art. 24aa Pzp. Oferta odwołującego w jego ocenie jest ważna a ponadto, w dniu 17 lipca 2020 r. odwołujący przedłużył termin związania ofertą, czym wyraża rzewne zainteresowanie zawarciem umowy z zamawiającym.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że z dniem 20 kwietnia 2020 r. upłynął termin składania ofert i zamawiający przekazał informację z otwarcia ofert, gdzie wpłynęły 3 oferty tj. odwołującego (najkorzystniejsza cenowo), Sputnik Software sp. z o.o., a także MKM Market (wyłącznie na część II zamówienia). Zamawiający na realizację części I zamówienia zamierzał przeznaczyć 702.330,00 zł brutto. Cena oferty odwołującego stanowiła więc ok. 75% budżetu zamawiającego.

Jak wyjaśnił odwołujący w dniu 8 maja 2020 r. otrzymał od zamawiającego pismo wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które znacząco odbiegało swoim zakresem od tego rodzaju wezwań w innych przetargach, narzucając mu określony sposób złożenia wyjaśnień (zamawiający określił „minimalne obszary, których powinna dotyczyć kalkulacja kosztów"). W tym miejscu odwołujący odwołał się do wyroku KIO z 16 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 709/20 i 715/20 w którym m.in. uznano, że wzywanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób narzucony przez zamawiającego, nawet jeśli wykonawca odpowiednio skalkulował określone elementy w swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez zamawiającego, zmuszony jest - udzielając wyjaśnień - dokonać rekalkulacji, tym razem stosując metodykę narzuconą przez zamawiającego.

Pomijając kwestię pracochłonności i czasochłonności, Izba uznała takie działanie jako przede wszystkim niezasadne, gdyż uniemożliwia ono wykonawcy przedstawienie ceny jego oferty sposób, w jaki rzeczywiście była ona kalkulowana i jaki być może byłby wystarczający do wykazania jej realności. Ponadto zastosowanie ww. metodyki może być też niemożliwe.

Powyższe oznacza, że wymagana przez zamawiającego konieczność uwzględnienia

wszystkich czynników cenotwórczych narzuconych przez zamawiającego nie ułatwia, ale wręcz utrudnia lub częściowo nawet uniemożliwia wykonawcy przedstawienie wyjaśnień w sposób odzwierciedlający rzeczywistą kalkulację ceny oferty. Wymóg taki dodatkowo należy

uznać za niezasadny w sytuacji, gdy zamawiający nie przewidział w dokumentacji żadnego

konkretnego sposobu obliczania ceny (co ma miejsce w przedmiotowej sprawie tzn. zamawiający nie narzucił sposobu kalkulacji ceny). W takich okolicznościach Izba uznała że

wezwanie zamawiającego wykraczało poza wymagania określone w dokumentacji postępowania wskazując jednocześnie, że generalnie celem wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskie ceny nie powinno być uzyskanie od wykonawcy

informacji służących do sprawdzenia zgodności jego oferty z dokumentacją.

Termin na złożenie wyjaśnień określony został na dzień 15 maja 2020 r. do godz. 11:00. Odwołujący stwierdził, że przeanalizował powyższe wezwanie i nie mógł zgodzić się z jego

treścią, w szczególności z narzuconym szczegółowym sposobem dokonania „rozbicia ceny", bowiem rozbicie to nie korelowało z pierwotnym sposobem wyceniania oferty. Wskazał, że dokumentacja postępowania nie narzucała określonej metodologii czy sposobu kalkulacji oferty (zdaniem odwołującego nawet nie mogła). Odwołujący wyjaśnił, że wyliczył cenę oferty

zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, w tym warunkami realizacji zamówienia i w oparciu o doświadczenie własne, jak również w oparciu o posiadane relacje biznesowe i

ofertę partnera (podwykonawcy), więc jej (ceny) rozbicie dokładnie według wytycznych przedstawionych (dopiero) na etapie wezwania do wyjaśnień rzekomo rażąco niskiej ceny byłoby działaniem sztucznym. Na szczególną uwagę - w ocenie odwołującego - zasługiwał fakt, że formularz cenowy przedstawiał określone zestawienie cenowe, które wykonawcy mieli sporządzić przy składaniu oferty, natomiast na etapie wezwania do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zamawiający uzupełnił tę tabelę o dodatkowe uszczegółowienie cenotwórcze, które nie było wymagane od pozostałych uczestników postępowania. Pomimo tego, odwołujący postarał się sprostać temu wezwaniu w sposób jak najbardziej możliwie odzwierciedlający oczekiwania zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Pzp nie określa ani nie narzuca żadnego sposobu wykazania, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Brak jest we wspomnianych przepisach jakichkolwiek wskazówek co do treści takich wyjaśnień, czy dowodów jakie muszą czy powinny być do nich dołączone, a już na pewno - brak jest uprawnienia dla zamawiającego do narzucania metodologii szacowania oferty. W orzecznictwie podnosi się, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny być adekwatne do przedmiotu sprawy oraz na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodność" (wyrok KIO z 16 lipca 2015 r., KIO 1375/15; KIO 1391/15). Wobec tego, w zależności od przedmiotu zamówienia, jego specyfiki, elementów mających wpływ na cenę oferty, wyjaśnienia będą się od siebie różnić i nie ma jednego, prawidłowego wzorca, z którego można w tym zakresie skorzystać. Odwołujący wskazał, że składając wyjaśnienia miał na uwadze obowiązujące orzecznictwo, a zatem udowodnił, że jego cena jest wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia przy zachowaniu należytej staranności, wykonawca nie będzie ponosił strat. Odwołujący wyjaśnił, że zastosował się także do wskazań wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2 kwietnia 2015 r., w którym przeczytamy, że: istotne po pierwsze jest, czy wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę są przekonujące, a dopełnieniem czy uszczegółowieniem tego wyjaśnienia mogą być - stosownie do potrzeby danego postępowania - dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów. Nie można jednak z góry zakładać, że każde wyjaśnienia powinny być podparte dowodami pozyskanymi z zewnątrz, od podmiotów trzecich. W orzecznictwie podnosi się, że potrzeba taka może zaistnieć wtedy, gdy cena w dużej części składa się z elementów pozyskiwanych przez wykonawcę od podwykonawców. Jak wskazała KIO w orzeczeniu z 7 czerwca 2016 r. Wraz z wyjaśnieniami wykonawca może złożyć dowód adekwatny do konkretnej sytuacji, który wymaga oceny przez zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako „zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy (KIO 880/16). Podobnie KIO wypowiedziała się w sprawie o sygn. akt KIO 619/19 w wyroku z 19 kwietnia 2019 r. w którym uznała, że Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Dlatego też, odwołujący przedłożył zamawiającemu ofertę swojego podwykonawcy, treść której nie tylko uwiarygadniała, ale wręcz potwierdzała realność zaoferowanej ceny i

udowadniała zysk (również na samym tym zakresie realizacji zamówienia) w określonej procentowo wysokości.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący odniósł się do argumentacji zamawiającego odnoszącej się do odrzucenia jego oferty przedstawionej w piśmie z dnia 17 lipca 2020 r.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości;

- dopuszczenie do odpowiedzi dołączonych dokumentów i dowodów oraz z uwagi na charakter sprawy zastrzegł możliwość wniesienia dodatkowych dokumentów i dowodów na dalszym etapie postępowania;

- zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z, dokumentami przedstawionymi przez niego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że po dokonaniu analizy oferty odwołującego oraz złożonych dokumentów istotne części składowe zaoferowanej ceny, tj. modernizacji systemu dziedzinowego (formularz ofertowy, pkt. 3, poz. 4) oraz zakupu licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem (formularz ofertowy, pkt. 3, poz. 6) wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. W związku z tym, stosownie do treści art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień wyceny istotnych części składowych ceny oferty, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ich ceny i kalkulacji kosztów w zakresie obszarów, o których mowa w ustawie art. 90 ust. 1 pkt 1-5 Pzp. Dodatkowo, w celu doprecyzowania przedmiotowego wezwania, zamawiający zwrócił się z prośbą o wykazanie szczegółowej kalkulacji kosztów modernizacji systemu dziedzinowego i licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem oraz przedstawienie stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na cenę ww. części składowych z uwzględnieniem czynności wdrożeniowych koniecznych do wykonania i w odniesieniu do wymagań zawartych w SIWZ oraz załącznikach do niej i dookreślił katalog czynności wdrożeniowych koniecznych do wykonania ww. części zamówienia odnosząc się do wymagań zawartych SIWZ oraz załącznikach do niej, które zgodnie z zapisami dokumentacji przetargowej stanowią ich obligatoryjne elementy i minimalny zakres prac. Co również istotne, zamawiający wyjaśnił, że w treści przedmiotowego wezwania poinformował odwołującego, iż w związku z obowiązkiem ustawowym, to na wykonawcy spoczywa

obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny jest on zobowiązany do przedstawienia również tych składników i wykazania indywidualnych czynników, które

wpływają na to, że Wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę, a które nie zostały wymienione powyżej.

Po dokonaniu analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający ustalił, że:.

- odwołujący w ofercie przedstawił kwotę niższą niż ta, którą zaoferował podwykonawca. Przedstawione wyjaśnienia oraz oferta podwykonawcy wprowadziły nowe, wyższe wartości ceny istotnych elementów tj. modernizacji systemu dziedzinowego i zakupu licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem - 186 775,50 zł brutto. Natomiast z oferty odwołującego wynikało, że cena jaką zaoferował w formularzu ofertowym za te dwa elementy (poz. 4 i 6) to kwota 156 888,50 zł brutto. Potwierdzenie dla powyższej tezy znajduje się także w literalnym brzmieniu oferty podwykonawcy, tj. Przedstawiamy ofertę firmy Micomp Systemy Komputerowe na realizację części zamówienia pn. Modernizacja systemu dziedzinowego obejmującą dostawę licencji oraz wdrożenie i serwis oprogramowania na warunkach określonych przez SIWZ;

- odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie uwzględniał kosztów 60 miesięcznej obsługi gwarancyjnej dla systemu do planowania i zarządzania budżetem wraz z wyszczególnieniem kosztów pracy, których wartość przyjął wykonawca do ustalenia ceny odnosząc się do liczby roboczogodzin/roboczodni, o które zamawiający poprosił w ppkt 13 wezwania. Taka kwota nie została również uwzględniona w ofercie podwykonawcy;

- odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji kosztów dla poszczególnych składników/części składowych kosztów modernizacji systemu dziedzinowego i licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem oraz nie przedstawił stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na ich cenę, o co został poproszony przez

zamawiającego i jednocześnie w żaden inny sposób nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił jedynie całościowe kwoty dla każdego z elementów, o których mowa w wezwaniu pkt I ppkt 1-12, a więc bez jakiejkolwiek kalkulacji kosztów. Ponadto, dla wskazanej w wyjaśnieniach stawki roboczogodziny w wysokości 50 zł dla wszystkich prac związanych z modernizacją systemu dziedzinowego, odwołujący również nie przedstawił kalkulacji kosztów oraz nie uzasadnił i nie wykazał elementów cenotwórczych/kosztotwórczych dla wartości przyjętej do wyliczeń stawki roboczogodziny. Taki stan faktyczny pozwolił w ocenie zamawiającego stwierdzić brak rzetelności składanych wyjaśnień oraz prawidłowości oszacowania ceny;

- odwołujący nie przedstawił dowodów, potwierdzających realność, wiarygodność i rzetelność zaoferowanej ceny, kosztów lub istotnych części składowych ceny oferty, ograniczając się do przedstawienia oferty podwykonawcy, która, potwierdziła wątpliwości zamawiającego w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego;

- odwołujący w wyjaśnieniach oświadczył/wskazał, że kwestie dotyczące oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, 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 - odwołującego nie dotyczą;

- złożone wyjaśnienia były lakoniczne i ogólnikowe, z których co do zasady wynikało, że:

a) odwołujący jest doświadczonym wykonawcą Wykonawca legitymuje się dużym doświadczeniem oraz wiedzą dziedzinową nabytą podczas realizacji podobnych zakresem postępowań Podwykonawca wskazany w ofercie firma MiCOMP jest producentem oprogramowania Systemu Dziedzinowego, które będzie wdrażane w ramach zadania. Firma MiCOMP produkuje i wdraża autorskie oprogramowanie (...) od ponad 30 lat;

b) cena jest realna i została skalkulowana prawidłowo kwota zaoferowana (...) jest realna w stosunku do cen rynkowych podobnych Zamówień. Szacunki cenowe zostały wykonane rzetelnie, profesjonalnie, z zachowaniem należytej staranności i dokładności, na podstawie wieloletnich doświadczeń, zakresu i liczny zakończonych sukcesem wdrożeń o podobnej wielkości projektów (wielkość gminy, liczba osób do przeszkolenia (...) powtarzalność procesów (...) oraz Na podstawie doświadczenia, realnych wyliczeń, Wykonawca zaproponował cenę dostosowaną do wymagań w niniejszym postępowaniu, która pokrywa koszty oraz stosowną marżę dla Wykonawcy. Wykonawca realizował kilkadziesiąt projektów (...) co potwierdza prawidłowość przyjętych założeń do kalkulacji ofert. nie popierając ich jednocześnie wystarczająco precyzyjnymi i wyczerpującymi danymi;

- odwołujący nie udowodnił, że istotne części składowe ceny oferty zostały prawidłowo skalkulowane, są realne i rynkowe, a także uwzględnione zostały realne koszty wykonania zamówienia.

W związku z tym zamawiający uznał, uwzględniając informacje podane przez odwołującego w złożonych wyjaśnieniach, a szczególnie cenę roboczogodziny w wysokości 50 zł samodzielnie dokonał analizy czy zaoferowana cena może zostać uznana za odbiegającą od cen rynkowych. W wyniku przeprowadzonej analizy obejmującej różne elementy, w tym między innymi ceny oferowane przez wykonawcę/podwykonawcę w innych postępowaniach oraz biorąc pod uwagę to o czym mowa powyżej, zamawiający stwierdził, że cena zaoferowana za kluczowe elementy przedmiotu zamówienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakimi są modernizacja systemu dziedzinowego oraz system do planowania i zarządzania budżetem, nie jest ceną rynkową i realną, stwarza ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, co stanowi o tym, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a co najważniejsze, złożone przez odwołującego wyjaśnienia potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku tym, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na mocy art. 89 ust 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się szczegółowo do postawionych zarzutów zamawiający stwierdził, że powziąwszy wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi, zgodnie z obligatoryjnym obowiązkiem wynikającym z treści art: 90 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, których szczegółowy minimalny i obligatoryjny zakres wynikający z literalnego brzmienia Pzp (art. 90 ust. 1 pkt. 1-4 Pzp) wskazał w wezwaniu. Dodatkowo wyjaśnił, że w wezwaniu doprecyzował także kluczowe obszary opisane w Załączniku nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu

Zamówienia „SOPZ") oraz Załączniku nr 8.1 do SWIZ (Wzór umowy), które stanowią obligatoryjne elementy dla zadania modernizacji systemu dziedzinowego oraz licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem, po to ażeby w związku z powziętą wątpliwością dotyczącą rażąco niskiej ceny, mieć pewność, że wszystkie kluczowe elementy wymagane przez zamawiającego zostały uwzględnione w zaoferowanej cenie. Dlatego nie zgodził się z tezą odwołującego, że treść wezwania daleko wykracza poza szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia zdefiniowany przez SIWZ, ponieważ jak wskazano powyżej wezwanie odnosi się do istniejących i literalne wskazanych pozycji określonych w SOPZ i Wzorze umowy.

Zamawiający zauważył, że nie wezwał odwołującego do przedstawienia wyjaśnień, WYŁĄCZNIE poprzez konieczność przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej w sposób określony przez Zamawiającego. Zamawiający w żadnej części wezwania nie sformułował treści, które mówiłyby o jakiejkolwiek konkretnej metodologii czy też konkretnym sposobie kalkulacji kosztów, który odwołujący miałby przedstawić dla zadania modernizacja systemu dziedzinowego oraz licencje systemu do planowania i zarządzania budżetem. Nie budzi wątpliwości fakt, że zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnień konkretnie i precyzyjnie po to, żeby miał możliwość rzetelnej oceny czy istotne, kluczowe elementy oferty zawierają rażąco niską cenę czy też nie, czym zadośćuczynił zaleceniom wynikającym z linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Jednocześnie zamawiający stanął na stanowisku, że wykonawca, jeśli uznaje to za celowe i zasadne dla składanych wyjaśnień, może w swoich wyjaśnieniach wykraczać poza kwestie przedstawione przez zamawiającego, ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. I nie sposób doszukać się zapisów w treści wezwania, które świadczyłyby o jakimkolwiek ograniczeniu co do sposobu udowodnienia realności zaoferowanej ceny czy metodologii kalkulacji kosztów, odwołujący miał pełną dowolność i swobodę w tym zakresie. W stawianych tezach odwołujący zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy precyzyjnością wezwania a narzucaniem metodologii czy też sposobu kalkulacji kosztów, który zgodnie z treścią wezwania faktycznie nie miał miejsca.

Istotne było również dla zamawiającego to, że odwołujący nie kwestionował zapisów przedmiotowego wezwania, podobnie jak nie formułował wątpliwości odnośnie jego zasadności, co w odniesieniu do obydwu aspektów czyni teraz, tj. dopiero po odrzuceniu jego oferty. Te ustalenia pokazują niespójność oraz wewnętrzną sprzeczność i rozbieżność wykonywanych działań oraz tez stawianych przez odwołującego. Dopiero czynność odrzucenia oferty odwołującego (tj. w dniu 17 lipca 2020 r., a więc ponad dwa miesiące po zapoznaniu się z treścią wezwania) stała się bezpośrednią przyczyną i katalizatorem do kwestionowania sformułowań przedstawionych w treści wezwania z dnia 8 maja 2020 r. Postępowanie takie świadczy o pozorności postawionego zarzutu oraz odzwierciedleniu jego faktycznych i rzeczywistych przesłanek, ponieważ zaistniała sytuacja w sposób niebudzący wątpliwości pokazuje, że jego sformułowanie jest uzależnione od zaistniałych okoliczności. Odwołujący poprzez sformułowanie przedmiotowego zarzutu pokazał; że relatywizuje stan faktyczny, (w tym przypadku treść wezwania, która była mu znana od 8 maja 2020 r.) w zależności od zaistniałych okoliczności, które w dowolnym momencie postępowania uznaje za niewygodne (niezalenie od czasu wykonania i rodzaju podejmowanych czynności przez zamawiających). Działanie takie stanowiło o jego pozorności i iluzyjności, co w opinii zamawiającego, stało w sprzeczności z intencją zapisów Pzp.

W kontekście stawianych zarzutów, zdaniem zamawiającego, zacytowania wymagała treść wezwania, w którym jednoznacznie umożliwił odwołującemu dowolność w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny Jednocześnie Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. W związku z tym, obowiązkiem Wykonawcy jest przedstawienie również tych składników i wykazanie indywidualnych czynników, które wpływają na to, że Wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę, a które nie zostały wymienione powyżej, Wykonawca powinien w wyjaśnieniach wskazać wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, konkretne okoliczności, które będą dla niego źródłem przychodów lub obniżenia kosztów lub które będą uprawniały Zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena nie stwarza ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę.

Dla zamawiającego niezrozumiałym i nieznajdującym odzwierciedlenia w wykładni celowościowej dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest również tok rozumowania odwołującego dotyczący (...) metodologii kalkulacji oferty w sposób określony przez Zamawiającego już po dacie faktycznej kalkulacji cenowej, co de facto byłoby działaniem pozornym, niemającym nic wspólnego z rzeczywistym szacowaniem ceny przez Odwołującego na etapie składania oferty. Tezy stawiane przez odwołującego wskazują, że niezrozumiałym jest dla niego spoczywający na nim ciężaru dowodu, co przełożyło się na lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia, w konsekwencji doprowadzając do sytuacji, w której odwołujący nie był w stanie udźwignąć ciężaru wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, a co próbuje czynić w procesie odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający wyjaśnił, że w wezwaniu jednoznacznie wskazał pozycje z Formularza ofertowego (poz. 3 i 6) istotnych części składowych ceny oferty, które w zakresie ich wyceny budziły jego wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny i zwrócił się z prośbą do odwołującego o złożenie wyjaśnień odnośnie tych dwóch istotnych części składowych ceny oferty.

Po dokonaniu analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego, zamawiający zauważył co następuje:

- odwołujący w ofercie przedstawił kwotę dużą niż ta, którą zaoferował podwykonawca;

- odwołujący nie uwzględniał kosztów 60 miesięcznej obsługi gwarancyjnej dla systemu do planowania i zarządzania budżetem, o które zamawiający poprosił w ppkt 13 wezwania.

Taka kwota nie została również uwzględniona w ofercie podwykonawcy.

- odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji kosztów dla poszczególnych składników/części składowych kosztów modernizacji systemu dziedzinowego i licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem;

- odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji kosztów dla wskazanej w wyjaśnieniach stawki roboczogodziny w wysokości 50 zł;

- odwołujący nie przedstawił dowodów, potwierdzających realność i rzetelność zaoferowanej ceny, kosztów lub istotnych części składowych ceny oferty;

- odwołujący w wyjaśnieniach oświadczył/wskazał, że kwestie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawy odwołującego nie dotyczą;

- złożone wyjaśnienia były lakoniczne i ogólnikowe;

- odwołujący nie udowodnił, że istotne części składowe ceny oferty zostały prawidłowo skalkulowane, są realne i rynkowe, a także uwzględnione zostały realne koszty wykonania zamówienia.

Jak wspomniał powyżej zamawiający, w związku z brakiem przedstawienia kalkulacji kosztów dla wskazanej przez odwołującego stawki roboczogodziny w wysokości 50 zł, zamawiający samodzielnie dokonał analizy czy wskazana stawka może zostać uznana za realną i rynkową, W wyniku przeprowadzonej analizy obejmującej różne elementy, w tym między innymi ceny oferowane przez wykonawcę/podwykonawcę w innych postępowaniach oraz biorąc pod uwagę kwestie opisane powyżej, zamawiający stwierdził, że cena zaoferowana za kluczowe elementy przedmiotu zamówienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakimi są modernizacja systemu dziedzinowego oraz system do planowania i zarządzania budżetem, nie jest ceną rynkową i realną, co stanowi o tym, że zaoferowana cena jest rażąco niska..

Zgodnie z obowiązującą linią orzeczniczą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, żeby mogły zostać uwzględnione, muszą mieć charakter konkretny i sprawdzalny oraz potwierdzać, że cena jest prawidłowo skalkulowana, a zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyliczyć, przedstawić kalkulacje, ale także udowodnić, czy choćby przekonująco uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty, co nie budzi wątpliwości, że w przypadku wyjaśnień złożonych przez odwołującego nie zostało zrealizowane. Ponadto podkreślenia wymagał również fakt, że ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień uznać je należy za wyjaśnienia, dla których zostaje spełniona przesłanka ich braku pomimo ich złożenia, właśnie ze względu na okoliczności, w których złożone wyjaśnienia polegają na błędnych, wadliwych lub lakonicznych bądź zbyt ogólnych wyjaśnieniach, które nie pozwalają na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający na podstawie dokonanych ustaleń, o których mowa powyżej uznał, że wyjaśnienia odwołującego uwiarygadniają wątpliwości zamawiającego, że cena ofertowa jest rażąco niska, co nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty.

Jeśli chodzi o ostatni zarzut to w ocenie zamawiającego celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego

prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z 27 listopada 2001 r. C-285/99, z 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. c-599/10).

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody uzasadniające przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Jak słusznie wskazał sam odwołujący w treści odwołania cytując za wyrokiem z 30 stycznia 2020 r. Wystosowanie powtórnego wezwania do wykonawcy, dotyczącego złożenia wyjaśnień jest dopuszczalne, jeśli odnosi się do składanych przez wykonawcę wyjaśnień lub dowodów, a nie stanowi dla wykonawcy drugiej szansy na wyjaśnienie zagadnień, do których powinien był się odnieść w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego (sygn. akt KIO 82/20; por. również wyrok z 15 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2598/17).

Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę na zastrzeżenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z 17 lipca 2015 r., KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r., KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Dodatkowo, jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej również brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy. Zamawiający z pełną świadomością zaniechał temu uprawnieniu ze względu na okoliczności, o których mowa powyżej oraz przytoczone zastrzeżenia Krajowej Izby Odwoławczej i nie zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień.

W ocenie zamawiającego nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że w powyżej przywołanym stanie faktycznym, przyznanie odwołującemu kolejnej możliwości przedstawienia wyjaśnień na skutek skierowania do niego kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1, wpisywałoby się wprost w sytuację wskazaną przez Krajową Izbę Odwoławczą (przytoczoną powyżej) i stanowiło bezpośrednią przesłankę zarzutu naruszenia podstawowych i nadrzędnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Na zakończenie zamawiający zwrócił uwagę i stanowczo podkreślił, że etap postępowania odwoławczego przed Izbą w zakresie rozpatrywania zdefiniowanych wątpliwości w zakresie wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny nie jest etapem na składanie nowych wyjaśnień, dowodów czy kalkulacji kosztów, wyliczeń mających potwierdzać prawidłowość zaoferowanej ceny. Informacje, dowody czy kalkulacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego. Rozprawa nie może stanowić i nie stanowi kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, o czym wydaje się, że odwołujący nie pamiętał.

Reasumując, w świetle powyższych informacji dotyczących stanu faktycznego oraz argumentacji przedstawionej przez zamawiającego na zarzuty sformułowane w zakresie naruszeń przez odwołującego w odwołaniu, zamawiający jednoznacznie stwierdził, że przedmiotowe zarzuty są bezprzedmiotowe oraz w ocenie zamawiającego są one sprzeczne z Pzp.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. pismo procesowe złożył także wykonawca zgłaszający przystąpienie.

W pierwszej kolejności zgłaszający przystąpienie podniósł, że odwołanie od działania i zaniechania zamawiającego w zakresie tiret trzecie odwołania zostało złożone z uchybieniem terminu i z tego powodu, w tej części powinno zostać odrzucone. Odwołanie w tym zakresie związane jest z czynnością wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 8 maja 2020 r. Jeśli zdaniem odwołującego, zamawiający w związku z tym wezwaniem naruszył jakieś przepisy Pzp, powinien złożyć odwołanie od tych czynności/zaniechania najpóźniej w dniu 13 maja 2020 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp. Przepisy ustawy nie znają zasady liczenia terminu na wniesienie odwołania od dnia, kiedy czynność wykonawcy wywołała skutki prawne. Odwołujący, skoro zarzuca zamawiającemu nieprawidłowości co do treści wezwania do złożenia wyjaśnień (zakresu żądanych wyjaśnień), miał możliwość wniesienia odwołania od treści wezwania w terminie 5 dni od dnia otrzymania tego pisma i nie czekać na to czy zamawiający oceni wyjaśnienia zgodnie z oczekiwaniami odwołującego i jakie będą dalsze konsekwencje tych wyjaśnień. Jeśli odwołujący uważał wezwanie z dnia 8 maja 2020 r. za nieprawidłowe to powinien na to reagować w terminie ustawowym 5 dni (czego zaniechał), a nie zarzucać zamawiającemu naruszenie przepisów dopiero w odwołaniu, wtedy, kiedy wyjaśnienia odwołującego nie przyniosły pożądanego przez

odwołującego rezultatu. Tym samym odwołanie w zakresie objętym tiret trzecie powinno zostać odrzucone jako złożone z naruszeniem terminu.

Poza tym, pomimo tego, że odwołujący zarzuca zamawiającemu, że nieprawidłowo go wezwał do wyjaśnień, to odwołujący wykonał wezwanie z uwzględnieniem tego zakresu kalkulacji, który teraz kwestionuje. Odwołujący twierdzi, że przenalizował wezwanie i nie mógł zgodzić się z jego treścią, w szczególności z narzuconym szczegółowym sposobem dokonania „rozbicie ceny", bowiem rozbicie to nie korelowało z pierwotnym sposobem wyceniania oferty, a mimo wszystko, jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego jak i odwołania, złożył wyjaśnienia przedstawiając kalkulację zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego. Teraz, kiedy okazało się, że kalkulacja nie odpowiada złożonej ofercie, nie potwierdza realności ceny, odwołujący zarzuca zamawiającemu, że ten nie mógł żądać sporządzenia takiej kalkulacji. Tak rażąca nieścisłość pomiędzy ceną z oferty a wyjaśnieniami ceny potwierdza, że odwołujący nie skalkulował ceny i nie potrafił jej wykazać.

Niezależnie od powyższego, zgłaszający przystąpienie podniósł, że zamawiający nie naruszył przepisów Pzp w związku z treścią wezwania, które skierował do odwołującego. Nie można zgodzić się z odwołującym, że zamawiający nieprawidłowo sporządził wezwanie. Wykonawca może każdymi dostępnymi dowodami wyjaśnić zaoferowaną cenę. Zamawiający, jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty „dodatkowo" wezwał do przedstawienia kalkulacji. Nie ma jednak żadnych podstaw do twierdzenia, że odwołujący został wezwany wyłącznie do przedstawienia kalkulacji cenowej w sposób określony przez zamawiającego.

Zarzut prowadzenia postępowania, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, od czego odwołujący wniósł odwołanie w tiret piąte, jak wynika z uzasadnienia zarzutu odnosi się nieprawidłowej - zdaniem odwołującego - treści wezwania do złożenia wyjaśnień. A zatem odwołanie od tego zachowania zamawiającego jest spóźnione z tych samych przyczyn, o których mowa powyżej. Z treści uzasadnienia nie wynika, aby odwołujący łączył ten zarzut z odwołaniem od innego działania lub zaniechania zamawiającego. Z tego powodu odwołanie od działania i zaniechania zamawiającego w zakresie tiret piąte odwołania zostało złożone z uchybieniem terminu i w tej części powinno zostać odrzucone.

Odnosząc się do odwołania w zakresie tiret czwarte, zgłaszający przystąpienie podniósł, że zamawiający w tym stanie faktycznym nie mógł i nie miał obowiązku ponownie wzywać do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Choć przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Stanowczo należy podkreślić, że nie jest rolą zamawiającego przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku". Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprosta obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 Pzp musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty". Zamawiający nie miał wątpliwości co do złożonych wyjaśnień, poza tym sam odwołujący stwierdza, że wyjaśnienia były wyczerpujące i rozwiewające wszelkie wątpliwości, co tylko potwierdza nawet po stronie odwołującego brak podstaw do ponownego wzywania do złożenia wyjaśnień. Odwołujący nie może twierdzić, że złożył zeznania rozwiewające wszelkie wątpliwości a jednocześnie twierdzić, że były niejasne i zamawiający powinien wzywać go ponownie do wyjaśniania ceny. Odwołanie w tym zakresie jest ściśle powiązane z odwołaniem w zakresie tiret pierwsze i drugie, do którego zgłaszający przystąpienie odniósł się w poniżej i z którego wynika, że nie istniały w rozumieniu powyższego podstawy do ponownego wyzwania odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Uzasadniając odwołanie w zakresie tiret trzecie, formułując zarzut odwołujący wskazał także na zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 Pzp, jednak w uzasadnieniu nie rozwinął i nie uzasadnił tego zarzutu, co czyni go gołosłownym.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że dwołanie w zakresie zaniechania lub

działania zamawiającego opisanego w tiret pierwsze i drugie jest ze sobą oczywiście powiązane, bowiem wybranie oferty zgłaszającego przystąpienie jest ściśle związane z odrzuceniem oferty odwołującego. Z tego powodu, zgłaszający przystąpienie, odniósł się do tego zakresu odwołania łącznie. Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że odwołujący celem uzasadnienia rynkowości stawki 50,00 zł za roboczogodzinę powołał się na raporty płacowe sporządzane przez S. & S. wyjaśniając jak kształtuje się mediana wynagrodzeń specjalistów z obszaru IT. Pomijając, że odwołujący nie dołączył tych raportów do odwołania, to przede wszystkim takie raporty powinny być dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Skoro odwołujący w ten sposób zechciał w odwołaniu uzasadniać realność stawki za roboczogodzinę to powinien to uczynić w wyjaśnieniach. Jeśli te informacje o stawkach wynagrodzenia mają być dla zamawiającego dowodem na realność ceny, to skoro nie zostały dołączone do wyjaśnień, to realność ceny nie została udowodniona przez odwołującego. W postępowaniu odwoławczym ocenia się zachowanie zamawiającego. Skoro zamawiający nie otrzymał dowodów na realność ceny, nie miał podstaw aby uważać ją za udowodnioną. Na marginesie, zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że raporty S. & S. sporządzane są dla wielu zawodów, stanowisk w branży IT. Tytułem przykładu załączył do pisma wydruk dotyczący wynagrodzenia starszego specjalisty na stanowisku architekt - projektant systemów IT, które wchodzi w obszar IT (mediana wynagrodzenia takiego starszego specjalisty wynosi 10.152,00 zł netto oraz wydruk dotyczący wynagrodzenia kierownika projektu, którego udział w zamówieniu jest wymagany przez SIWZ, którego mediana wynagrodzenia wynosi 8.198 zł netto. Odwołujący natomiast twierdzi, że mediana wynagrodzenia starszego specjalisty w branży IT (każdego bez rozróżnienia na stanowiska, zawody) wynosi 4.064,00 zł netto. Ta ewidentna różnica czyni nierzetelnymi twierdzenia odwołania. Podobnie jak informacje o raportach płacowych S. & S., spóźnione są przedstawione przez odwołującego informacje o wynagrodzeniu członków zespołu wskazanych do realizacji projektów. Takie informacje, jeśli zdaniem odwołującego są dowodem na realność stawki, powinny znaleźć się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Skoro nie przedłożył ich wtedy, zamawiający miał prawo odmówić cenie realności.

Z tego samego powodu bez znaczenia są twierdzenia, że stawka za roboczogodzinę jest realna w związku obecną sytuacją rynkową wynikającą z panującego stanu pandemii. Odwołujący w wyjaśnieniach nie wykazał jak pandemia wpłynęła na ustalenie stawki za roboczogodzinę w wysokości 50,00 zł.

W treści odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający odnosi się także do tego, że odwołujący nie przedstawił wyjaśnień dotyczących kosztów 60 miesięcznej obsługi gwarancyjnej dla systemy do planowania i zarządzania budżetem w okresie i na warunkach określonych w SIWZ, z wyszczególnieniem kosztów pracy, których wartość przyjął wykonawca do ustalenia ceny, o które zamawiający prosił w pkt. 13 wezwania z dnia 8 maja 2020 r. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do tego zakresu wyjaśnień w treści odwołania, co należy traktować jako milczące przyznanie, że rzeczywiście nie doszło do wyjaśnienia tych okoliczności pomimo wezwania.

Następnie zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że z treści odwołania wywnioskował, iż gołosłowne i nieuprawnione były twierdzenia odwołującego, że oferta podwykonawcy odzwierciedlona jest faktycznie w odniesieniu do modernizacji systemu dziedzinowego oraz zakupu licencji niemniej rzeczone dwa zakresy znajdują się w trzech pozycjach oferty Odwołującego, a mianowicie poz. 4, 6 i 7). Nie jest tak, że dwa zakresy, tj. modernizacja systemu dziedzinowego oraz udzielenie licencji zawiera w sobie wdrożenie systemu zarządzania i planowania budżetem. Gdyby tak faktycznie było, zamawiający nie uczyniłby z wdrożenia odrębnej pozycji ofertowej. Skoro zamawiający wyszczególnił w formularzu oferty modernizację i osobno wdrożenie, tzn. że nie ma podstaw aby twierdzić, że cena za modernizację zawiera w sobie cenę za wdrożenie, skoro podać należy dwie te ceny w ofercie (osobno).

Odwołujący twierdzi, że oferta podwykonawcy Micomp pomimo tego, że z literalnego brzmienia tej oferty podwykonawcy wynika że to wyłącznie oferta na pozycje 4 (modernizacja systemu dziedzinowego) i 6 (licencja), to w rzeczywistości miałaby się odnosić do poz. 4, 6 i 7 w tabeli oferty (czyli dodatkowo ma rzekomo objąć także wdrożenie systemu zarządzania do planowania budżetem). Tyle, że jasno wynika z nazw w tabeli w punkcie 3 formularza oferty rozróżnienie ma modernizację systemu dziedzinowego i wdrożenie systemu zarządzania do planowania budżetem i jak wynika z wyjaśnień wykonawcy złożonych na wezwanie zamawiającego, oferta podwykonawcy nie dotyczy wdrożenia systemu, a wyłącznie modernizacji i udzielenia licencji. Z tego powodu rację miał zamawiający, że oferta podwykonawcy na te zakresy prac (modernizacja i licencja) jest droższa niż oferta, którą przedstawił odwołujący na ten zakres prac, co uzasadnia rażąco niską cenę oferty odwołującego.

Nawet jeśli faktycznie tak miałoby być, tj. że podwykonawca objął swoją ofertą także punkt 7 z tabeli z punktu 3 formularza oferty, choć nie wynika to z brzmienia oferty podwykonawcy, to tego rodzaju wyjaśnienie powinno pojawić się w treściach wyjaśnień rażąco niskiej ceny i

winno być przez podwykonawcę udowodnione, np. na podstawie osobnych wyjaśnień podwykonawcy, który wyjaśniłby czego faktycznie dotyczy jego oferta. Choć byłyby spóźnione to, takich wyjaśnień podwykonawcy, odwołujący nie zaoferował nawet w odwołaniu. Z tego powodu - nawet powołując się na orzeczenie KIO, które zdaniem odwołującego dopuszcza a nawet nakazuje zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień - trzeba pamiętać, że to uprawnienie i obowiązek - zgodnie z tym co także przywołuje odwołujący - takie wezwanie jest niedopuszczalne jeśli stanowi dla wykonawcy drugą szansę na wyjaśnienie zagadnień, do których powinien był się odnieść w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego.

Przy czym, jeśli z oferty odwołującego (której przystępujący nie zna) wynika, że odwołujący skorzysta z podwykonawcy w wykonaniu modernizacji systemu dziedzinowego i dostarczenia licencji (punkty 4 i 6), to próby wykazania, że oferta podwykonawcy obejmuje także wdrożenie systemu zarządzania do planowania i zarządzania budżetem stanowiłyby nieuprawnioną zmianę oferty.

Wobec powyższego, zgłaszający przystąpienie wniósł o odrzucenie odwołania - co do punktów tiret trzecie i piąte odwołania i oddalenie w pozostałym zakresie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej: „przystępującym").

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci papierowej oraz elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy w dniu 31 lipca 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;

- oferty odwołującego;

- wezwania do wyjaśnień z dnia 8 maja 2020 r. skierowanych przez zamawiającego do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;

- odpowiedzi odwołującego na powyższe wezwania z dnia 14 maja 2020 r. wraz z załącznikiem;

- informacji o wyniku postępowania dla części nr I z dnia 17 lipca 2020 r. wraz z informacją o odrzuceniu oferty odwołującego z uzasadnieniem;

2) załączonych do pisma procesowego przystępującego:

- wydruku raportu płacowego dla stanowiska architekt - projektant systemów IT sporządzony przez S. & S.;

- wydruku raportu płacowego dla stanowiska kierownik projektu, sporządzony przez S. & S.;

3) złożonych przez odwołującego na rozprawie:

- oświadczenia podwykonawcy wraz z załącznikiem, oświadczenie doręczono zamawiającemu i przystępującemu, natomiast załącznik do niego został złożony wyłącznie Izbie z uzasadnieniem, że zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy;

- aneksów oraz umów o pracę zawierane przez podwykonawcę odwołującego (zamawiającemu i przystępującemu dokumenty te zostały doręczone w postaci zanonimizowanej);

- raportu z audytu przeprowadzonego u podwykonawcy odwołującego (zamawiającemu i przystępującemu dokument ten został doręczony w postaci zanonimizowanej);

- sprawozdania z przeglądu systemu zarządzania jakością oraz systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji przeprowadzonego u podwykonawcy odwołującego (zamawiającemu i przystępującemu dokument ten został doręczony w postaci zanonimizowanej);

- procedury migracji danych (dokument został złożony wyłącznie Izbie z uzasadnieniem, że zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy);

4) złożonych przez zamawiającego na rozprawie:

- kalkulacji stawki roboczogodziny;

- zestawienia cen oferowanych na modernizację systemu dziedzinowego przez odwołującego u zamawiającego oraz sześciu innych podmiotów z podaniem ceny ofertowej netto oraz liczby mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego;

- aneksu nr 1 do umowy pomiędzy podwykonawcą odwołującego, a Gminą Goczałkowice-Zdrój.

Izba ustaliła co następuje

Odwołujący w pkt 7 formularza ofertowego wskazał, że następujący zakres zamówienia dla części I zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy: modernizację systemu dziedzinowego, zakup licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem, wdrożenie systemu do planowania i zarządzania budżetem. Ponadto odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie podwykonawcy do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści zobowiązania wynika, że podwykonawca zobowiązał się do oddania swoich zasobów tj. specjalistów ds. wdrożeń posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie w realizacji projektów informatycznych obejmujących wdrożenie systemu podatkowego i księgowego.

Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2020 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie następujących części składowych oferty:

- modernizacji systemu dziedzinowego (formularz ofertowy, pkt 3 poz. 4);

- zakupu licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem (formularz ofertowy, pkt 3 poz. 6).

Odwołujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 14 maja 2020 r. Do przedmiotowych wyjaśnień została załączona oferta podwykonawcy.

Zamawiający w dniu 17 lipca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla części I zamówienia. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępujacego. W przedmiotowym piśmie została podana także informacja o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp wraz z uzasadnieniem.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

- art. 7 ust. 3 Pzp - Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp -Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 90 ust. 1 Pzp - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości

zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;

- art. 87 ust. 1 Pzp - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego głównymi powodami tej czynności dokonanej przez zamawiającego (podsumowanymi w pkt IV uzasadnienie odrzucenia) były:

1) brak przedstawienia kalkulacji kosztów;

2) brak przedstawienia dowodów do wyjaśnień (za wyjątkiem oferty podwykonawcy);

3) przedstawienie w ofercie niższej ceny za modernizację systemu dziedzinowego (formularz ofertowy pkt 3 poz. 4) niż ta, która wynika z oferty podwykonawcy;

4) niewykazanie kosztów 60-miesięcznej obsługi gwarancyjnej dla systemu planowania i zarządzania budżetem w okresie i na warunkach określonych w załączniku 8.1 do SIWZ, §11 wraz z wyszczególnieniem kosztów pracy, których wartość przyjął wykonawca do ustalenia ceny odnosząc się do liczby roboczogodzin/roboczodni, o które zamawiający poprosił w pkt 13 wezwania z dnia 8 maja 2020 r.

Odnosząc się kolejno do wymienionych powyżej powodów odrzucenia oferty odwołującego Izba uznała, że:

Ad. 1) Nie można przyjąć, iż odwołujący nie przedstawił kalkulacji kosztów. Do wyjaśnień z dnia 14 maja 2020 r. została dołączona oferta podwykonawcy, która w postaci tabelarycznej prezentowała koszty tych zadań, które miał on zrealizować. Dodatkowo w treści wyjaśnień z dnia 14 maja 2020 r. na stronach 3-5 została przedstawiona kalkulacja kosztów modernizacji systemu dziedzinowego, która była oparta na załączonej ofercie podwykonawcy, co potwierdzało spójność wyjaśnień odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego odnosił się do podanych w wyjaśnieniach kosztów, przede wszystkim poprzez ich podważanie, niemniej pośrednio potwierdzało to, iż stwierdzenie, że odwołujący nie przedstawił kalkulacji kosztów - w domyśle żadnej kalkulacji - było zbyt daleko idące.

Ad. 2) Nie można przyjąć, iż odwołujący wraz z wyjaśnieniami nie przedstawił żadnych dowodów. Kwestią bezsporną było to, że do wyjaśnień został załączony dokument w postaci oferty podwykonawcy. W wezwaniu z dnia 8 maja 2020 r. zamawiający - przytaczając treść art. 90 ust. 1 Pzp - zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień wyceny istotnych części składowych ceny oferty, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kalkulacji kosztów także co do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. Mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy tj. szczególnie informację zawartą w

ofercie odwołującego w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcy, treści i zakresu wyjaśnień oraz faktu, że zakres tego wezwania dotyczył wyłącznie zadań, które miały być zrealizowane przez podwykonawcę, informacje odnoszące się do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy miały dla oceny treści wyjaśnień kluczowe znaczenie. W związku z tym załączona do wyjaśnień oferta podwykonawcy była adekwatnym i wystarczającym dowodem na ich potwierdzenie.

W ocenie składu orzekającego dla przydatności tego dokumentu nie miała znaczenia okoliczność podniesiona przez zamawiającego na rozprawie, która dotyczyła daty jaką została opatrzona oferta podwykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę, że oferta podwykonawcy załączona do wyjaśnień została opatrzona datą 30 marca 2020 r., natomiast postępowanie zostało wszczęte 8 kwietnia 2020 r. Po analizie treści oferty podwykonawcy Izba uznała powyższą okoliczność za irrelewantną, ponieważ w jej treści została wskazana nazwa postępowania, wymieniony został zamawiający oraz oznaczony został odwołujący co jednoznacznie potwierdzało, że została ona sporządzona na potrzeby przedmiotowego postępowania.

Ad. 3) Nie doszło do różnicy czy też sprzeczności w zakresie kosztów pomiędzy wyjaśnieniami odwołującego, a załączoną do nich ofertą podwykonawcy. Już z cytowanej powyżej treści oferty wynika, że odwołujący zamierzał powierzyć podwykonawcy: modernizację systemu dziedzinowego, zakup licencji systemu do planowania i zarządzania budżetem, wdrożenie systemu do planowania i zarządzania budżetem. Powyższe działania odzwierciedlają pkt 4, 6 i 7 formularza ofertowego i w wyjaśnieniach (szczególnie w podsumowaniu) została podana wyraźna informacja, że łączna wartość oferty systemu obejmująca zakup licencji i wymagane prace została wyceniona na podaną tam kwotę, która jest tożsama z kwotą wynikającą z oferty podwykonawcy, natomiast wezwanie dotyczyło pkt 4 i 6 formularza ofertowego, zatem różnica, którą stwierdził zamawiający wynikała z uwzględnienia w globalnej sumie kosztów podanej w wyjaśnieniach kosztów z pkt 7 formularza ofertowego, która składała się na całości kosztów przewidzianych za zadania realizowane przez podwykonawcę.

Ad. 4) Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2020 r. w odpowiedzi na pkt 10 podał koszt całkowity obsługi serwisowej dla Zintegrowanego Systemu Dziedzinowego, wskazując także stawkę za 1 roboczogodzinę. Podany koszt wynikał i znajdował swoje odzwierciedlenie w ofercie podwykonawcy, która wskazywała przyjętą do kalkulacji oferty liczbę godzin serwisu (poz. 10 oferty podwykonawcy). Ponadto Izba przyjęła argumentację odwołującego wyrażoną na rozprawie i uznała, że w tym wypadku ofertę podwykonawcy należało przeanalizować w ten sposób, że w pierwszej kolejności należało zwrócić uwagę na poz. 1 dotyczącą licencji oprogramowania na system dziedzinowy oraz portal budżetowy i przez to uznać, że obejmowała ona „część budżetową", a pozostałe pozycje w ofercie podwykonawcy w tym poz. 10 należało potraktować jako odnoszące się do systemu dziedzinowego jak portalu budżetowego. W związku z tym w wyniku analizy całości wyjaśnień odwołującego wraz z dowodem można było ustalić koszty 60-miesięcznej obsługi gwarancyjnej dla systemu planowania i zarządzania budżetem w okresie i na warunkach określonych w załączniku 8.1 do SIWZ, §11 wraz z wyszczególnieniem kosztów pracy, których wartość przyjął wykonawca do ustalenia ceny odnosząc się do liczby roboczogodzin, która w treści wyjaśnień była identyczna dla każdego zadania.

Odrębnym zagadnieniem, do którego w ocenie Izby należało się odnieść to kwestia oceny realności ceny za roboczogodzinę podaną w wyjaśnieniach przez odwołującego. Odwołujący podał ją w wysokości 50 zł. W pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołujący w wyjaśnieniach zwrócił uwagę, iż rozwiązania, które zaoferował są w pełni gotowe i nie wymagają nakładów związanych z ich dostosowaniem w ramach tej umowy, co oznacza, że w ramach postępowania zamierza dostarczyć i wdrożyć gotowe oprogramowanie, a nie tworzyć od podstaw nowe, dedykowane dla zamawiającego rozwiązanie. W związku z tym powyższą okoliczność można uznać za uzasadnienie dla podanej przez odwołującego stawki roboczogodziny jako odpowiadającej specyfice zadań do wykonania w ramach realizacji zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego potwierdzeniem realności tej stawki była oferta podwykonawcy. Innych dowodów w tym zakresie odwołujący do wyjaśnień nie dołączył.

Następnie warto podkreślić, że argumentacja zamawiającego w zakresie tej stawki podana w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego była dość lakoniczna i gołosłowna, ponieważ sprowadzała się do stwierdzenia, iż w przypadku tak specjalistycznych usług cena roboczogodziny w wysokości 50 zł jest zbyt niska, szczególnie, że zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego i ofertą podwykonawcy kwota ta miała uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Izba pominęła przy tym dowody złożone w tym zakresie przez strony i przystępujacego. Dowody złożone przez odwołującego tj. aneksy oraz umowy o pracę zawierane przez podwykonawcę oraz zamawianego tj. kalkulacja stawki roboczogodziny, Izba uznała za

spóźnione. Strony powinny powołać okoliczności wynikające z tych dowodów na wcześniejszym etapie tj. przy udzielaniu wyjaśnień (odwołujący) lub zawrzeć w uzasadnieniu odrzucenia oferty (zamawiający). Jeśli chodzi o dowody złożone przez przystępującego w postaci wydruków raportów płacowych dla stanowiska architekt - projektant systemów IT oraz kierownik projektu sporządzonych przez S. & S., Izba uznała je za nieprzydatne, ponieważ dotyczyły one innych stanowisk niż wskazał podwykonawca w swoim zobowiązaniu do oddania swoich zasobów. W zobowiązaniu tym podwykonawca wskazał specjalistów ds. wdrożeń, a raporty dotyczyły architekta - projektanta systemów IT oraz kierownika projektu.

W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania ceny roboczogodziny podanej w wyjaśnieniach przez odwołującego.

Jeśli chodzi o pozostałe dowody złożone przez odwołującego i zamawiającego Izba także stwierdziła, że należy je pominąć. Wszystkie dowody złożone na rozprawie przez odwołującego Izba uznała za spóźnione, co oznacza, iż odwołujący powinien przedłożyć je wraz wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pozostałe dowody złożone na rozprawie przez zamawiającego Izba uznała za nieistotne dla rozstrzygnięcia. Jeśli chodzi o zestawienie cen oferowanych na modernizację systemu dziedzinowego przez odwołującego u zamawiającego oraz sześciu innych podmiotów z podaniem ceny ofertowej netto oraz liczby mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego to w ocenie składu orzekającego zamawiający nie wykazał przełożenia i wpływu liczby mieszkańców na cenę oferty, szczególnie w kontekście przedmiotowego postępowania w oparciu o postanowienia opisu przedmiotu zamówienia. Kolejny dowód tj. aneks nr 1 do umowy pomiędzy podwykonawcą odwołującego, a Gminą Goczałkowice-Zdrój, dotyczył umowy z 2016 r. w związku z tym nie można było stwierdzić adekwatności cen z tamtego czasu do obecnych realiów rynkowych.

W związku z powyższym w ocenie Izby potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu, tym samym czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach I części zamówienia należało uznać co najmniej za przedwczesne. Jak wynika z sentencji orzeczenia Izba nie nakazywała zamawiającemu ponownego wezwania odwołującego do wyjaśnień czy to na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp czy też art. 90 ust. 1 Pzp, pozostawiając tę kwestię do uznania zamawiającego w ramach powtórnego badania i oceny ofert w postępowaniu odnośnie części I zamówienia. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie popiera jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, iż nie ma przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, jednakże wyłącznie w przypadku kiedy pierwotnie przedłożone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia. Jeśli zamawiający dojdzie do przekonania, że wyjaśnienia odwołującego wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia, powinien z takim konkretnym i dokładnym wezwaniem zwrócić się do odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: .....