Sygn. akt: KIO 709/20
Sygn. akt: KIO 715/20

WYROK

z dnia 16 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Ernest Klauziński

Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę BonaSoft Sp. z o.o., Sp.k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław (KIO 709/20),

B. w dniu 2 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

Comarch Healthcare S.A., Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (KIO 715/20),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków,

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa oraz Gabos Software Sp. z o.o., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 709/20 i KIO 715/20 po stronie zamawiającego,

2. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Healthcare S.A., Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 709/20 po stronie zamawiającego,

3. wykonawcy BonaSoft Sp. z o.o., Sp.k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 715/20 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 709/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, w części, w której zamawiający narzuca odwołującemu sposób dokonania tychże wyjaśnień,

2. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 715/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty,

3. kosztami postępowania obciąża w obu sprawach zamawiającego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez obu odwołujących tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, na rzecz odwołującego BonaSoft Sp. z o.o., Sp.k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu uiszczonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3. zasądza od zamawiającego Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, na rzecz odwołującego Comarch Healthcare S.A., Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 709/20
Sygn. akt KIO 715/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie platformy MSIM w ramach projektu pn. „Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM)", numer referencyjny IS-I.272.7.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2019 r., nr 2019/S 249-618768. W dniu 23 marca 2020 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp", wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie cen ich ofert.

W dniu 2 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

I. wykonawcę BonaSoft Sp. z o.o., Sp.k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław (dalej:

„BonaSoft") - sygn. akt KIO 709/20.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w sposób niezgody z przepisami ustawy Pzp, tj. wyłącznie poprzez konieczność przedstawienia kalkulacji cenowej dla pozycji wyszczególnionych w załączniku nr 1 do pisma zamawiającego z dnia 23 marca 2020 r. „Szczegółowa kalkulacja cenowa", co skutkuje niezgodnym z ustawą Pzp narzuceniem odwołującemu sposobu dokonania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie metodologii kalkulacji oferty,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „3. W dniu 23 marca 2020 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo „Wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny", które znacząco odbiegało swoim zakresem od tego rodzaju wezwań w innych przetargach, narzucając Odwołującemu określony sposób złożenia wyjaśnień poprzez wypełnienie szczegółowego pliku excel. (...)

4. Odwołujący przeanalizował powyższe wezwanie i nie mógł zgodzić się z jego treścią, w szczególności z narzuconym szczegółowym sposobem dokonania „rozbicia ceny". Wskazać należy, że SIWZ nie narzucał określonego sposobu kalkulacji oferty (zdaniem

Odwołującego nawet nie mógł). Odwołujący wyliczył ofertę zgodnie z dokumentacją postępowania i swoją przyjętą metodologią, więc rozbicie zgodnie z dołączoną [dopiero] na etapie wezwania RNC „tabelką" byłoby działaniem sztucznym. (...)

6. W odpowiedzi na powyższe pismo, Zamawiający pismem z dnia 30 marca 2020 r. przedłużył termin zgodnie z wnioskiem Odwołującego oraz wskazał, że jego czynność nie jest niezgodna z prawem, wskazując, że:

„Jednocześnie Zamawiający informuje, iż załączoną do pisma z dnia 23 marca 2020 r. „Szczegółową kalkulację cenową", należy traktować jako przykładowy formularz obejmujący czynniki cenotwórcze poszczególnych elementów Zamówienia.

Załącznik dostarczony przez Zamawiającego został przygotowany zgodnie z zakresem SIWZ jako rozbicie na czynniki cenotwórcze elementów w nim zawartych. Zamawiający zwraca uwagę, iż załącznik ten opiera się bezpośrednio i w większości literalnie na wymaganiach z SIWZ i jego załączników (SOPZ, Umowa).

Idąc dalej: Nie narzuca on określonej metodyki kalkulacji, a jedynie ma ułatwić i wspomóc Wykonawcę w przygotowaniu informacji dla Zamawiającego wskazując poziom szczegółowości oraz minimalny zakres czynników cenotwórczych wymaganych przez Zamawiającego w celu właściwej oceny kalkulacji oferty przez Wykonawcę".

7. Zamawiający tym samym podtrzymał, że BARDZO OBSZERNY, zdaniem Odwołującego w wielu miejscach nie odwzorowujący SIWZ, a nawet pomimo dokładnego rozbicia w pewnych obszarach, nie uwzględnia np. kosztów usług rozwojowych.

8. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że posiłkował się ofertą podwykonawców na część usług i dostaw i niemożliwym jest wymaganie od podwykonawców, którzy oświadczyli, że dany fragment zamówienia wykonają zgodnie z dokumentacją postępowania, żeby sztucznie „rozbijali" ofertę zgodnie z załącznikiem Zamawiającego. (...)

10. Odwołujący nie neguje faktu, że zgodnie z przepisami Zamawiający może go wezwać jeżeli uzna, że cena budzi wątpliwości, jednakże nie może on narzucać sposobu dokonania wyjaśnień RNC. Zgodnie z przepisami wybór sposobu wyjaśnień należy do Wykonawcy i ta kalkulacja ma przekonać Zamawiającego, że we wskazanej cenie Wykonawcy realizuje zamówienia. (...)

13. Odwołujący zmierza do częściowego unieważnienia czynności wezwania z dnia 23 marca 2020 r. aby umożliwić Wykonawcy złożenie wyjaśnień sposobu konstruowania ceny oferty (w oparciu o postanowienia SIWZ i OPZ) w taki sposób, jak to odbywało się faktycznie, bez narzucania konkretnej metody dokonania takich wyjaśnień, co jest niezgodne z PZP. (...)

15. Warto wskazać, że gdyby Zamawiający uwzględnił taki sposób kalkulacji w SIWZ (co także zdaniem Odwołującego mogłoby naruszać przepisy), to sytuacja była nieco inna, gdyż dotyczyłaby wszystkich Wykonawców (równe traktowanie) i umożliwiłaby kierowanie do

podwykonawców zapytań ofertowych o konkretnej treści.

16. Przechodząc do analizy prawnej niezgodnego z prawem działania Zamawiającego należy zaznaczyć, że PZP nie wskazuje jednak, ani nie narzuca żadnego sposobu wykazania, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Brak jest w przepisach PZP jakichkolwiek wskazówek co do treści takich wyjaśnień, czy dowodów jakie muszą czy powinny być do nich dołączone, a już na pewno Zamawiający nie ma uprawnienia do wskazywania metodologii szacowania oferty. (...)

19. Odwołujący ma zamiar złożyć wyjaśnienia, które będą zawierały sposób szacowania ceny ofertowej na podstawie wymagań SIWZ oraz wiedzy i doświadczenia Wykonawcy. Wyjaśnienia te zostały sporządzone zgodnie z metodyką szacowania ceny ofertowej, jaka obowiązuje u Odwołującego dla tego typu projektów. Z drugiej strony - przedmiotowe wyjaśnienia będą zawierały odpowiedzi na pytania Zamawiającego.

20. W tym miejscu Odwołujący oświadcza i wyjaśnia, że szacował cenę oferty w odmienny uwzględniający wszelkie elementy SIWZ w szczególności OPZ sposób - zatem nie może przedstawić kalkulacji dokładnie w taki sposób jak wskazany w wezwaniu.

21. Zaznaczyć należy, że dokonywanie wyjaśnień poprzez wstawienie elementów w tabelę dołączoną przez Zamawiającego (która nie koresponduje z SIWZ i OPZ) byłoby to działanie pozorne, niemające nic wspólnego z rzeczywistym szacowaniem ceny przez Odwołującego na etapie składania oferty.

22. Celem stosowania instytucji określonej w art. 90 Ustawy PZP przez Zamawiającego jest bowiem uzyskanie przez Zamawiającego wyjaśnień odnoszących się do rzeczywistego sposobu szacowania ceny oferty. W żadnym przypadku Zamawiający nie powinien wymagać od wykonawców, aby składali wyjaśnienia, które nie znajdują odzwierciedlenia w stanie rzeczywistym tylko ze względu na przyjętą przez Zamawiającego jedną metodykę wyliczania ceny oferty. (...)

25. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ wymagań dotyczących sposobu, w jaki Wykonawca ma kalkulować koszt wykonania zamówienia, więc nie może oczekiwać określonego sposobu kalkulacji zlecenia na etapie wyjaśnień RNC. Należy przy tym zaznaczyć, że w branży IT nie istnieje jeden, znormalizowany sposób kalkulacji kosztów prac a Odwołujący przyjął inny sposób kalkulacji niż wymagany w tabeli.

26. Z wyjaśnień dotyczących sposobu wypełniania tabeli nie wynika, czy Zamawiający oczekuje wypełnienia wszystkich pól, czy też Wykonawca może pozostawić poszczególne pola niewypełnione, wypełnione zerami lub je usunąć. Już ten fakt uniemożliwia Odwołującemu prawidłowe dokonanie wyjaśnień RNC wg wymagań Zamawiającego.

27. W szczególności, w nawiązaniu do punktu powyżej Zamawiający ujął w załączonym pliku „zał. nr 1 Szczegółowa kalkulacja cenowa.xls" (dalej Plik Excel), w zakładce „Wytworzenie oprogramowania" pełen zestaw ról wymaganych przy wytworzeniu każdej funkcjonalności oprogramowania osobno. Jednocześnie pozwala na podanie „Oprogramowania, którym dysponuje Wykonawca pozwalającego na obniżenie kosztów". Natomiast Odwołujący w znaczącej części dysponuje gotowymi elementami oprogramowania, które w poszczególnych pozycjach nie wymagają żadnych nakładów na dostosowywanie lub wytworzenie. W związku z powyższym Odwołujący nie jest w stanie wypełnić tabeli, gdyż nie jest w stanie podać kosztów wytworzenia posiadanego oprogramowania w zadanym układzie. Ponieważ Zamawiający nie nakładał w SIWZ obowiązku przedstawienia kosztów w oczekiwany obecnie sposób, Odwołujący przygotował kalkulację inaczej, m.in. na podstawie ofert podwykonawców, które sporządzone były w modelu „Fixed price", a nie „Times and Material" jak oczekuje tego obecnie Zamawiający. W opinii Wykonawcy jest to nadmierny sposób ingerencji w sposób realizacji zlecenia, przekraczający wymagania SIWZ.

28. W dokumencie Plik Excel Zamawiający wskazuje, aby Odwołujący wpisał role w projekcie, które nie były wymagane w dokumentacji SIWZ. W dokumentacji były następujące role: Kierownik Projektu, Główny Architekt, Główny Analityk, Ekspert ds. interoperacyjności, Ekspert ds. ITS, Ekspert ds. bezpieczeństwa, Ekspert ds. testów, Ekspert ds. utrzymania i te role powinny mieć charakter wiążący do wyliczenia i kalkulacji ceny. Oczywiście osób zaangażowanych w realizację po stronie Odwołującego będzie więcej, ale nie można żądać od niego zmiany głównych ról na etapie wezwania do wyjaśnień RNC.

29. Zamawiający wskazuje w Pliku Excel:

„w przypadku pól "Rola 1, Rola 2, ..." należy podać precyzyjną nazwę roli adekwatną do zadań i odpowiedzialności np. "Tester Automatyczny Oprogramowania", "Tester bezpieczeństwa sieciowego", "Starszy Programista", "Analityk biznesowy"; Należy unikać nazw ogólnych np. "Informatyk", "Tester", "Administrator".

Zamawiający wymagał w SIWZ (pkt 3.2.2.2.1. do 3.2.2.2.8)., aby Odwołujący przedstawił w ofercie role ogólne np. "ekspert ds. testów", "ekspert ds. bezpieczeństwa", natomiast w wyjaśnieniach RNC wymaga, aby ogólnych nazw ról nie używać i posługiwać się bardziej precyzyjnymi nazwami. Jest to sprzeczne z dokumentacją postępowania. Dokumentacja przetargowa nie wymagała bowiem, aby Odwołujący posługiwał się bardziej precyzyjnymi nazwami ról, a Zamawiający nie powinien dyktować na tym etapie Odwołującemu, w jaki sposób powinien nazywać role swoich podwykonawców i pracowników (co często wynika z umów o pracę lub współpracę).

30. Podając inny przykład niespójności z SIWZ, Odwołujący wskazuje, że: „W przypadku pola „Ilość roboczogodzin Rola 1, Ilość roboczogodzin Rola 2, ..." należy podać liczbę roboczogodzin jako wartość numeryczną z dokładnością do połowy godziny." Powyższe ograniczenie wskazane przez Zamawiającego, nie jest niczym uzasadnione. Nawet wytworzenie konkretnej funkcjonalności może trwać mniej niż pół godziny, a co dopiero jej testowanie. Ograniczenie wydaje się mieć na celu sztuczne zawyżenie kosztów po stronie

Wykonawcy.

31. W Pliku Excel w zakładce „Koszty zarządzania projektem" „Dokumentacja zarządcza" Zamawiający wskazuje na pięć etapów, w każdym wypisane 8 ról dla wybranych 6 zadań tj.:

1) Bieżąca organizacja prac pomiędzy stronami
2) Organizacja współpracy z Partnerami projektu MSIM
3) Rozwiązywanie zagadnień
4) Obsługa zmian
5) Bieżące monitorowanie realizacji prac Wykonawcy
6) Bieżące monitorowanie ryzyka Umowy

ze znacznie obszerniejszego katalogu zadań, który należy wykonać w obszarze zarządzania projektem. Zamawiający wymaga szczegółowego rozpisania pracochłonności na role i etapy co daje tylko dla zakresu powyżej, do wypełnienia 240 pozycji kosztowych. Odwołujący musiałby na etapie wyjaśnień zaplanować, ile godzin zajmie mu rozwiązywane zagadnień poszczególnych osób z zespołu i w którym to dokładnie będzie etapie. Zarządzanie projektem wymaga oddelegowania kompetentnej osoby lub osób na cały okres trwania projektu. Koszt zarządzania projektem jest zatem ilością roboczogodzin/dni pracy kierownika i ewentualnie zastępców, jeśli projekt jest wyjątkowo złożony, a nie sumą rozczłonkowanej na osoby i etapy pracochłonnością dla wybranych 6 pozycji.

32. W Pliku Excel w zakładce „Infrastruktura" Zamawiający wymaga wskazania kosztów infrastruktury:

I) Zapora ogniowa, 2) Zapora ogniowa - zarządzanie, 3) Równoważnik obciążenia i WAF, 4)

Przełącznik Ethernet, 5) Przełącznik Ethernet - zarządzanie, 6) Przełącznik SAN,

7) Obudowa Blade, 8) Serwer Blade, 9) Serwer RACK, 10) Biblioteka taśmowa,

II) Deduplikator, 12) Macierz dyskowa, 13) HSM, 14) Bramka SMS.

Jednakże wymaganie od Wykonawcy informacji dotyczących:

1) Element infrastruktury, 2) Ilość szt., 3) Producent, 4) Model, 5) Specyfikacja (szczegółowe parametry i składowe każdego z elementów), 6) Part number (dla każdego elementu i jego składowych), 7) Okres gwarancji, 8) Typ gwarancji, 9) Cena katalogowa netto, brutto, 10) Upust (%), 11) Cena zakupu przez Wykonawcę po upuście netto, brutto, 12) Marża Wykonawcy netto, brutto.

Nie było takich wymagań w SIWZ postawionych przez Zamawiającego. Należało dostarczyć sprzęt zgodny z wymaganiami w OPZ, wymaganie przez Zamawiającego na tym etapie tak szczegółowych informacji jest niezgodne z zapisami SIWZ.

33. W Pliku Excel w zakładce „Odbiory ITS" Wykonawca nie ma obowiązku wyróżniania wszystkich ról kompetencyjnych przy dostawie sprzętu. Dostawa i wdrożenie są częścią oferty podwykonawczej, są kalkulowane razem z ceną sprzętu w ofertach od

dystrybutorów/dostawców.

34. Dodatkowo w Pliku Excel w zakładce „Testy" Zamawiający wskazuje, że Odwołujący powinien oszacować czasochłonność testów pod tytułem „wszystko z wszystkim". Wskazanych zostało 135 przypadków użycia funkcjonalności, które powinno być testowane jako:

1) Testy funkcjonalne, 2) Testy wydajności, 3) Testy odtworzeniowe i niezawodności, 4) Testy bezpieczeństwa, 5) Testy dostępności, 6) Testy zasileń inicjalnych, 7) Testy procedur eksploatacyjnych, 8) Testy procedury relokacji, 9) Testy procedury wycofania wdrożenia. Przedstawiony układ kosztorysu testów nie jest zgodny z dokumentacją przetargową, gdyż w punkcie "ZA,OdbDok.5. Testy akceptacyjne oprogramowania przeprowadza Wykonawca w oparciu o zaakceptowane przez Zamawiającego Plan testów oraz Scenariusze testowe."

35. Zamawiający wymagał, aby testy były przeprowadzone w oparciu o Plan testów oraz scenariusze testowe, które są produktami umowy. Wobec czego nie może na etapie wyjaśnień RNC narzucać zakresu i szczegółowego planu testów. Dodatkowo nie jest możliwe wypełnienie podanej macierzy, ponieważ poszczególne rodzaje testów wykonywane są albo całościowo dla całego środowiska, albo poprzez przeprowadzenie testów automatycznych (testy wydajnościowe). Np. nie jest możliwe wykonanie w rozbiciu na poszczególne funkcjonalności takich testów jak testy procedur eksploatacyjnych czy testy relokacji, testy zasileń inicjalnych, testy bezpieczeństwa.

36. W Pliku Excel w zakładce „Wytworzenie oprogramowania" Zamawiający narzuca Odwołującemu, aby wskazał czasochłonność wytworzenia oprogramowania w każdej pozycji. Natomiast Wykonawca dysponuje ofertą podwykonawcy na dostawę licencji oprogramowania pokrywającym część oczekiwanej funkcjonalności. Założył także odpowiednie siły dotyczące dostosowania i rozbudowy oprogramowania, którym na podstawie powyższych ofert będzie dysponował.

37. Wymaganie przedstawione w kolumnie "F" w zakładce „Wytworzenie oprogramowania" dotyczące podania miejsc, w których wdrożono oprogramowanie, wykracza całkowicie poza wymagania wynikające z dokumentacji SIWZ.

38. Układ zakładki dotyczącej „Wdrożenia" w Pliku Excel odbiega poziomem szczegółowości od zasad dotyczących wdrożenia opisanych w załączniku 3 do OPZ.

39. Zamawiający przedstawiając Odwołującemu do uzupełnienia Plik Excel, przedstawił teoretyczny model wyliczeń oferty i pominął w nim wiele elementów, jak chociażby usługi rozwojowe:

„Usługi rozwoju oprogramowania Platformy MSIM realizowane na zlecenia Zamawiającego w wymiarze nie większym niż 5000 roboczogodzin w terminie od daty podpisania Umowy do terminu zakończenia Etapu IV;

Usługi rozwoju oprogramowania Platformy MSIM realizowane na zlecenia Zamawiającego w wymiarze 1500 roboczogodzin rocznie, realizowane w ramach Etapu V. Zamawiający ma możliwość elastycznego wykorzystania dostępnej puli roboczogodzin w toku trwania Etapu V, tzn. może wykorzystać je wcześniej, a roboczogodziny niewykorzystane w danym roku powiększają dostępną pulę na lata kolejne."

W związku z powyższym odwołujący BonaSoft wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w części, w której zamawiający narzuca wykonawcy sposób dokonania tych wyjaśnień, który to sposób jest niezgodny z rzeczywistym kalkulowaniem oferty.

II. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Healthcare S.A., Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (dalej: „Comarch") - sygn. akt KIO 715/20.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez odwołującego nie wydaje się (i nie powinna się wydawać) rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie budzi (i nie powinna budzić) wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a zamawiający nie wskazał w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny okoliczności, które uzasadniałyby wezwanie odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Bez wątpienia, mając na uwadze art. 180 ust. 1 ustawy PZP, czynność wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny może zostać zakwestionowana przez Odwołującego niezasadnie wezwanego do takich wyjaśnień, gdyż bezzasadne wezwanie nakłada na Odwołującego obowiązek wykonania dodatkowych,

skomplikowanych czynności (zgodnie z obowiązującym ciężarem dowodu), pod rygorem odrzucenia jego oferty. (...)

Należy w tym miejscu podkreślić, iż w treści wezwania z dnia 23 marca 2020 r. Zamawiający nie podjął nawet próby przedstawienia argumentacji, dlaczego w odniesieniu do oferty Odwołującego:

1) zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z przepisów.

Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23 marca 2020 r. sprowadza się do zacytowania w/w przepisu i niewielkiej części orzecznictwa, niemniej w ogóle nie jest ono osadzone w okolicznościach konkretnej sprawy, nie odnosi się do treści oferty Odwołującego, samego postępowania lub przedmiotu zamówienia, okoliczności faktycznych, jakie towarzyszą wezwaniu etc. Odwołujący nie wie, czy to cena czy koszt - czy któraś z ich istotnych części składowych wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia - i dlaczego wydaje się niska w stopniu rażącym - oraz w stosunku do jakich elementów przedmiotu zamówienia. Odwołujący może tylko domniemywać, że dotyczy to całości zamówienia - niemniej Zamawiający, pomimo iż w Formularzu Ofertowym przewidział rozbicie ryczałtowego wynagrodzenia, w żaden sposób nie powiązał treści swojego wezwania ze wskazanymi tam cenami.

Po analizie przesłanych pism Odwołujący dalej nie wie, jakie wątpliwości powziął Zamawiający - one w ogóle nie są wyartykułowane w treści wezwania - i jak przekładają się one na niemożność wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami (jakimi? - określonymi przez Zamawiającego czy wynikającymi z odrębnych - jakich? - przepisów). Takie sformułowanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23 marca 2020 r. i brak właściwego uzasadnienia tego wezwania znacząco utrudnia polemikę z Zamawiającym co do zasadności samego wezwania. (...)

Obowiązujące w zamówieniach publicznych zasady - jawności i pisemności obligują Zamawiającego do precyzyjnego i jednoznacznego wskazania Wykonawcy w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przesłanek, którymi kierował się identyfikując ofertę wykonawcy jako ofertę zawierającą (choćby potencjalnie) rażąco niską cenę. Jeśli taka przesłanka odnosi się do wątpliwości czy też wydawania się - Zamawiający jest zobligowany do jasnego wyartykułowania okoliczności faktycznych i prawnych, które uprawniają i obligują go do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tylko tak sporządzone wezwanie jest gwarancją obiektywizmu i bezstronności osób, które wykonują czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzaniem postępowania o udzielenie zamówienia. (...)

Wskazać też należy, iż takie arbitralne i uniwersalne sformułowanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23 marca 2020 r. jest sprzeczne z zasadą równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji - bowiem stosuje do wykonawców będących w różnej sytuacji (poprzez złożenie różnych ofert) automatycznie jedno podejście Zamawiającego (wyrażone w dokładnie takiej samej treści wezwania). Tym samym wykonawcy, którzy prawidłowo skalkulowali ujawnioną w Formularzu Ofertowym wysokość wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, są traktowani dokładnie tak samo, jak Wykonawcy, którzy takiej kalkulacji nie dokonali."

W związku z tym odwołujący Comarch wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny pismem z dnia 23 marca 2020 r.

Pismami z dnia 6 kwietnia 2020 r:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: S&T Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa oraz Gabos Software Sp. z o.o., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice (dalej: „S&T"), zgłosili przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 709/20 i KIO 715/20 po stronie zamawiającego,

2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Comarch Healthcare S.A., Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, zgłosili przystąpienie

do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 709/20 po stronie zamawiającego,

3) wykonawca BonaSoft Sp. z o.o., Sp.k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 715/20 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia ww. wykonawców po stronie zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania, w których wniósł o ich oddalenie.

Ponadto odwołujący konsorcjum Comarch w sprawie KIO 715/20 oraz przystępujący S&T w sprawach KIO 709/20 i KIO 715/20 złożyli pisma procesowe.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie Platformy MSIM na potrzeby projektu pn. „Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM)" oraz realizacji innych usług koniecznych do funkcjonowania Platformy MSIM.

Zamówienie dzieli się na dwie części (nie dopuszczono składania ofert częściowych):

- Część I - Budowa i wdrożenie Platformy MSIM, która zakończy się produkcyjnym uruchomieniem Platformy MSIM oraz produkcyjnym podłączeniem do niej Partnerów - zadanie realizowane w trybie przyrostowym w terminie do 18 miesięcy od daty podpisania umowy;

- Część II - Utrzymanie i Gwarancja Platformy MSIM, które realizowane będzie od dnia zakończenia Części I zamówienia przez okres 60 miesięcy.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 22.324.241,50 zł netto, co stanowi

27.458.817 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 26.055.636,40 zł brutto.

Odwołujący BonaSoft złożył ofertę z ceną 19.987.500,00 zł brutto, co oznacza, że cena jego oferty jest o ok. 27% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i o ok. 23% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Odwołujący Comarch złożył ofertę z ceną 25.656.696,18 zł brutto, co oznacza, że cena jego oferty jest o ok. 6,5% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i o ok. 1,5% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Pismem z dnia 23 marca 2020 r. zamawiający wezwał obu odwołujących, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących cen ich ofert. W treści pisma zamawiający m.in. przytoczył orzecznictwo KIO, jak też wskazał, że: „nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit."

Ponadto w treści ww. pisma zamawiający wezwał obu odwołujących do przedstawienia kalkulacji cenowej dla pozycji wyszczególnionych w załączniku nr 1 do tego pisma pn. „Szczegółowa kalkulacja cenowa". Ww. „Szczegółowa kalkulacja cenowa" zawiera odrębne arkusze excel przygotowane do wypełnienia w następujących dziedzinach:

1) koszty zarządzania projektem,

2) dokumentacja zarządcza,

3) dokumentacja specjalistyczna,

4) infrastruktura,

5) odbiory ITS,

6) testy,

7) odbiory dokumentacji,

8) materiały instruktażowe,

9) konferencja,

10) szkolenia warsztatowe,

11) projectathon,

12) usługi utrzymania,

13) usługi wsparcia integracji,

14) środowiska w ramach ITS,

15) oprogramowanie standardowe,

16) zasilenia inicjalne,

17) wytworzenie oprogramowania,

18) wdrożenie,

19) kolokacja,

20) konfiguracja i wdrożenie ITS,

21) osoby,

22) inne.

Pismem z dnia 30 marca 2020 r. zamawiający dodatkowo wskazał, że „załączoną do pisma z dnia 23 marca 2020 r. „Szczegółową kalkulację cenową", należy traktować jako przykładowy formularz obejmujący czynniki cenotwórcze poszczególnych elementów Zamówienia. (...) Zamawiający informuje, iż Wykonawca ma możliwość użycia własnej metodyki oraz przedstawienia własnego modelu kalkulacji oferty, z jednoczesnym uwzględnieniem czynników cenotwórczych mających wpływ na wycenę zamówienia oraz przy zachowaniu poziomu szczegółowości wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ oraz załącznikach do niej. Zamawiający dopuści również kalkulację, która byłaby przedstawiona na innym formularzu pod warunkiem, iż Wykonawca uwzględni w niej zidentyfikowane przez Zamawiającego czynniki cenotwórcze, które dla ułatwienia zostały ujęte w przygotowanym załączniku „Szczegółowa kalkulacja cenowa". Przykładowo Zamawiający dopuszcza wycenę całych modułów w przypadku oprogramowania posiadanego przez Wykonawcę, jednak Wykonawca zobowiązany jest wskazać, które z czynników cenotwórczych wchodzą w skład danego modułu. W formularzu pomocniczym w zakładce „Wytworzenie oprogramowania", Zamawiający przewidział taką możliwość poprzez uzupełnienie kolumny „Oprogramowanie posiadane przez wykonawcę wpływające na obniżenie pracochłonności wytworzenia danego przypadku użycia w ramach MSIM" oraz określenie gdzie dane oprogramowanie zostało już wdrożone w celu możliwości weryfikacji tego elementu przez Zamawiającego. W przypadku pozostałych zakładek dotyczących np. testów, wdrożenia, Wykonawca może grupować przypadki użycia, jednak tak, aby Zamawiający mógł stwierdzić, które z nich wycenione są w ramach danej grupy. Grupowanie, o którym mowa powyżej nie powinno prowadzić do nadmiernej utraty szczegółowości wyceny".

Pismami z dnia 6 kwietnia 2020 r. obaj odwołujący złożyli wyjaśnienia w przedmiocie cen swoich ofert (nie wg ww. arkuszy excel), niezależnie od powyższego wnosząc także niniejsze odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, jakoby odwołanie w sprawie KIO 709/20 podlegało odrzuceniu z powodu oznaczenia w jego treści zamawiającego jako Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, zamiast Województwo Małopolskie, co zdaniem zamawiającego stanowiło naruszenie art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż odwołanie nie zostało przekazane właściwemu zamawiającemu. Izba stwierdziła, że zarówno informacje zawarte w treści odwołania, np. nazwa postępowania i numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak i fakt, że wskazany w odwołaniu urząd marszałkowski, zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 512 ze zm.), obsługuje Zarząd Województwa Małopolskiego, w wystarczającym stopniu umożliwiają identyfikację podmiotu będącego zamawiającym w przedmiotowej sprawie. W konsekwencji okoliczności te prowadzą do wniosku, że odwołanie zostało przesłane właściwemu zamawiającemu. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z § 9 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) oznaczenie zamawiającego wchodzi w zakres informacji, które mogą być uzupełnione w drodze usunięcia braków formalnych odwołania. Tym samym, nawet gdyby wykonawca nie określił lub wadliwie określił zamawiającego w odwołaniu, fakt ten nie stanowiłby podstawy odrzucenia odwołania. W przedmiotowej sprawie Izba przede wszystkim stwierdziła, że nie ma podstaw do przyjęcia, że odwołujący poprzez określenie „urząd marszałkowski" nie przekazał odwołania właściwemu zamawiającemu, w związku z czym oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 709/20.

W związku z rozpoznaniem obu odwołań, w pierwszej kolejności przedstawione zostaną przepisy ustawy Pzp mające zastosowanie w obu sprawach:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej

przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 709/20

W przedmiotowej sprawie zamawiający skierował do wykonawców wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z załączonym formularzem obejmującym 22 arkusze Excel, które należało wypełnić. W odpowiedzi na pisma wykonawców dotyczące ww. arkuszy, zamawiający wyjaśnił, że formularz ma charakter jedynie przykładowy, jednakże podtrzymał wymóg uwzględnienia w wyjaśnieniach czynników cenotwórczych wskazanych w tymże formularzu. Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający zrezygnował jedynie z formalnego wymogu przedstawienia wyjaśnień na załączonych arkuszach Excel, natomiast nie zrezygnował z wymogu, aby wyjaśnienia te obejmowały wszystkie dane, które w tych arkuszach zostały przewidziane.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na stopień szczegółowości informacji wymaganych przez zamawiającego w załączonych arkuszach Excel. Przykładowo arkusz dotyczący wytworzenia oprogramowania zawiera 138 nazwanych przez zamawiającego pozycji, a dla każdej z nich należy wypełnić:

- oprogramowanie posiadane przez wykonawcę wpływające na obniżenie pracochłonności wytworzenia danego przypadku użycia w ramach MSIM,
- nazwa oprogramowania posiadanego,
- gdzie wdrożone,
- rola 1 wraz z ilością roboczogodzin,
- rola 2 wraz z ilością roboczogodzin,
- rola 3 wraz z ilością roboczogodzin,
- rola 4 wraz z ilością roboczogodzin,
- rola 5 wraz z ilością roboczogodzin,
- rola 6 wraz z ilością roboczogodzin,
- rola 7 wraz z ilością roboczogodzin,
- rola 8 wraz z ilością roboczogodzin.

Z kolei arkusz dotyczący odbiorów ITS zawiera 32 nazwane przez zamawiającego pozycje, dla których w przypadku odbiorów jakościowych trzeba wskazać 8 ról z ilością roboczogodzin dla każdej, a w przypadku odbiorów ilościowych - 4 role z ilością roboczogodzin dla każdej.

W arkuszu „Informacja dot. wypełniania” zamawiający wskazał m.in., że:

1. w przypadku pól "Rola 1, Rola 2, ..." należy podać precyzyjną nazwę roli adekwatną do zadań i odpowiedzialności np. "Tester Automatyczny Oprogramowania", "Tester bezpieczeństwa sieciowego", "Starszy Programista", "Analityk biznesowy"; Należy unikać nazw ogólnych np. "Informatyk", "Tester", "Administrator".

2. W przypadku pola "Ilość roboczogodzin Rola 1, Ilość roboczogodzin Rola 2, ..." należy podać liczbę roboczogodzin jako wartość numeryczną z dokładnością do połowy godziny.

3. Wszędzie gdzie w arkuszu znajdują się pola "netto" i "brutto" należy podać wartości numeryczne w zaokrągleniu do 2 miejsca po przecinku jako pola walutowe w PLN.

Biorąc pod uwagę fakt, że w każdym z przygotowanych arkuszy zamawiający sam określił elementy, które należy wycenić, sam je pogrupował i zestawił ze sobą w określony, bardzo szczegółowy sposób, wymagając przy tym, aby wszystkie dane zostały uwzględnione w wyjaśnieniach, należy stwierdzić, że zamawiający w istocie narzucił wykonawcy sposób przedstawienia wyjaśnień. Należy przy tym zauważyć, że ww. 22 arkusze Excel obejmują, jak przyznał zamawiający na rozprawie, wszystkie koszty składające się na wykonanie niniejszego zamówienia. Tym samym narzucona przez zamawiającego metodyka nie dotyczy poszczególnych elementów ceny, których kalkulacja z powodu konkretnych wątpliwości zamawiającego powinna być przedstawiona w określony sposób, ale dotyczy całej ceny oferty, która w tych okolicznościach musi być przez wykonawcę skalkulowana w sposób uwzględniający wszystkie dane zawarte w arkuszach.

Powyższe działanie zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której wykonawca, nawet jeśli odpowiednio skalkulował określone elementy w swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez zamawiającego, zmuszony jest - udzielając wyjaśnień - dokonać kalkulacji raz jeszcze, tym razem stosując metodykę narzuconą przez zamawiającego. Pomijając kwestie pracochłonności i czasochłonności, takie działanie jest przede wszystkim niezasadne, gdyż uniemożliwia wykonawcy przedstawienie ceny jego oferty w 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, gdyż przykładowo w arkuszu „Odbiory ITS" zamawiający wymaga wskazania ilości roboczogodzin dla poszczególnych ról kompetencyjnych, podczas gdy odwołujący kalkuluje te koszty łącznie z cenami sprzętu od dystrybutorów/dostawców w ramach oferty podwykonawczej. Tym samym koszty te zostały uwzględnione przez wykonawcę w cenie oferty, ale niemożliwe jest ich wykazanie w sposób wymagany przez zamawiającego, tj. z podaniem roboczogodzin rozbitych na role.

Powyższe oznacza, że wymagana przez zamawiającego konieczność uwzględnienia wszystkich czynników cenotwórczych ujętych w ww. arkuszach, wbrew argumentacji zamawiającego, nie ułatwia, ale utrudnia lub częściowo nawet uniemożliwia wykonawcy przedstawienie wyjaśnień w sposób odzwierciedlający rzeczywistą kalkulację ceny oferty. Wymóg ten dodatkowo należy uznać za niezasadny w sytuacji, gdy zamawiający nie przewidział w siwz żadnego konkretnego sposobu obliczenia ceny oferty.

Odrębną kwestią w niniejszej sprawie jest to, że wymagania zamawiającego zawarte w przygotowanych przez niego arkuszach częściowo wykraczają poza wymagania zawarte w siwz. W arkuszu „Infrastruktura" zamawiający wymienił następujące urządzenia: zapora ogniowa, zapora ogniowa - zarządzanie, równoważnik obciążenia i WAF, przełącznik Ethernet, przełącznik Ethernet - zarządzanie, przełącznik SAN, obudowa Blade, serwer Blade, serwer RACK, biblioteka taśmowa, deduplikator, macierz dyskowa, HSM oraz bramka

SMS. Dla każdego z tych urządzeń zamawiający wymagał podania w arkuszu: ilości, producenta, modelu, specyfikacji (szczegółowe parametry i składowe każdego z elementów), part number (dla każdego elementu i jego składowych), okresu gwarancji, typu gwarancji, ceny katalogowej (netto i brutto), procenta upustu, ceny po upuście (netto i brutto) i marży wykonawcy (netto i brutto). Należy zauważyć, że podania tak szczegółowych informacji, zwłaszcza w zakresie producenta, modelu, parametrów i składowych każdego elementu, czy part number dla każdego elementu i jego składowych, zamawiający nie wymagał w siwz. W szczególności wymagania takie nie zostały wskazane w załączniku nr 2 do OPZ, gdzie ww. urządzenia zostały opisane przede wszystkim pod względem funkcjonalnym. Tym samym dopiero wzywając do wyjaśnień w zakresie ceny oferty, zamawiający zażądał od wykonawcy podania informacji dotyczących rodzaju oferowanego sprzętu.

Innym przykładem jest wymóg podania miejsca wdrożenia oprogramowania, w sytuacji, gdy w siwz zamawiający nie wymagał, aby oferowane oprogramowanie było gdziekolwiek wdrożone. Abstrahując od kwestii tego, w jaki sposób ewentualne wskazanie miejsca wdrożenia miałoby świadczyć o realności ceny oferty, przede wszystkim należy zauważyć, że wymóg podania miejsca wdrożenia nie był zawarty w siwz.

Odnosząc się do ww. faktów, po pierwsze, należy stwierdzić, że wezwanie zamawiającego wykraczało poza wymagania określone w siwz. Po drugie, należy dodać, że generalnie celem wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie powinno być uzyskanie od wykonawcy informacji służących do sprawdzenia zgodności jego oferty z siwz. W tym celu zamawiający może bowiem żądać od wykonawcy w siwz przedstawienia

określonych dokumentów przedmiotowych, w tym nawet próbek, natomiast jeśli tego zaniechał, nie może na etapie oceny ofert „uzupełnić" swoich wymagań pod pozorem wezwania do wyjaśnienia ceny oferty. Tym samym wezwanie zamawiającego w zakresie ww. informacji wykraczało poza wymagania określone w siwz i poza ramy niezbędne do badania realności ceny oferty.

Podsumowując ww. ustalenia, należy stwierdzić, że narzucony przez zamawiającego zakres i stopień szczegółowości informacji, które wykonawca był zobowiązany uwzględnić w ramach wyjaśnień ceny oferty, co najmniej utrudniał przedstawienie tych wyjaśnień, w tym zwłaszcza w zakresie rzeczywistego kalkulowania ceny oferty i nie miał oparcia ani w wymaganiach siwz, ani w przepisach ustawy Pzp. W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie ww. czynności w części, w której zamawiający narzuca odwołującemu sposób dokonania ww. wyjaśnień.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 715/20

Z treści przytoczonego powyżej art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wynika, że cena oferty nie musi być niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, aby zamawiający mógł zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie tej ceny. Zatem nawet jeśli różnica między ceną oferty a ww. wskaźnikami jest mniejsza, zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Należy jednak podkreślić, że wezwanie takie nie może być dokonane w zupełnie dowolnych okolicznościach. Z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że cena oferty musi się wydawać zamawiającemu rażąco niska i budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz lub z przepisami prawa. Aby ww. wątpliwości mogły powstać, muszą zaistnieć określone okoliczności, które te wątpliwości wywołują. Nie chodzi zatem o sytuację, w której zamawiający wg swobodnego uznania stwierdza, że „ma wątpliwości", ale o sytuację, w której zamawiający wywodzi swoje wątpliwości z obiektywnych okoliczności. Okoliczności te (zwłaszcza wysokość różnicy procentowej między ceną oferty a pozostałymi wskaźnikami) mogą być różne w zależności od charakteru zamówienia i sytuacji zaistniałej w danym postępowaniu. Niemniej jednak muszą one wskazywać na zasadność powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, i co za tym idzie - na zasadność wezwania do złożenia przez wykonawcę wyjaśnień.

W niniejszej sprawie cena oferty odwołującego jest o ok. 6,5% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i o ok. 1,5% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Jest to cena najbardziej zbliżona do szacunku zamawiającego i niemal zbieżna ze średnią arytmetyczną ofert. Stosunek tej ceny do ww. wskaźników, w przypadku przedmiotowego zamówienia, nie daje zatem podstaw do uznania, że zasadne jest wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu wykazania, że cena nie jest rażąco niska.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że również zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie wskazał żadnych okoliczności, które by takie wezwanie uzasadniały. Po pierwsze, należy stwierdzić, że brak szczegółowego wskazania, co budzi wątpliwości zamawiającego, co najmniej utrudnia wykonawcy złożenie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień. Po drugie, brak szczegółowego wskazania wątpliwości zamawiającego w sytuacji niespełniającej przesłanek z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, rodzi niepewność co do zasadności samego wezwania. W niniejszej sprawie zamawiający był zatem zobowiązany do przedstawienia odwołującemu w wezwaniu do wyjaśnień, co i z jakich powodów budzi jego wątpliwości w zakresie ceny oferty. Przy czym nie jest wystarczające ograniczenie się do wskazania, że wątpliwości budzi po prostu cena oferty lub wszelkie jej składniki (w tym wypadku wynikające z załączonego formularza), gdyż taka informacja niczego nie precyzuje. Zamawiający z wyżej wskazanego obowiązku przedstawienia swoich wątpliwości nie wywiązał się, co powoduje, że w okolicznościach niniejszej sprawy wezwanie odwołującego do wyjaśnień ceny oferty nie może być uznane za uzasadnione.

W tym miejscu należy także stwierdzić, że argumenty zamawiającego dotyczące wzrostu wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w związku z dokonanymi modyfikacjami siwz, niezależnie od oceny ich zasadności, są już spóźnione, skoro zostały podniesione dopiero w postępowaniu odwoławczym. Niezasadne są ponadto argumenty, z których wynika, że zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień wszystkich wykonawców, których ceny były niższe od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, gdyż takie działanie świadczy o zastosowaniu automatyzmu w ocenie cen ofert, bez uwzględnienia istniejących między nimi różnic. Tym samym, zastosowany automatyzm potwierdza, że zamawiający kierując wezwanie do wyjaśnień nie dokonał analizy, co w danej ofercie budzi jego wątpliwości.

Reasumując, Izba stwierdziła, że w świetle przytoczonych przepisów i okoliczności

niniejszej sprawy, nie zachodziły podstawy do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie ww. czynności.

W świetle poczynionych ustaleń, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty podniesione w obu odwołaniach. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii zasądzonych kosztów, należy zauważyć, że zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 972), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Podkreślić należy, że ustawodawca wymienia w ww. przepisie koszty, które są uzasadnione. W sprawie o sygn. akt KIO 715/20 odwołujący złożył wniosek dotyczący kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w postaci faktury, w której treści jako pełnomocnika wskazano Panią M. S. . Należy jednak zauważyć, że ww. osoba nie reprezentowała odwołującego na posiedzeniu i rozprawie, jak też w aktach postępowania odwoławczego Izba nie znalazła dokumentu, który wskazywałby na dokonanie przez ww. osobę jakiejkolwiek czynności w tymże postępowaniu. W związku z powyższym Izba nie uznała ww. kosztów za uzasadnione i nie zasądziła ich na rzecz odwołującego w sprawie KIO 715/20.

O kosztach postępowania orzeczono zatem stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 6 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 (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 972)

Przewodniczący .....