

Sygn. akt: KIO 335/21

**WYROK**  
z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

Po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 25 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **e-point S.A., ul. Filona 16, 02-658 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa** przy udziale wykonawcy **ThinkIT Consulting Sp. z o.o., ul. Syta 68A, 02-993 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **e-point S.A., z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.1. zasądza od **e-point S.A., z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa Łobez** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt KIO 335/21

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczne Biuro Turystyki ,pl. Defilad 1, Pałac Kultury i Nauki 00-901 Warszawa prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: Pozyskanie usługi doradztwa IT i wsparcia merytorycznego w procesie realizacji umowy na budowę systemu aplikacji mobilnej i systemu zarządzania treścią w projekcie „Wirtualny Warszawski Obszar Funkcjonalny” (Virtual WOF), współfinansowanym przez Unię Europejską w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020, Ogłoszenie z dnia 23 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w BZP oraz na stronie /menu\_przedmlptowe/preetargi/default.htm.

Odwołujący: e-point S.A. w Warszawie wniósł odwołanie w postępowaniu od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

1) wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy ThinkIT Consulting sp. z o.o. w Warszawie (dalej „ThinkIT Consulting”) oraz zaklasyfikowaniu na drugim oraz trzecim miejscu ofert wykonawców YBAH sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej „YBAH”) oraz InfoStrategia sp. z o.o. w Krakowie (dalej „InfoStrategia”), gdy oferty te podlegały odrzuceniu jako zawierające rażąco niską cenę oraz stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji i były sprzeczne z treścią SIWZ;

2) ewentualnie: zaniechanie prowadzenia dalszego postępowania wyjaśniającego wobec oferty z uwagi na to, iż na podstawie do tej pory złożonych wyjaśnień Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować rzetelnie poprawności ceny zaofiarowanej przez ww. wykonawców;

3) zaniechaniu odtajnienia dokumentów w postaci wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzuty naruszenia:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”, przez zaniechanie odrzucenia ofert ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia z uwagi na ich niezgodność z siwz oraz wystąpienie w niej rażąco niskiej ceny i rażąco niskich kosztów, przez co wybrana została jako najkorzystniejsza oferta oraz sklasyfikowane na drugim i trzecim miejscu oferty, podlegające odrzuceniu;

2) ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia do złożenia dalszych wyjaśnień celem wyeliminowania wątpliwości i nieścisłości wynikających ze złożonych przez ww. wykonawców wyjaśnień;

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającym na złożeniu oferty z rażąco niską ceną, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego w Postępowaniu jako najkorzystniejszej, a ponadto dokonanie oceny wyjaśnień złożonych przez ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia, w sposób mało wnikliwy, przez co wybrana została jako najkorzystniejsza oferta oraz sklasyfikowane na drugim i trzecim miejscu oferty, zawierające warunki naruszające uczciwe zasady prowadzenia działalności gospodarczej.

4) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia dokumentów w postaci wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia, podczas gdy wykonawcy ci w sposób nieprawidłowy dokonali zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co powinno skutkować ich odtajnieniem oraz udostępnieniem Odwołującemu.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty ThinkIT Consulting jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert w Postępowaniu;
- 3) odrzucenie ofert ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia z Postępowania;
- 4) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, iż może ponieść szkodę, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzieleniu mu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący ze względu na złożenie oferty jest uczestnikiem postępowania, przez co powinien być uprawniony do zapoznania się z treścią ofert konkurencyjnych, w szczególności z tymi elementami tych ofert, które mają wpływ na ich ocenę zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert.

#### 1. zarzut dot. tajemnicy przedsiębiorstwa

Skuteczne dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zależy od wykazania istnienia ustawowych przesłanek jej zastrzeżenia. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie zweryfikował zasadności dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Z przepisów ustawy Pzp wynika, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Wyjątkiem od zachowania jawności będzie sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, którą zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp można objąć niektóre informacje.

Wskazał na definicję tajemnicy oraz piśmiennictwo i orzecznictwo.

Nie ulega wątpliwości, że poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być uznane przez Zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza co najmniej, że w postępowaniu nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje z chronienia informacji.

Skoro naczelną zasadą zamówień publicznych jest ich jawność i transparentność, wszelkie wyjątki powinny być traktowane ściśle i z daleką ostrożnością zamawiający powinni podejmować decyzje skutkujące jej ograniczeniem. Ponadto, w sytuacji zastrzeżenia zamawiający ma obowiązek indywidualnie ocenić charakter zastrzeżenia, co w Postępowaniu zostało zaniechane. W treści protokołu prac komisji z 21 stycznia br., w żadnym miejscu nie pojawia się kwestia oceny zasadności zastrzeżenia, co jednoznacznie dowodzi, że Zamawiający otrzymawszy przedmiotowe wyjaśnienia, nie podjął żadnej czynności zmierzającej do ich weryfikacji pod kątem odtajnienia. Odwołujący na marginesie jedynie wskazuje, z uwagi na fakt dofinansowania Postępowania ze środków unijnych, że naruszenie art. 96 ustawy Pzp traktującej o jawności protokołu wraz z załącznikami może być uznane jako naruszenie skutkujące naruszeniem korekty finansowej, z uwagi na brak przejrzystości w Postępowaniu.

#### 2. zarzuty dot. rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazuje, że oferty złożone przez Wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tym samym oferty te powinny zostać odrzucone z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący jako podmiot z wieloletnim doświadczeniem na rynku IT wskazuje, że wykonanie zamówienia w zakresie określonym przedmiotem zamówienia za cenę zaoferowaną przez ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia jest niemożliwe.

Dla zobrazowania tezy w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawił zestawienie poszczególnych ofert wraz z wyznaczeniem poziomu odchylenia od wartości jaką przewidział Zamawiający oraz od średniej ofert.

Zestawienie wskazuje oferty, których cena podlega ocenie jako rażąco niska. Warto podkreślić, iż każda z ofert firm ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia jest znacząco obniżona w stosunku do wartości, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, jak również średniej wartości z ofert nieodrzuconych.

Dodatkowo biorąc pod uwagę, iż wyceny dla realizacji Okresu IV są zbliżone w większości ofert, porównał wartości ofert w okresach I-III i odchylenie każdej z ofert od średniej wszystkich ofert dla wartości Okresów I-III.

Zestawienie obrazuje, iż odchylenie, które następuje dla wartości ofert firm ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia za Okresy I-III przekracza odchylenie od średniej z pełnej wartości ofert. Świadczy to o tym, iż Wykonawcy dla tych Okresów nie doszacowali nakładu prac, niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie jakości, właściwym dla podmiotów zawodowo trudniących się tego rodzaju działaniami.

Wynika z tego, że w tych okresach wykonawcy nie doszacowali niezbędnych czynności. Zakres zadań w Okresach I-III charakteryzuje się większą złożonością i intensywnością prac - okresy te przypadają na realizację łącznie 15 Etapów Umowy na Aplikację oraz prace wstępne polegające na uzgodnieniu z Zamawiającym podejścia do realizacji Postępowania, zaś realizacja Okresu IV przypada na realizację jednego Etapu Umowy na Aplikację - Etapu 16, w którym realizowane jest Wsparcie i utrzymanie Aplikacji. Z tego dość prostego porównania wynika, iż w ramach ofert firm ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia największe niedoszacowanie wartości następuje poprzez niedoszacowanie wartości Okresów I-III, w których liczność zadań, wymaganych spotkań i weryfikacji produktów Umowy na Aplikację jest największa, zaś sam etap IV jest przez wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu wyceniony na podobnym poziomie. Jednoznacznie to wykazuje, że wykonawcy ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia nie doszacowali nakładu prac niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom metodologii, niezbędnych nakładów czy też minimalnej liczby osób w zespole, jednakże oczekuje określonego w umowie i OPZ efektu w postaci merytorycznego wsparcia nad realizacją Umowy na Aplikację. Powoduje to wraz ze sposobem wynagradzania określonym przez Zamawiającego w postaci wynagrodzenia ryczałtowego - że wykonawca realizujący zamówienie będzie musiał daną czynność zrealizować (osiągnąć dany etap umowy), niezależnie od rozmiaru czy skali prac do niego zmierzających. Jest on zobowiązany wziąć na siebie to ryzyko i w ocenie Odwołującego, ryzyk tych w minimalnej skali oferty ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia nie uwzględniają w żadnym aspekcie.

Zestawienia doskonale obrazują, iż oferta e-point SA zawiera cenę adekwatną do wartości zamówienia i intensywności prac w każdym z okresów realizacji i intensywności prac w Umowie na Aplikację.

Dla uzasadnienia zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny ofert odwołujący wskazuje na zakres zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania.

W § 2 wzoru Umowy, Zał. nr 6 do SIWZ, Zamawiający określił przedmiot Umowy poprzez zdefiniowanie zakresu i rodzaju wymaganych działań wykonawcy w trakcie realizacji Umowy. Zamawiający w pierwszym zdaniu, określającym przedmiot Umowy, wskazał na ogólny rodzaj prac wymaganych od Wykonawcy wykonania na rzecz Zamawiającego usług o charakterze doradczym w zakresie IT oraz wsparcia merytorycznego Zamawiającego i nadzoru nad przebiegiem procesu wykonania i wdrożenia Umowy na Aplikację /.../

W dalszej części w § 2 ust. 4 enumeratywnie wymienia się zakres prac wymaganych do w poszczególnych czterech Okresach Umowy.

Dodatkowo w § 6 ZASADY REALIZACJI UMOWY Zamawiający określił licznosc niektórych działań oraz wymagania zakresie wymaganych produktów, przykładowo:

-W Okresie I Zamawiający przewiduje nie mniej niż 3 spotkania z Wykonawcą.

-W Okresie II Zamawiający przewiduje nie mniej niż 6 spotkań z Wykonawcą.

-W okresie III Zamawiający przewiduje nie mniej niż 6 spotkań z Wykonawcą w ramach każdego z Etapów (Okres III trwa od rozpoczęcia Etapu 2 do Odbioru Etapu 15, czyli obejmuje 14 Etapów, co daje minimum 84 spotkania)

-W Okresie IV Zamawiający przewiduje nie mniej niż 5 spotkań z Wykonawcą.

po każdym spotkaniu z Zamawiającym Wykonawca sporządzi notatkę, w której zamieści informacje na temat omawianych kwestii i szczegółowo przedstawi poczynione ustalenia oraz własne rekomendacje wraz z uzasadnieniem. Notatka zostanie dostarczona Zamawiającemu drogą elektroniczną niezwłocznie nie później niż następnego dnia roboczego po spotkaniu do godziny 14:00 [..];

-Częstotliwość spotkań roboczych określa Umowa na Aplikację;

-Wykonawca po każdym spotkaniu roboczym z Wykonawcą Umowy na Aplikację jest zobligowany do sporządzenia swojej opinii w kwestiach omawianych z Wykonawcą Umowy na Aplikację oraz przygotowania rekomendacji w zakresach wymagających podjęcia jakiegokolwiek decyzji ze strony Zamawiającego. Opinia lub rekomendacje wraz z uzasadnieniem, o których mowa w zdaniu poprzedzającym zostanie dostarczona Zamawiającemu drogą elektroniczną niezwłocznie, lecz nie później niż następnego dnia roboczego po spotkaniu do godziny 14:00 [..].

Powyższe zapisy określają iż Zamawiający przewiduje nie mniej niż 98 spotkań z Wykonawcą Umowy na Aplikację, oczekuje przedstawienia opinii lub rekomendacji na temat omawianych zagadnień. Wyznacza to pewien minimalny zakres spotkań i związanych ze spotkaniami czynności, lecz oczywistym jest, że mogą one stanowić znacznie większy nakład. Same spotkania robocze stanowią w sposób oczywisty jedynie niewielki wycinek prac w ramach przedmiotu Postępowania.

Przedmiot Postępowania obejmuje w szczególności wsparcie Zamawiającego w nadzorze nad przebiegiem procesu wykonania i wdrożenia Umowy zawartej wskazanej w opisie.

Niezbędne jest odniesienie się do przedmiotu Umowy na Aplikację, wymaganych produktów realizacji tejże Umowy oraz w szczególności kompetencji, które są konieczne do prowadzenia działań w zakresie weryfikacji produktów tej Umowy.

Zgodnie z postanowieniami OPZ na Aplikację:

„Głównym celem, jaki ma spełnić Komponent e-turystyka jest dostarczenie użytkownikowi elektronicznego, wirtualnego przewodnika, który będzie prowadził go do najciekawszych z jego punktu widzenia miejsc i atrakcji turystycznych znajdujących się na obszarze WWOFF”

„ Platforma e-turystyka będzie się składać z następujących elementów:

- 1.aplikacji mobilnej na platformy iOS oraz Android;
- 2.oprogramowania serwerowego;
- 3.modułu publikacji i zarządzania treścią CMS;
- 4.modułu statystycznego;
- 5.modułu komunikacji i zarządzania beaconami."

Zgodnie z wymogami OPZ, Umowy na Aplikację, zakres tej Umowy obejmuje realizację zadań związanych z zaprojektowaniem, wytworzeniem, przetestowaniem i wdrożeniem platformy informatycznej obejmującej wymienione aplikacje i moduły wraz z dokumentacją systemu. Prace w ww. zakresie muszą być prowadzone przez zespół specjalistów posiadających kompetencje i doświadczenie w realizacji podobnych rozwiązań.

Podobnie weryfikacja poszczególnych produktów, nadzór nad pracami Wykonawcy Umowy na Aplikację, uczestniczenie w testach poszczególnych modułów i aplikacji oraz uczestniczenie w ich odbiorach a także przygotowywanie opinii i

rekomendacji dla Zamawiającego wymagają kompetencji i doświadczenia na adekwatnym poziomie. Zatem podmiot realizujący na rzecz Zamawiającego usługi doradztwa, wsparcia i nadzoru nad przebiegiem procesu wykonania i wdrożenia Umowy na Aplikację musi posiadać zespół posiadający takie kompetencje i doświadczenie.

Umowa na Aplikację obejmuje realizację szeregu zadań specjalistycznych podzielonych łącznie na 16 etapów. Zgodnie z OPZ na Aplikację realizacja każdego z Etapów obejmuje przygotowanie wielu specjalistycznych produktów opisanych szczegółowo dla wszystkich szesnastu etapów.

Zacytowane w tabeli w odwołaniu zestawienie produktów, które będą wytwarzane w Umowie na Aplikację zawiera 52 produkty. Dla każdego z tych produktów Zamawiający wymaga m.in.:

- weryfikacji wszelkiej Dokumentacji wypracowanej podczas ww. Etapów m.in. pod kątem kompletności, jakości i zgodności z Umową na Aplikację oraz obowiązującymi przepisami prawa w Polsce oraz Unii Europejskiej;

- czynnego uczestnictwa w procedurze Odbiorów Produktów, [...] w Umowie na Aplikację w szczególności wnikliwego zapoznania się z przedłożonymi przez Wykonawcę Umowy na Aplikację rezultatami prac w ramach procedury odbiorów Produktów, danego Etapu, dokonania ich oceny pod względem merytorycznym, technicznym oraz zgodnością z Umową na Aplikację wraz z jej załącznikami, przedstawienia Zamawiającemu - opinii wraz z uzasadnieniem stanowiącej podstawę do Odbioru Umowy na Aplikację, w tym wskazywania rekomendacji bądź braku rekomendacji określonych działań.

Działania wymagane wskazują na konieczność zapewnienia szerokich i na wysokim poziomie kompetencji zespołu Wykonawcy. Nie jest możliwe zapewnienie tak szerokiego zakresu kompetencji i na wysokim poziomie poprzez realizację prac jedynie przez Project Managera. Zakres wymaganych działań wskazuje bowiem na konieczność zaangażowania specjalistów o kompetencjach umożliwiających szeroki zakres zagadnień opisanych.

Tak określone zadania wymagają od Wykonawcy kompetencji w zakresie:

a) zarządzania projektami;

b) analizy i architektury systemów informatycznych oraz w zakresie wytwarzania oprogramowania

- przy realizacji większości działań konieczne jest posiadanie ww. kompetencji a w szczególności w zakresie: /.../ tu opisano szczegółowo zakres zadań przewidzianych do wykonania.

c) realizacji oraz nadzoru nad testami, w szczególności w zakresie zadań /.../

d) projektowania rozwiązań graficznych dla użytkownika w zgodności z wymaganiami WCAG, stanowiącymi wytyczne dla tworzenia stron i serwisów internetowych dostępnych dla jak najszerszego grona odbiorców, ze szczególnym uwzględnieniem osób narażonych na wykluczenie cyfrowe. /.../

e) weryfikacji zagadnień formalno-prawnych - w szczególności w zakresie realizacji zadań: /.../

A zatem nie jest możliwe wykonywanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w zakresie wskazanych przez Zamawiającego wymagań, przez jedną osobę (rolę - Project Managera). Sam Zamawiający we wzorze umowy w Postępowaniu zastrzega tę okoliczność, wymagając zbudowania przez wykonawcę realizującego zamówienie kompetentnego zespołu. Jego liczebność i kwalifikacje Zamawiający, pozostawia do decyzji wykonawcom, jednakże nie zmienia to okoliczności, że zakres zamówienia, w tym także terminy narzucone przez Zamawiającego, wymagają kompilacji prac w jednym czasie, czy też specjalistycznej wiedzy, doświadczenia i umiejętności, właściwych różnym osobom. Już sam kształt umowy i zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę wymaga dużej aktywności i samodzielności, stałego monitorowania przebiegu umowy i wychodzenia z inicjatywą w zakresie wielu jej elementów realizacyjnych.

Należy też wskazać stanowisko Zamawiającego przyjęte dla realizacji zadania w ramach Umowy na Aplikację, gdzie Zamawiający wymaga w zespole kluczowym rol:

a) Project Manager;

b) Grafik / UX Designer;

c) Ilustrator;

d) Programista Android;

e) Programista iOS;

f) Programista Backend;

g) Programista Frontend.

Skoro realizacja zadania polegającego na wytworzeniu i wdrożeniu rozwiązań informatycznych będzie prowadzona przez zespół odpowiednio dobranych specjalistów, to również weryfikacja tych produktów musi odbywać się przy zapewnieniu odpowiednich kompetencji, pokrywających kompetencje wymagane do wytworzenia, przy zachowaniu odpowiednio mniejszego zaangażowania czasowego tych specjalistów.

Wniosek jest zbieżny z wynikającym z określonego przez Zamawiającego zakresu usług doradczych z wymaganymi kompetencjami.

Podsumowując powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, iż realizacja zamówienia na „Pozyskanie usług doradztwa IT” w Postępowaniu, musi być wykonywana przez zespół składający się z osób z odpowiednio dobranymi kompetencjami, wymienionymi powyżej.

Jak wykazano powyżej, zespół realizujący umowę na "Pozyskanie usługi doradztwa IT", musi składać się z kompetencji

w ww. zakresie. Dla przejrzystości treści dalszego uzasadnienia dla wskazanych kompetencji określamy odpowiednio role:

- a)Project Manager - kompetencje w zakresie zarządzania projektami;
- b)Specjalista ds. systemów informatycznych - kompetencje w zakresie analizy i architektury systemów informatycznych oraz w zakresie wytwarzania oprogramowania;
- c)Specjalista ds. testów - kompetencje do weryfikacji oraz nadzoru nad testami aplikacji i modułów systemu;
- d)Specjalista ds. UX - kompetencje w zakresie projektowania rozwiązań graficznych;
- e)Specjalista ds. prawa - kompetencje umożliwiające weryfikację zagadnień formalno-prawnych. Zestawienie prac do wykonania w umowie zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy oraz uwarunkowaniami przedstawionymi w innych zapisach umowy (§ 6 Zasady realizacji umowy) oraz w OPZ wraz z przyporządkowaniem powyżej określonych ról pozwoli na określenie szacunkowej pracochłonności wymaganej do wykonania poszczególnych zadań.

Kalkulacja zaangażowania liczona jest w dniach roboczych (MD).

Wskazano zaangażowanie poszczególnych specjalistów w kolejnych okresach.

- a)Okres I - od dnia podpisania niniejszej Umowy do dnia podpisania Umowy na Aplikację. W przypadku, gdy termin podpisania Umowy na Aplikację będzie wcześniejszy niż termin podpisania niniejszej Umowy, lub oba terminy będą tożsame, Okres I będzie realizowany równoległe z Okresem II. Okres 1 nie będzie trwał dłużej niż 8 dni roboczych. W ramach tego okresu Wykonawca będzie zobowiązany m.in.: /wskazano w tabeli zakres zadań/
- b)Okres II - od dnia podpisania Umowy na Aplikację do Odbioru Etapu 1, tj. analizy przedwykonawczej.
- c)Okres III - od rozpoczęcia Etapu 2 do Odbioru Etapu 15. Podczas realizacji tego okresu Wykonawca będzie zobowiązany m.in. do /.../
- d) Okres IV, przypadający na realizację Etapu 16 Umowy na Aplikację. Podczas tego okresu Wykonawca będzie zobowiązany m.in. do /.../

Dla przejrzystości szacunków przedstawiono zestawienie uproszczone:

Project Manager	Specjalista ds. analizy i architektury systemów informatycznych	Specjalista ds. UX	Specjalista ds. prawa	Specjalista ds. testów	razem	
Okres I	8	2	4	2	24	
Okres II	20	9	12	9	66	
Okres III	128	50	25	46,5	375,5	
Okres IV	10	4,5	4,5	4,5	35,5	
łącznie MD	162	166	65,5	45,5	62	501

Na podstawie powyższego wskazano pracochłonność poszczególnych specjalistów w Okresach realizacji Umowy na "Pozyskanie, usług i doradztwa IT" oraz łączną szacunkową pracochłonność dla całej Umowy 501 dni roboczych.

Przypomniano, iż czas realizacji zamówienia obejmuje okres od zawarcia Umowy do 30 listopada 2022 r. Takie określenie terminu końcowego powoduje skrócenie terminów pośrednich. Zakładając, iż prawdopodobnym terminem zawarcia Umowy jest 15 lutego 2021 r. to liczba dni roboczych do końca realizacji to 455 dni roboczych, co przekracza o ok. 91 dni roboczych dla 1 pracownika z uwzględnieniem urlopów. To obrazuje potrzebę zaangażowania specjalistów do działań równoległe.

Mając wyliczoną pracochłonność poszczególnych specjalistów, określenie stawek wynagrodzenia dla poszczególnych specjalistów pozwoli oszacować wartość zamówienia.

Stawki wynagrodzeń wyliczono w oparciu o raporty firm eksperckich, dołączonych m.in. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez InfoStrategia oraz raportów z serwisu pracuj.pl.

Przedstawiono stawki wynagrodzenia miesięcznego brutto, w ramach umów o pracę bez kosztów pracodawcy i średnie stawki dla każdego ze specjalistów.

W oparciu o powyższe wyliczono wartość średnią stawki za dzień roboczy i za rbg w poszczególnych ofertach przy założeniu, iż w ramach Postępowania konieczne jest wykonanie zakresu prac o pracochłonności 501 dni roboczych łącznie (wartość wyliczona w oparciu o pracochłonność poszczególnych zadań dla poszczególnych specjalistów). ...

Średnia stawka za roboczegodzinę, dla poszczególnych specjalistów, bez kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem osób i zysku dla Wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia wynosi 87,44; zaś po uwzględnieniu kosztów pracodawcy i zysku na poziomie 15% stawka wynosi 121,14 zł.

Wynikowo wskazano, że oferty nr. 2, 6 i 7 zawierają średnie stawki odbiegające znacząco zarówno od średniej stawki Zamawiającego jak i średniej stawki rynkowej.

Dodatkowo biorąc pod uwagę średnią stawkę rynkową z uwzględnieniem kosztów pracodawcy i zysku na poziomie 15% w wyliczonej wartości 121,14 zł oraz odpowiednio wartość każdej z ofert otrzymamy szacunkową pracochłonność każdej ze złożonych ofert.

Kolejne zestawienie obrazuje, iż oferty ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia zostały złożone z niskim oszacowaniem pracochłonności, znacząco odbiegającym od poziomu minimalnej szacowanej pracochłonności całego obliczonej na podstawie szacowanego czasu pracy poszczególnych specjalistów. Przesądza to zarówno o ich sprzeczności z treścią SIWZ, jak również o rażąco niskim zaniżeniu ceny.

Przedstawione szacunki zostały wyliczone przy założeniu minimalnego szacowanego zaangażowania zespołu oraz zysku na poziomie maksymalnie 15%. Realizacja usług o charakterze doradczym wiąże się z dość dużym poziomem ryzyka niedoszacowania oczekiwanej dostępności zespołu.

Oferta e-point SA została złożona przy założeniu zrealizowania określonego przez Zamawiającego zakresu zamówienia przy stosowaniu stawek średnich rynkowych, co jest konieczne do zatrudnienia specjalistów o wymaganych kompetencjach i doświadczeniu. Zatrudnienie do zrealizowania przedmiotu zamówienia osób o znacząco niższej stawce wynagrodzenia nie jest możliwe przy założeniu wykonania zamówienia należycie.

Zamawiający przed ogłoszeniem postępowania przeprowadził procedurę rozeznania rynku, otrzymał dwie wyceny. Otrzymane szacunkowe ceny opiewały na skrajnie różne kwoty tj.

1) wycena od Salla Sp.z o.o. -165 600,00 zł netto

2) wycena od Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. - 725 000,00 zł netto

Powyższe wskazuje, iż podmioty przygotowujące propozycję cenową przyjęły odmienne koncepcje realizacji przedmiotu zamówienia, a Zamawiający - nie wchodząc w szczegóły - na podstawie wycen ustalił szacunkową wartość zamówienia na 445 300,00 zł netto. Nie ulega wątpliwości, że podstawą do jednej z wycen było założenie jednoosobowego zespołu.

Konkludując w treści protokołu z dnia 21 stycznia br. Zamawiający zaniechał merytorycznej oceny złożonych wyjaśnień. Przede wszystkim, argumentacja o „zawyżeniu” pozostałych ofert, wobec wartości szacunkowej zamówienia, nie może być uznana za zasadną. Zamawiający pierwotnie wzywa Wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykazując, iż całkowita cena oferty jest niższa o ponad 30 % od szacowanej wartości zamówienia, a już w Protokole z prac Komisji przyjmuje nieuzasadnioną i bezprawną hipotezę, że gdyby oferty zostały złożone tylko przez trzech pierwszych wymienionych Wykonawców, to żadna z ofert nie byłaby niższa o 30% od średniej cen złożonych ofert. Takie podejście Zamawiającego jest nieupoważnione, niezrozumiałe (w kontekście wysłanych Wezwań) i dyskryminujące pozostałych Wykonawców. Zamawiający niekonsekwentnie raz przyjmuje, że rozbieżność cenowa stanowi podstawę do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, by potem wskazać, że żadna rozbieżność nie istnieje. Podkreślenia wymaga okoliczność, że skoro różnica cenowa była podstawą do wyjaśnienia ceny, Zamawiający zgodnie z dyspozycją przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nie uznał, że istnieją oczywiste okoliczności nie wymagające wyjaśnienia. Lakoniczność protokołu z dnia 21 stycznia br. nie pozwala na stwierdzenie, w jaki sposób Zamawiający ocenił złożone wyjaśnienia, natomiast skoro kryterium arytmetyczne 30% różnicy nie zawsze jest podstawą do wezwania do wyjaśnień, tak samo nie powinna być jedyną determinantą decyzji Zamawiającego - a taki wydzźwięk został nadany przebiegu analizy wyjaśnień, podczas gdy to przedłożone wyjaśnienie powinno być podstawą oceny. Jednocześnie Zamawiający nie miał wątpliwości, iż wykonanie zamówienia jest możliwe za 725 tys. netto, przyjmując tą wartość do oszacowania wartości zamówienia i ogłaszając zamówienie.

Każdy z wykonawców ma prawo kształtować warunki cenowe w sposób odpowiadający własnym potrzebom, natomiast kształt zamówienia w Postępowaniu nie pozwala na realizację za tak rażąco niską cenę. Odwołujący oszacował pracochłonność na poziomie 501 roboczodni, natomiast oprócz wysoce specjalistycznych usług, zakres zamówienia jest determinowany przebiegiem realizacji Umowy na Aplikację. W przypadku przedłużających się testów, uwag, poprawek czy innych czynności w ramach procedur odbiorowych, na wykonawcy będzie spoczywał ciężar ich prowadzenia. Jest to ryzyko, do którego poniesienia został zobowiązany wykonawca, który będzie realizował zamówienie i które powinno być oszacowane i wycenione na etapie składania ofert. Założenie zatem budżetu rządu przedstawionych przez wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia jest całkowicie nierealne.

W ocenie Odwołującego, działanie wykonawców polegające na oferowaniu wykonania zamówienia w cenie rażąco niskiej jest działaniem w zamiarze, uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami i doprowadzenia do nieuprawnionego wyboru oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferty wykonawców, o których mowa w przedmiotowej sprawie są kilkakrotnie niższe niż oferta złożona przez Odwołującego.

Złożenie oferty z tak niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o ZNK. Celem tych wykonawców, nawet za cenę „dopłaceniu” do realizacji tego zamówienia -co jednoznacznie narusza rynkowe zasady prowadzenia działalności gospodarczej oraz nakierowanie na zysk każdego przedsiębiorcy.

Tezę potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący stoi na stanowisku, że ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia zaoferowały realizację przedmiotu zamówienia, która jest niezgodna z parametrami wymaganymi tj. niezgodnie z SIWZ.

Odwołujący podkreśla, że i wykonawcy i Zamawiający są zobligowani do respektowania ustalonych zasad. Nawet jeśli Zamawiający pozostawił wykonawcy pewną swobodę realizacyjną, nie określając przykładowo dokładnych zasad realizacji przedmiotu umowy, takich jak liczba osób wchodzących w skład zespołu, nie oznacza to pełnej dowolności po stronie wykonawcy realizującego zamówienie.

Zamawiający był więc obowiązany do oceny złożonych ofert w Postępowaniu zgodnie z ustaloną przez siebie treścią SIWZ, a jeśli oferta nie odpowiada treści wymagań określonych przez Zamawiającego Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Konieczność odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada postanowieniom SIWZ podkreśliła również Krajowa Izba Odwoławcza w wielu wyrokach /.../.

Mając na uwadze zakres odwołania, Odwołujący stoi na stanowisku, że wybór oferty ThinkIT Consulting oraz zaklasyfikowanie na drugim i trzecim miejscu ofert YBAH oraz InfoStrategia był nieuprawniony i stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania oraz nie poniósł ani nie mógł ponieść szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego.

W niniejszej sprawie zachodzi okoliczność szczególna, powodująca, że postępowanie o udzielenie zamówienia w

przypadku potwierdzenia przez Izbę zarzutów Odwołującego będzie musiało zostać unieważnione i nie zostanie ponowione.

Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, gdyż środki na realizację zadania na dzień 18 września 2020 roku były w wysokości 552 513,13 zł. Do dnia 24 września 2020 roku za sprawą oszczędności z postępowania nr ZP/ZO/01/2020 kwota ta zwiększyła się do 556 673,99 zł i pozostała jako ostateczna.

Co więcej, zamówienie, z uwagi na akcesoryjny charakter zamówienia dla realizowanego już zamówienia na wykonanie i wdrożenie Komponentu e-Turystyka, nie może być wykonane w terminie późniejszym. Usługa jest usługą doradczą i z uwagi na terminy realizacji udzielonego już zamówienia na dostawę i wdrożenie Komponentu e-Turystyka stanie się, w przypadku unieważnienia postępowania, bezprzedmiotowa, zatem postępowanie nie zostanie powtórzone. Unieważnienie oraz nieponowienie postępowania w sytuacji potwierzonego braku środków na zwiększenie wartości zamówienia, jest zatem zdarzeniem pewnym w przypadku uwzględnienia odwołania. Odwołujący nie ma więc realnej możliwości uzyskania zamówienia ani w ramach obecnego postępowania ani w ramach innego postępowania.

Następnie zamawiający wskazał na okoliczności przemawiające za oddaleniem odwołania. Wywód podzielono na dwie części — odnoszącą się do zarzutu braku odtajnienia dokumentów oraz do zarzutu nieodrzczenia ofert wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH i InfoStrategia z uwagi na rażąco niską cenę.

Brak odtajnienia dokumentów:

1)Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów w postaci wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, Zamawiający podnosi, że zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

2)Wykazanie istnienia przesłanek objęcia określonych informacji ochroną należy do wykonawcy zastrzegającego poufność informacji, a zasada jawności i transparentności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje Zamawiającemu dokonanie oceny przedstawionych przez wykonawców argumentów i dowodów. Podmiot zastrzegający informacje powinien dołożyć starań, ażeby wiarygodnie wyjaśnić, dlaczego zastrzeżone informacje zasługują na ochronę należną tajemnicy przedsiębiorstwa. Twierdzenia w tym zakresie powinny zostać uprawdopodobnione i jakkolwiek nie jest koniecznym składanie dowodów to sam wywód powinien być przekonujący.

3)Zarzut Odwołującego, że wszyscy wymienieni w odwołaniu wykonawcy nieprawidłowo zastrzegli poufność przedłożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest nieuzasadniony. Odwołujący zarzucił, że wykonawcy poprzestali na lakonicznych stwierdzeniach dotyczących tajności wyjaśnień, co nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym. W rzeczywistości przedstawili oświadczenia, które w ocenie Zamawiającego, dokonanej z uwzględnieniem charakteru zastrzeganych informacji, przekonująco uzasadniają objęcie przedłożonych wyjaśnień ochroną

4)Odnosnie przesłanki wartości gospodarczej wyjaśnień, dotyczą one każdorazowo sposobu kalkulacji ceny oferty, elementu kluczowego z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem KIO 1243/11 sposób kalkulacji ceny, w szczególności kosztów osobowych za jeden dzień pracy można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji, tym bardziej w sytuacji, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, gdy głównym elementem cenotwórczym jest koszt pracy pracowników. Okoliczność powyższa ma obecnie już charakter notoryjny, podobnie jak fakt, że kalkulacja ceny należy do obszaru informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa. Zatem w sytuacji, gdy wykonawca składa oświadczenie, że załączona do wyjaśnień kalkulacja ceny posiada dlań wartość gospodarczą gdyż wpływa na jego pozycję konkurencyjną, trudno oczekiwać od niego przedstawienia innych niż oświadczenie własne dowodów w tym zakresie, należy natomiast raczej zbadać, czy przedstawione oświadczenie o wartości gospodarczej przedstawionych informacji pozostaje w związku merytorycznym ze złożonymi wyjaśnieniami które faktycznie zawierają kalkulację poziomu zaangażowania personelu, kosztów ponoszonych przez wykonawcę oraz stawek tegoż personelu. Jeśli wyjaśnienia te zawierają powyższe informacje, teza, że złożone wyjaśnienia posiadają wartość gospodarczą zostaje potwierdzona.

a.Wykonawca ThinkIT Consulting w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa oświadczył, że informacje o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty jest to know-how Wykonawcy, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez Wykonawcę. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym — może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez Wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez Wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena (s. 6 wyjaśnień ThinkIT Consulting — część jawna). Oświadczenie powyższe pozostaje w związku z rzeczywistą treścią wyjaśnień, faktycznie zawierających informacje o sposobie kalkulacji ceny, zatem może stanowić wystarczający dowód dla uznania, że złożone wyjaśnienia posiadają wartość gospodarczą.

b.Wykonawca YBAH oświadczył na s. 2 , że wyjaśnienia ceny dostarczają informacji na temat stawek, cen, ofert handlowych czy sposobu wynagradzania pracowników i jako takie mają wartość dla wykonawcy, zaś ich ujawnienie może narazić spółkę na wrogie działania konkurencji. Uzasadnienie to jest syntetyczne, zawiera jednakże oświadczenie, którego prawdziwość Zamawiający mógł zweryfikować w oparciu o przedstawione wyjaśnienia, faktycznie zawierające stawki personelu, koszty Wykonawcy oraz sposób kalkulacji ceny. W zakresie, w jakim oczekiwane jest od Wykonawcy, wykazanie, że informacje objęte tajemnicą posiadają dlań wartość gospodarczą uzasadnienie to Zamawiający uznał za wystarczające.

c.Wykonawca InfoStrategia oświadczył, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą gdyż opisują sposób rozliczania kosztów prowadzonej działalności, stawki związane z usługami specjalistów a także sposób kalkulacji ofert. Ujawnienie tych informacji umożliwiłoby konkurencji zapoznanie się z metodami kalkulacji, identyfikacji ryzyk

biznesowych i ich minimalizacji a także warunkami handlowymi świadczonych usług (wyjaśnienia InfoStratega s.1-2). Również to oświadczenie ma potwierdzenie w przedstawionych wyjaśnieniach.

5) Kolejną przesłanką ochrony informacji jest aby informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie były łatwo dostępne dla takich osób Podobnie jak powyżej, charakter informacji w niniejszym postępowaniu powoduje, że trudno jest w tej mierze przedstawić dowody inne niż oświadczenia wykonawcy, którym można dać wiarę jeśli są logiczne, spójne i wiarygodne w świetle doświadczenia życiowego a także nie przeczą im inne zaoferowane dowody lub posiadane przez Zamawiającego informacje. Kalkulacja ceny dla potrzeb konkretnego postępowania stanowi szczególne zestawienie elementów takich jak jednostkowe lub uśrednione stawki wynagrodzeń, zakresy obowiązków oraz szacowany nakład pracy w ramach danego projektu. W powyższym zakresie:

a. Wykonawca ThinkIT Consulting oświadczył, że informacje o sposobie kalkulacji ceny nie zostały ujawnione publicznie, podobnie jak dowody załączone do wyjaśnień

b. Wykonawca YBAH oświadczył, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mogą być ujawnione podmiotom trzecim, co oznacza, że w chwili składania takiego oświadczenia ujawnione nie były

c. Wykonawca InfoStrategia oświadczył, że nie dopuścił do ujawniania informacji zawartych w wyjaśnieniach i nie były one dostępne dla osób nieuprawnionych.

Przedstawione powyżej oświadczenia Zamawiający uznał za wystarczające dla wykazania przesłanki aby informacje nie były powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji.

6) Ostatnią przesłanką jest, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W tym zakresie:

a. Wykonawca ThinkIT Consulting oświadczył, że podejmuje działania zmierzające do ochrony poufności takie jak wewnętrzne regulacje zapewniające ochronę informacji, indywidualne plany realizacji projektu oraz klauzule poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi. Przedstawił obowiązującą Politykę bezpieczeństwa informacji.

b. Wykonawca YBAH przedstawił umowę o świadczenie usług z postanowieniami dotyczącymi ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i zastrzeżeniem z tytułu naruszenia karę umowną.

c. Wykonawca InfoStrategia oświadczył, że podejmuje niezbędne działania zmierzające do ochrony informacji w ramach obowiązującego w jego przedsiębiorstwie systemu zarządzania jakością. Informacje są odpowiednio przechowywane i zabezpieczane przed dostępem osób trzecich Powyższe jest uzupełnione klauzulami tajemnicy w zawieranych umowach.

Przedstawione powyżej oświadczenia i dowody zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające dla uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH i InfoStrategia.

7) Z przezorności Zamawiający podnosi, że ewentualne nieprawidłowości w zakresie objęcia tajemnicą całości wyjaśnień wymienionych wyżej wykonawców nie miały istotnego wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, co wykazuje w dalszej części pisma, toteż nie zasługują, w świetle art. 554 ust. 1 pkt, 1 nowej pzp, na uwzględnienie.

Rażąco niska cena:

1) W zakresie zarzutu, że oferty złożone przez Wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący podniósł, że wykonanie zamówienia w zakresie określonym przedmiotem zamówienia za cenę zaoferowaną przez tych wykonawców jest niemożliwe. Odwołujący wskazał, że każda z ofert jest znacząco obniżona w stosunku do wartości, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, jak również średniej wartości z ofert nieodrzuconych. Zdaniem Odwołującego wynika to z faktu, że Wykonawcy nie doszacowali nakładu prac, niezbędnego do prawidłowej realizacji zamówienia, na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie jakości. Odwołujący podnosi, że to jego oferta zawiera cenę adekwatną do wartości zamówienia i intensywności prac w każdym z okresów realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto Odwołujący dokonuje szacunków nakładu pracy różnych specjalistów oraz w oparciu o dane o średnich wynagrodzeniach w poszczególnych grupach zawodowych ocenia, że nie jest możliwe sfinansowanie niezbędnego zespołu w ramach uzyskanego przez wykonawców wynagrodzenia.

2) Wobec powyższego Zamawiający wskazuje, że.

a) W procedurze rozeznania rynku otrzymał dwie wyceny na kwoty 165.600,00 zł oraz 725.000,00 zł. Jedna z wycen opiewa na kwotę zbliżoną do oferty Odwołującego, druga zbliżoną do ofert kwestionowanych w odwołaniu. Widać zatem wyraźnie, że w oparciu o założenia przedstawione przez Zamawiającego możliwe było różne podejście do oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Niewątpliwie dominującym elementem kosztotwórczym są koszty osobowe ponoszone przez Wykonawcę — na które ma wpływ skład zespołu, jego kwalifikacje oraz założone zaangażowanie w okresie realizacji Zamówienia.

b) Zamawiający nie narzucał wykonawcom minimalnego składu zespołu realizującego umowę, metodologii działania, niezbędnych nakładów ani poziomu zaangażowania. Podkreśla to zresztą sam Odwołujący w treści odwołania. Zamawiający oczekuje wsparcia merytorycznego w ramach projektu dostawy i wdrożenia Komponentu e-Turystyka, realizowanego przez innego wykonawcę. Rola wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest rolą doradczą, Wykonawca ma uczestniczyć w realizacji projektu, świadczyć wsparcie eksperckie i negocjacyjne Zamawiającemu, uczestniczyć w weryfikacji oraz odbiorach produktów, przedstawiać Zamawiającemu rekomendacje odnośnie podejmowanych decyzji projektowych. Rolą wiodącą w zespole Wykonawcy pełnić ma Kierownik Projektu — Projekt Manager wspierany w odpowiednim zakresie przez specjalistów i ekspertów własnej organizacji. Jedynie dla tej roli określone zostały w SIWZ minimalne wymagania w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

c) Przyjęty przez Odwołującego model zapewnienia Zamawiającemu wsparcia szerokiego grona ekspertów z różnych

dziedzin, odpowiadającego, co do zasady, rolom przewidzianym w zespole kluczowym Wykonawcy Komponentu jest poprawny, ale nie jedyny możliwy Model ten zapewnia udział w realizacji zamówienia specjalistów z różnych dziedzin

wyspecyfikowanych w Odwołaniu (s. 17 i 18). Model ten stał się następnie podstawą dokonania oszacowania nakładu pracy niezbędnego dla realizacji zamówienia, którego łączną pracochłonność Odwołujący szacuje na 501 dni roboczych. W konsekwencji Odwołujący szacuje koszt wynagrodzeń członków zespołu Wykonawcy, opierając się na średnich wynagrodzeniach podawanych w raportach firm eksperckich.

Takie podejście do oszacowania pracochłonności zamówienia obarczone jest jednak istotnymi wadami, oszacowanie nakładu pracy na poszczególne etapy i zadania projektu ma charakter czysto ekspercki. Każdy Wykonawca dokonywał go w oparciu o posiadaną wiedzę na temat projektu będącego przedmiotem zamówienia a także w oparciu o posiadane doświadczenie w realizacji podobnych projektów dla sektora publicznego. Wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu spełniali wymagania minimalne w tym zakresie, jednak nie sposób nie zauważyć, że w grupie Wykonawców oferujących niską cenę są Wykonawcy posiadający znaczne i wieloletnie doświadczenie w tym zakresie.

Oszacowanie Odwołującego nie uwzględnia możliwości łączenia kompetencji przez członków zespołu (czego SIWZ nie wyklucza i nie ogranicza). Wystarczy bowiem, że Project Manager posiadać będzie kompetencje umożliwiające mu, przykładowo, udzielanie niezbędnego wsparcia w zakresie organizacji i zarządzania projektami oraz analizy i architektury systemów informatycznych, by znacząco zmniejszyć szacowaną pracochłonność projektu, gdyż w zadaniach, w których zdaniem Odwołującego, niezbędny jest udział obu ekspertów (Project Managera i Specjalisty ds. analizy i architektury systemów IT) brać udział będzie tylko jedna osoba. Dotyczy to zwłaszcza czynnego udziału w spotkaniach, procedurach i testach, które w przypadku „zblokowania” kompetencji będą wymagały mniejszego, niż pierwotnie zakładany, nakładu pracy. Już tylko połączenie wskazanych powyżej ról zmniejsza wymagany nakład pracy (w modelu Odwołującego) o ponad 150 dni roboczych (zaangażowanie Project Managera Odwołujący szacuje na ok 162 dni robocze a Specjalisty ds. analizy i architektury systemów IT na 166 dni roboczych).

W wyjaśnieniach do ofert Wykonawcy deklarują różny skład zespołu wspierającego Project Managera — co wskazuje nie tylko na łączenie kompetencji ale i na różną indywidualną sytuację każdego z wykonawców. Jak się wydaje, błąd Odwołującego wynika z założenia, że wymagania dla Project Managera określone w SIWZ określają zarazem jego kwalifikacje, co powoduje, że wykorzystanie dodatkowych kompetencji wymaga zaangażowania dodatkowych ekspertów. Jak jednak wynika z porównania przedstawionych wyjaśnień, wsparcie dla Project Managera nie jest w ofertach poszczególnych wykonawców tożsame — jeden z nich deklaruje udział w projekcie „testera” (i to w znacznym wymiarze obejmującym udział we wszystkich etapach projektu), co wskazuje na posiadanie przez tę osobę kwalifikacji wykraczających poza rolę testera oprogramowania. Inny Wykonawca deklaruje udział szerszego zespołu, w składzie którego jednak nie wyróżniono roli testera, wyróżniono natomiast rolę „Inżyniera IT”. Jak widać, Wykonawcy wykorzystali możliwość użycia w ramach projektu przez jednego eksperta różnych posiadanych przez nich kwalifikacji i doświadczeń, co zresztą jest typowe dla projektów doradczych. Umiejętność stworzenia efektywnego zespołu z posiadanego personelu, wykorzystującego różne kwalifikacje i doświadczenia zawodowe, należy do know-how Wykonawców, wykorzystujących w ten sposób posiadane przewagi konkurencyjne (w tym przypadku dysponowanie zespołem ekspertów posiadających wiedzę i doświadczenie niezbędne dla zapewnienia wsparcia w różnych fazach projektu). Korzystania z takich możliwości przez Wykonawców w celu zaoferowania korzystniejszej ceny nie można zakwestionować,

Prócz kumulowania kompetencji członków zespołu, Wykonawcy niewątpliwie różnie oszacowali niezbędny nakład pracy na realizację zamówienia. Ujawniły się w wyjaśnieniach dwa podejścia — zastosowany m.in. przez Odwołującego model opierający się na mniej lub bardziej szczegółowych estymacjach dotyczących nakładu pracy potrzebnego dla realizacji danego zadania oraz model opierający się na założeniu określonego zaangażowania „etatowego” personelu w całym okresie, w którym Zamawiający przewiduje na realizację zamówienia. Oba modele wydają się możliwe do zaakceptowania i zależą m.in. od sposobu, w jaki dany Wykonawca zamierza wykorzystać posiadany personel. Wskazać jednak w tym miejscu należy że podejście opierające się na estymacji czasu pracy niesie ryzyko niedoszacowania lub przeszacowania niezbędnego zaangażowania dla przykładu Odwołujący przyjął, jak wynika z Odwołania, założenie, że każde spotkanie przewidywane przez Zamawiającego angażować będzie personel Wykonawcy w wymiarze co najmniej pełnego dnia roboczego (czasem więcej, w przypadku planowanego udziału w spotkaniach kilku członków personelu). Jest to założenie ostrożne, jednak, jak się wydaje, przesadne, większość spotkań projektowych bowiem nie angażuje uczestników w tak znacznym wymiarze czasu. Rozpowszechnienie się formuły kontaktów on-line również sprzyja skracaniu spotkań projektowych do wymiaru niezbędnego oraz do udziału w nich dodatkowych ekspertów jedynie w koniecznym zakresie Zamawiający podkreśla że wszyscy wykonawcy wyjaśniający zaoferowaną cenę przedstawili oszacowanie nakładu pracy na realizację projektu, Zarazem, w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do zakwestionowania przedstawionego oszacowania nakładu pracy, gdyż różnice pomiędzy Wykonawcami wynikać mogą z różnego oszacowania realnych potrzeb w tym zakresie oraz przyjęcia różnych modeli współpracy z Zamawiającym.

Wszyscy Wykonawcy zaoferowali rynkowe stawki wynagrodzenia specjalistów. Zadeklarowali korzystanie ze wsparcia osób prowadzących własną działalność gospodarczą.

Ponadto Wykonawcy wykorzystali możliwość ograniczenia przypadających na wykonanie projektu kosztów stałych rozkładających się na realizowane równoległe przedsięwzięcia. Jakkolwiek niedozwolone jest pokrywanie kosztów usług z przychodów pochodzących z innego projektu (finansowanie skrośne), jednak podział kosztów związanych z zaangażowaniem personelu oraz potencjału rzeczowego firmy pomiędzy realizowane równoległe projekty umożliwia zaoszczędzenie kosztów i zwiększenie rentowności projektu Z finansowaniem skrośnym nie mamy do czynienia jeśli przewidywane zaangażowanie wykonawcy w realizację projektu znajduje adekwatne odzwierciedlenie po stronie przychodowej — w stawce miesięcznej wynagrodzenia personelu, w odrębnej, zryczałtowanej stawce „za prowadzenie projektu”, lub też w szczegółowej kalkulacji kosztów rzeczowych i administracyjnych. Każde z powyższych podejść może być zaakceptowane, jeśli przedstawiona kalkulacja wskazuje na uwzględnienie w niej kosztów tej kategorii.

Na koniec wskazać należy, że Wykonawcy w wyjaśnieniach wskazali na inne okoliczności umożliwiające zaoszczędzenie kosztów oraz minimalizację ryzyka projektowego, jak znajomość klienta, wiedzę na temat projektu wynikającą z innych realizowanych projektów lub też doświadczenia wynikające z realizacji licznych projektów

podobnych.

Wykonawcy uwzględnili w przedłożonych kalkulacjach marżę zysku.

Odnosząc się do strony dowodowej przedstawionych wyjaśnień, co do zasady, należy przyjąć, że Wykonawca składając wyjaśnienia powinien na ich potwierdzenie przedłożyć dowody, które pozwolą Zamawiającemu zweryfikować wiarygodność tych wyjaśnień i ich zasadność. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.

O tym jednak, czy dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez Wykonawcę. Jeżeli okoliczności, jakie przywołuje w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, to wówczas trudno jest oczekiwać od Wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne Wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie w znacznej mierze na wyjaśnieniach Wykonawcy.

W niniejszym postępowaniu szacunki Wykonawców wskazują na zróżnicowanie podejść do kalkulacji ceny, jednak nie jest rolą Zamawiającego narzucanie metodyki kalkulacji czy też wymaganie od wykonawców by w kalkulacjach przedstawili koszty realizacji projektu w rozbiciu na poszczególne, wskazane przez Zamawiającego role. Wykonawca ma przedstawić swoją kalkulację w sposób, w jaki ją faktycznie przeprowadził i który może okazać się wystarczający dla potwierdzenia jej realności. W szczególności możliwe jest, że określone koszty zostały uwzględnione w kwotach ryczałtowych np. zaoferowanych przez podwykonawcę i przez to nie jest możliwe ich wykazanie z podaniem roboczo godzin/ roboczodni w podziale na poszczególne role.

Przedstawione wyjaśnienia wskazują, że możliwe było zróżnicowane podejście do kwestii sposobu realizacji umowy doradczej z szerszym lub węższym wykorzystaniem posiadanego przez Wykonawcę personelu, co miało wpływ na szacowane koszty. Zamawiający w powyższym zakresie postawił określone wymagania jedynie wobec roli Project Managera, nie ma zatem możliwości polemizowania z decyzjami wykonawców co do zakresu koniecznego wsparcia tej roli przez innych ekspertów. Możliwe było też zróżnicowane podejście do oszacowania pracochłonności poszczególnych zadań i etapów w ramach projektu, w zakresie tym Zamawiający postawił jedynie minimalne wymagania odnośnie udziału w spotkaniach projektowych, poza tym określając zakres zadań wykonawcy w aspekcie funkcji, jakie spełniać ma świadczona usługa. W ocenie Zamawiającego wszyscy Wykonawcy uwzględnili w kalkulacjach nakład pracy niezbędny dla wykonania zleczanych im zadań, różnice pomiędzy przewidywaną przez Wykonawców pracochłonnością projektu (wynikające nie wprost ze złożonych ofert, Zamawiający bowiem nie wymagał dokonania takiego oszacowania, lecz raczej z własnych szacunków opierających się na deklarowanych przez Wykonawców stawkach wynagrodzenia ekspertów) mogą wynikać z odmiennych założeń przyjętych przez Wykonawców dla kalkulacji. Brak jednak jest podstaw do zarzucenia któremukolwiek z Wykonawców, że zaoferowana przezeń cena nie jest realna i nie pozwala na wykonanie zamówienia.

W przypadku ofert złożonych przez wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską zdefiniowaną w piśmiennictwie i orzecznictwie.

Wykonawcy przedstawili konkretne wyjaśnienia, które, w kontekście specyfiki oferowanej usługi, wskazały wszelkie czynniki mające wpływ na jej cenę i potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. Przedstawili w tym zakresie przekonującą argumentację popartą adekwatnymi dowodami.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ThinkIT Consulting Sp. z o.o. ul. Syta 68A, 02-993 Warszawa

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący podkreślił, że zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania. Wykonawcy nie wykazali, a tym bardziej nie dowiedli zasadności zastrzeżenia informacji mających zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa. Za niedostateczne uzasadnienie uznał deklarację o prowadzonej polityce bezpieczeństwa. Przypomniał warunki zamówienia, w tym wymagania dot. personelu w umowie realizowanej od 9 lutego 2021 r. i związek z przedmiotem umowy, gdzie § 2 podano zakres wymagań, co do których należy mieć określone kwalifikacje. Oceniał, że w kwestionowanych ofertach szereg ze wskazanych zadań nie został uwzględniony przy kalkulowaniu ceny. Stwierdził, że zamawiający bezkrytycznie uznał za zasadne zastrzeżenie tajemnicy przez wykonawców i nie dokonywał badania istnienia przesłanek.

Odnosnie braku interesu wskazanego w odpowiedzi na odwołanie z uwagi na cenę oferty odwołującego i kwotę przewidzianą do wydatkowania z różnicą około 20 tysięcy zł. Wskazał ogłoszenie o umowie zawartej na kwotę 2 197 000 zł przy planowanym wydatku 5 797 165 zł i możliwych z tego tytułu wydatkach z kwoty zaoszczędzonej. Wskazał na wzór umowy, z którego wynika potrzeba wykonania określonych czynności w ciągu zdefiniowanego wymiarem godzin, dnia roboczego, odbycia szeregu spotkań bezpośrednich, w tym w siedzibie zamawiającego i dokumentowania tych czynności. Wskazał na protokół komisji przetargowej z 21 stycznia 2021 r. zawierający analizę otrzymanych wyjaśnień dotyczących cen i stwierdził, że ocena komisji nie zawiera rzeczowej oceny a jedynie porównanie wzajemne kwot zaoferowanych. Przypomniał, że należy uwzględnić wymóg stałego project managera z określonym wynagrodzeniem oraz spełnić pozostałe warunki umowy zarówno w sferze organizacyjnej jak i kompetencyjnej. Z umowy wywodzi potrzebę wieloosobowego składu pracowników. Zauważył, że Project Manager nie może realizować w całości zamówienia. Podkreślił poziom koniecznych kompetencji, liczbę i czas spotkań, ewentualne ryzyko wynikające z współpracy z wykonawcą umowy podstawowej. Odnosnie zarzutów popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przywołał uzasadnienie z odwołania.

Wniósł, jak w odwołaniu, alternatywnie o nakazanie odtajnienia informacji zawierających wyjaśnienia trzech wykonawców w zakresie kalkulacji ceny ofertowej z wyłączeniem stawek osobowych wynagrodzenia.

Zamawiający podtrzymał informacje o możliwościach finansowania zamówienia wskazane w piśmie. Stwierdził, że ewentualne ponowne postępowanie zakończyłoby się również z tych przyczyn unieważnieniem, a ponowne nie byłoby podjęte. W zakresie zastrzeżenia tajemnicy uznał za zasadne zastrzeżenie przez wykonawców metody kalkulacji konkretnej ceny ofertowej oraz zastrzeżeń wynikających z zawartych przez tych wykonawców umów.

Odnosnie zarzutów do zaoferowanych cen podtrzymał stanowisko z pisma i zauważył, że trzech wykonawcy przyjęli dopuszczalny podobny model project managera wspieranego przez określonych specjalistów (str. 6 i następne pisma). Zauważył także, że w warunkach pandemii naturalne będzie ograniczenie bezpośrednich kontaktów uczestników w toku

realizacji umowy. Zauważył, że czym innym jest doradztwo i nadzór stanowiące przedmiot umowy w niniejszym postępowaniu, a czym innym realizacja umowy – wykonawstwo.

Okazał zastrzeżone kalkulacje trzech kwestionowanych ofert.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Wskazał na treść zastrzeżonych informacji, w tym kalkulację ceny oraz politykę bezpieczeństwa, uznając zastrzeżenie informacji za prawidłowe, podobnie jak ocenił to zamawiający. Zauważył, że odwołujący także potwierdził, iż nie narzucano w postępowaniu metodologii nakładów minimalnej liczby osób do wykonania zamówienia (strona 8 i 28 odwołania). Stwierdził za zamawiającym, że z przedmiotu obydwu umów nie wynika ich równoważność odbierana jak jeden do jednego. Stwierdził, że kalkulacja przedstawiona zamawiającemu (strona 7), która została zastrzeżona, jest rzeczywista i sporządzona na potrzeby zamówienia. Stwierdził, że w ofercie uwzględnił wynagrodzenie znacząco przewyższające minimalne wynagrodzenie za pracę.

Ocenił, że odwołujący nie udowodnił postawionych zarzutów.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza** rozpoznając odwołanie na rozprawie

z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składają się w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia, wzór umowy, treść ofert złożonych zamawiającemu, a także treści wyjaśnień udzielonych zamawiającemu w toku badania i oceny ofert, mając nadto na względzie stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej. Skład orzekający nie podziela stanowiska zamawiającego, iż w niniejszej sprawie zachodzi okoliczność szczególna, powodująca, że postępowanie o udzielenie zamówienia w przypadku potwierdzenia zarzutów będzie musiało zostać unieważnione i nie zostanie ponowione z uwagi na brak możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia do wysokości umożliwiającej sfinansowanie zamówienia udzielonego odwołującemu. Brak jest przekonującego dowodu o niemożności podwyższenia budżetu zamawiającego o kwotę nieznaczącej wysokości.

W odniesieniu do kolejnych zarzutów skład orzekający stwierdził ich niezasadność

Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia dokumentów w postaci wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, uznaje się, że wykonawcy, których oferty są kwestionowane, skutecznie wykazali zasadność zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez prawidłowe wykazanie ustawowych przesłanek objęcia określonych informacji ochroną. Szczególnie istotna jest w sprawie przesłanka wartości gospodarczej wyjaśnień, które dotyczą sposobu kalkulacji ceny oferty, elementu kluczowego z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.

Niesporne w sprawie jest, że podstawowy element koszt- i ceno-twórczy przedmiotu zamówienia to koszty osobowe, za którymi stoi Project Manager i osoby przewidziane do udziału w pracach.

Przedstawione przez wykonawców oświadczenia i dowody zostały zasadnie uznane przez zamawiającego za wystarczające dla uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH i InfoStrategia.

W zakresie zarzutu, że oferty złożone przez Wykonawców ThinkIT Consulting, YBAH oraz InfoStrategia zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący podniósł, że wykonanie zamówienia za cenę zaferowaną przez tych wykonawców jest niemożliwe. Prawdą jest, że każda z tych ofert jest znacząco obniżona w stosunku do wartości, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, jak również średniej wartości z ofert nieodrzuconych. Jednakże nie wynika to z faktu, że wykonawcy nie doszacowali nakładu prac, niezbędnego do prawidłowej realizacji zamówienia, na oczekiwanym i wymaganym poziomie jakości. Nie kwestionując poprawności wyceny własnej dokonanej przez odwołującego, jako wskazującej na cenę adekwatną do wartości zamówienia i intensywności prac w każdym z okresów realizacji przedmiotu zamówienia, zauważyć należy, że zastosowana metodologia dla tej oferty nie była jedyną możliwą i jedyną dopuszczalną.

Przedmiotowa usługa może być wyceniona w różny sposób, z których każdy prowadzić może do znacząco różnego rezultatu w postaci wysokości ceny. Już w toku rozeznania rynku zamawiający otrzymał dwie wyceny z kwotą 165.600,00 zł jedna oraz 725.000,00 zł druga i obie zostały przedstawione przez profesjonalne podmioty funkcjonujące na rynku.

Możliwe i podobne w skali różnice cenowe pojawiły się następnie w złożonych ofertach i też w ocenie zamawiającego nie zaistniały przesłanki do ich kwestionowania, w szczególności ofert o cenach niższych.

Izba podziela w konsekwencji stanowisko zamawiającego, że w oparciu o przyjęte przez niego założenia wyrażone w warunkach postępowania, możliwe było różne podejście do oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Na wspomniany dominujący element, którym są koszty osobowe ponoszone przez wykonawcę, wpływ ma skład zespołu, jego kwalifikacje oraz założone zaangażowanie w okresie realizacji usługi. Zamawiający nie narzucił minimalnego składu zespołu realizującego umowę, metodologii działania, niezbędnych nakładów. Potwierdził to również odwołujący w treści odwołania. Rola wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest rolą doradczą, wykonawca ma uczestniczyć w realizacji, świadczyć wsparcie eksperckie i negocjacyjne zamawiającemu, uczestniczyć w weryfikacji oraz odbiorach produktów, przedstawiać Zamawiającemu rekomendacje odnośnie podejmowanych decyzji projektowych. Niezbędną wymaganą w zespole postacią Kierownik Projektu — Projekt Manager wspierany w przez specjalistów i ekspertów własnej organizacji. Dla tej konkretnej roli określone zostały w SIWZ minimalne wymagania w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. W pozostałym zakresie sposób zaangażowania, wielkość zespołu pozostawiony jest rozwiązaniu ustalonym przez wykonawcę.

Przyjęty przez odwołującego model zapewnienia wsparcia szerokiego grona ekspertów z różnych dziedzin, odpowiadającego, co do zasady, rolom przewidzianym w zespole kluczowym Wykonawcy jest poprawny, ale nie jedyny możliwy Model ten zapewnia udział w realizacji zamówienia specjalistów z różnych dziedzin. Prezentowane przez niego podejście do oszacowania pracochłonności zamówienia jakkolwiek poprawne, nie pozwala na oszczędniejszą metodę wykonania. Taką zaś przyjęła grupa wykonawców oferujących niższą cenę. Również tym wykonawcom trudno odmówić doświadczenia i profesjonalizmu na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia. Jednym z możliwych rozwiązań

możliwość łączenia kompetencji przez członków zespołu, również Project Manager może wykonywać czynności udzielania niezbędnego wsparcia w zakresie organizacji i zarządzania projektami oraz analiz i architektury systemów informatycznych, by zmniejszyć szacowaną pracochłonność projektu.

Możliwe jest także ograniczenie wielkości udziału w spotkaniach, procedurach i testach, które przy połączeniu kompetencji będą wymagały mniejszego nakładu pracy. W wyjaśnieniach do ofert wykonawcy deklarowali różny skład zespołu, co wskazywało na łączenie kompetencji i na różną indywidualną sytuację każdego z wykonawców. Jak wynika z porównania wyjaśnień, wsparcie dla Project Managera nie jest w ofertach poszczególnych wykonawców tożsame, jeden z nich deklaruje udział w projekcie „testera” w wymiarze obejmującym udział we wszystkich etapach, co wskazuje na posiadanie przez tę osobę szerokich kwalifikacji. Wykonawcy wykorzystali możliwość użycia w ramach projektu przez jednego eksperta różnych posiadanych przezeń kwalifikacji i doświadczeń, co jest częstym rozwiązaniem stosowanym w usługach doradczych. Korzystania z takich możliwości przez w celu zaoferowania korzystniejszej ceny nie można zakwestionować. Ponadto wykonawcy różnie oszacowali niezbędny nakład pracy na realizację zamówienia. W wyjaśnieniach wskazano dwa modele — zastosowany m.in. przez Odwołującego opierający się na mniej lub bardziej szczegółowych wyliczeniach nakładu pracy dla realizacji zadania oraz model opierający się na założeniu określonego zaangażowania „etatowego” personelu w całym okresie, w którym zamawiający przewiduje na realizację zamówienia. Oba modele są możliwe do stosowania.

W konsekwencji brak jest podstaw do zakwestionowania przedstawionego oszacowania nakładu pracy, gdyż różnice pomiędzy Wykonawcami wynikać mogą z różnego oszacowania różnych modeli współpracy z zamawiającym.

Odnosząc się do strony dowodowej przedstawionych wyjaśnień należy uznać, że są one wiarygodne i uzasadnione. Przyjmując zasadność metody kalkulacji należy zauważyć, że skalkulowana stosunkowo na niskim poziomie w stosunku wyceny odwołującego cena została zaoferowana przez kilku wykonawców realnie działających na rynku, a zatem nie była ona przypadkowa. Skoro zatem bez uchybień metodologicznych możliwe było i jest wyliczenie ceny na poziomie kwestionowanym w odwołaniu, zarzut zaoferowania cen rażąco niskich w trzech ofertach, jest niezasadny.

Zarzut związany z niespełnianiem przez oferty tych wykonawców wymagań SIWZ oraz popełnienia przez nich czynu nieuczciwej konkurencji są pochodne wobec zarzutu zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny, stają się bezprzedmiotowe wobec ustalenia, że zarzut podstawowy uznano za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....