Sygn. akt: KIO 436/21
Sygn. akt: KIO 437/21

WYROK
z dnia 30 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2021 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu **9 luty 2021 r.** przez wykonawcę: **Econe Consulting Sp. z o.o.,ul. Wołkowyska 17, 61-132 Poznań** (sygn. akt: KIO 436/21)

B.w dniu **9 luty 2021 r.** przez wykonawcę: **B. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TechKoncept B. H., ul. Marcelińska 61/1, 60-354 Poznań** (sygn. akt: KIO 437/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, ul. Krucza 38/42, 00-926 Warszawa** przy udziale:

A.wykonawców **Eco5tech S.A., ul. Filtrowa 65/45, 02-055 Warszawa**oraz **Avility Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 436/21** po stronie zamawiającego

B.wykonawców **Eco5tech S.A., ul. Filtrowa 65/45, 02-055 Warszawa; Avility Sp.z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** oraz **Econe Consulting Sp. z o.o., ul. Wołkowyska 17, 61-132 Poznań**zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 437/21** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A i B. oddala oba odwołania;

2 . kosztami postępowania obciąża **Econe Consulting Sp. z o.o., ul. Wołkowyska 17,61-132 Poznań** i **B. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TechKoncept B. H., ul. Marcelińska 61/1, 60-354 Poznań** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez Econe Consulting Sp. z o.o., ul. Wołkowyska 17, 61-132 Poznańi B. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TechKoncept B. H., ul. Marcelińska 61/1, 60-354 Poznań tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. 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 436/21
Sygn. akt: KIO 437/21

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *"OPRACOWANIE KONCEPCJI SYSTEMU TELEINFORMATYCZNEGO ORAZ ŚWIADCZENIE USŁUG ASYS EKSPERCKIEJ ZWIĄZANYCH Z REALIZACJĄ PROJEKTU PN. „ZINTEGROWANY SYSTEM OGRANICZA NISKIEJ EMISJI (ZONI*, znak sprawy: BAF.260.16.2020*;* zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 770617 - N - 2020, data zamieszczenia 22.12.2020 r., przez Skarb Państwa - Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, ul. Krucza 38/42, 00-926 Warszawa zwana dalej: *„Zamawiającym"*.

W dniu 04.02.2020 r. Zamawiający (e-mailem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postepowaniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 19 oraz art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp - Econe Consulting Sp. z o.o., ul. Wołkowyska 17, 61-132 Poznań zwana dalej: *„Econe Consulting Sp. z o.o.* albo *„Odwołującym w sprawie KIO 436/21* albo *„trzecim Przystępującym w sprawie KIO 437/21*. Dodatkowo poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp p. B. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TechKoncept B. H., ul. Marcelińska 61/1, 60-354 Poznań zwanego dalej: *„TechKoncept B. H.'* albo *„Odwołującym w sprawie KIO 437/21'*.

W zakresie pierwszego Wykonawcy. Brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie oraz w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wykluczył eCone Consulting sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, ponieważ Wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie. Katalog przesłanek wskazanych w art. 24 Pzp skutkujących wykluczeniem Wykonawcy z postępowania jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wystąpienie którejkolwiek z przesłanek obliguje Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Jedną z przesłanek, mieszczącą się w powyższym katalogu, skutkującą wykluczeniem Wykonawcy z postępowania jest wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp należy rozpatrywać w związku z art. 24 ust. 10 Pzp, który przewiduje, że przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający jest obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, co zamawiający wskazuje w protokole postępowania. W takim przypadku wykonawca powinien wyjaśnić dlaczego czynności związane z przygotowaniem postępowania, wykonywanie przez niego, jego pracownika, a także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie spowodują naruszenia uczciwej konkurencji. Należy zatem uznać, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, Zamawiający wyklucza Wykonawcę, który:
1) brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca

pracę na podstawie umowy zlecenia, dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu,
2) nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, mimo że Zamawiający zapewnił temu wykonawcy możliwość udowodnienia braku zakłócenia konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy (pismo z 22.01.2021 r.) o złożenie wyjaśnień oraz udowodnienie, że udział Wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, podkreślając, że wyjaśnienia Wykonawcy muszą być skoncentrowane przede wszystkim na wykazaniu, że udział w przygotowaniu Studium Wykonalności oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego, w tym wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem ww. opracowań, nie doprowadził do przewagi w stosunku do pozostałych Wykonawców, w szczególności do możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania dodatkowych informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach przedmiotowego postępowania.

Pismem z 28.01.2021 r. Wykonawca eCone Consulting sp. z o.o. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że firma *„na mocy umowy z dnia 15.07.2019 r. o nr II/606/P/15095/4300/19/DGN, wykonała na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii usługę pn. „Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji". W ramach usługi, przy współpracy zamawiającego (MPiT), powstał Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI), Studium Wykonalności i harmonogram wymienionego powyżej projektu."* Wykonawca podniósł między innymi, że nie jest mu znany zakres i przedmiot dokonanych zmian i w konsekwencji treść aktualnego Studium Wykonalności oraz harmonogramu realizacji projektu, wskazując jednocześnie, że „w ramach studium nie znalazły się jakiekolwiek zapisy dotyczące aktualnego postępowania (…)". Poinformował również, że nie posiadał jakichkolwiek informacji, do których dostępu nie posiadali inni Wykonawcy na rynku, a także że jego pozycja konkurencyjna nie była i nie jest korzystniejsza od innych Wykonawców. Poinformował również, że *„Każdy Wykonawca miał i ma równy, niczym nieograniczony dostęp do wszystkich dokumentów projektowych, w tym do aktualnego Studium Wykonalności, które pozyskać mógł i może zarówno od Zamawiającego, który jest zobowiązany do ich przekazania w trybie dostępu do informacji publicznej jak i od podmiotów dystrybuujących środki unijne w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.* Ponadto – *„Zdaniem Wykonawcy (…) rezultat prac Wykonawcy z 2019 r. w postaci ówczesnego Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji" nie mógł być bezpośrednio wykorzystany przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu."*

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę stwierdził, co następuje. Bezsprzeczne jest, że eCone Consulting sp. z o.o., na mocy umowy z dnia 15.07.2019 r. o nr II/606/P/15095/4300/19/DGN, wykonała na rzecz ówczesnego Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii usługę pn. *„Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji*. W ramach usługi, przy współpracy Zamawiającego (MPiT), powstał Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI), Studium Wykonalności i harmonogram wymienionego powyżej projektu. Wynik prac został przekazany Zamawiającemu (MPiT) w dniu 20.09.2019 r. Studium Wykonalności zostało wykonane zgodnie z wymaganiami konkursu POPC 2.1 według udostępnionego wnioskodawcom szablonu, precyzyjnie określającego zarówno zawartość dokumentu, jak i kryteria jego oceny. Cała wiedza Wykonawcy na temat przedmiotowego projektu została ujęta w treści dostarczonych produktów. Studium Wykonalności wraz z harmonogramem stanowiły załącznik do Wniosku o dofinansowanie. W wyniku postępowania konkursowego (w ramach naboru nr: POPC.02.01.00-IP.01-00-013/19 Program Operacyjny Polska Cyfrowa na lata 20142020 oś priorytetowa I *„E-administracja i otwarty rząd" Działanie 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych runda aplikacyjna: V od 27 sierpnia 2019 r. do 15 października 2019 r.) Wniosek, a co za tym idzie projekt, nie uzyskał dofinansowania. (…) projekt po zmianach, w tym instytucjonalnych (zmiana wnioskodawcy z MPiT na GUNB), w trybie pozakonkursowym został wybrany do dofinansowania 8 października 2020 r.'*.

Niemniej wskazać należy, że aktualna treść Studium Wykonalności złożonego w trybie pozakonkursowym, co do zasady odpowiada wersji przedłożonej przez Wykonawcę w pierwotnej wersji w ramach zawartej umowy z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii. Wprowadzone zmiany wynikały z uwag ekspertów Centrum Projektów Polska Cyfrowa, oceniających wniosek o dofinansowanie projektu ZONE w ramach naboru konkursowego i co należy podkreślić – nie dotyczyły głównych założeń projektu informatycznego. Wprowadzone zmiany i poprawki precyzowały treść dokumentu, nie modyfikując jego istotnych założeń i postanowień. Żadnych zmian nie wprowadzono również w analizie finansowej przygotowanej przez Wykonawcę, która uwzględniała chociażby kwotę przeznaczaną na przedmiotowe zamówienie. Zmian tych nie sposób było dokonać z przyczyn obiektywnych, wynikających z założeń przyjętych w Opisie Założeń Projektu Informatycznego pozytywnie ocenionego przez Komitet Rady Ministrów ds. Cyfryzacji. Wykonawcy znany był koszt wydatków (369.000 zł brutto) przewidywany na Usługę Wsparcia – tak została bowiem zdefiniowana na poziomie Studium Wykonalności, która w niniejszym postępowaniu została określona jako *„opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego oraz świadczenie usług asysty eksperckiej związanych z realizacją projektu pn. „Zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (ZONE)*. Natomiast na poziomie *„Harmonogramu realizacji projektu*' w lp. 3, lp. 4 i lp. 5 (zawartego w Studium Wykonalności), posłużono się sformułowaniem odnoszącym się do konkretnego zadania, polegającego na:
1) *„Przeprowadzeniu zamówienia publicznego na wybór firmy doradczej'* (lp. 3),
2) *„Wyborze firmy doradczej oraz podpisanie umowy'* (lp. 4),
3) *„Opracowaniu SIWZ i koncepcji systemu'* (lp. 5) - co uwzględnia i mieści się w pojęciu Usługi Wsparcia.

Wykonawca posiadał więc dostęp do kluczowych informacji (np. w zakresie ceny zamówienia Usługi Wsparcia, harmonogramu realizacji projektu), do której dostępu nie mieli inni Wykonawcy. Nie bez znaczenia pozostaje także, że dokumenty te – Studium Wykonalności oraz analiza finansowa projektu ZONE – nie zostały nigdy udostępnione publicznie, nie stanowiły jednocześnie załączników do dokumentacji przetargowej. Nie sposób jednocześnie zgodzić się z Wykonawcą, że *„każdy Wykonawca miał i ma równy, niczym nieograniczony dostęp do wszystkich dokumentów projektowych, w tym do aktualnego Studium Wykonalności, które pozyskać mógł i może zarówno od Zamawiającego, który jest zobowiązany do ich przekazania w trybie dostępu do informacji publicznej jak i od podmiotów dystrybuujących środki unijne w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.*. Na tym etapie projektu nie ma możliwości uzyskania informacji w trybie dostępu do informacji publicznej do całości dokumentu projektowego w postaci Studium Wykonalności. Zgodnie z informacją umieszczoną na stronie internetowej // – *„Dokumenty i informacje, w tym wniosek o dofinansowanie i studium wykonalności, nie są udostępniane w trybie przepisów udip'* (art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej /ustawa z dnia z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818 ze zm.)/ w zw. z art. 1 ust. 2 udip /ustawa z dnia 18 listopada 2020 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 2176)/).

Wiedzę w powyższym zakresie, posiada tylko i wyłącznie eCone Consulting sp. z o.o. – wiedzy, w tym zakresie nie mieli pozostali wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu. Inne dokumenty wskazywane przez Wykonawcę są publicznie dostępne, nie stanowią jednak takiego źródła informacji, jak treść Studium Wykonalności, która

szczegółowo opisuje istotne elementy budowy systemu informatycznego, poprzedzającego w istocie stworzenie koncepcji tego systemu. Studium Wykonalności stanowi pierwszy dokument koncepcyjny, opisujący budowę systemu teleinformatycznego (okoliczność potwierdzona przez Wykonawcę), która następnie będzie *„rozszerzana i rozbudowywana'* w ramach przedmiotowej koncepcji systemu teleinformatycznego w oparciu o niniejsze zamówienie. Istotnymi elementami Studium Wykonalności było przecież m.in.:
1) dokonanie analizy instytucjonalnej, prawnej, analizy odbiorców i interesariuszy, popytu, wariantów,
2) określenie produktów projektu, w tym systemu informatycznego oraz usług i ich funkcjonalności, jakości i bezpieczeństwa oprogramowania,
3) dokonanie analizy technicznej systemu IT, w tym planowanej architektury rozwiązania, standardów architektonicznych i technologicznych, infrastruktury,
4) sporządzenie analizy finansowej i ekonomicznej projektu, w tym określenie: ich założeń, nakładów na realizację projektu, kosztów eksploatacyjnych, generowania przychodu, zestawienia przepływów pieniężnych projektu, określenia źródeł finansowania oraz wartości wskaźników efektywności finansowej projektu, analizy trwałości finansowej, analizy kosztów i korzyści, jak również określenia środków finansowych przeznaczonych na realizację poszczególnych zadań projektu (włącznie z przedmiotowym zamówieniem), w tym kwoty przeznaczonej na Usługę Wsparcia, inaczej „opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego oraz świadczenie usług asysty eksperckiej związanych z realizacją projektu pn. „Zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (ZONE)", w wysokości 369.000 zł brutto,
5) sporządzenie metodyki zarządzania projektem (metoda prowadzenia projektu, struktura zespołu projektowego, prototypy),
6) określenie harmonogramu i kontroli postępów w projekcie oraz analizowania i monitorowania ryzyka.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Niewątpliwie w sprawie doszło do zakłócenia konkurencji, które mimo udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 Pzp, nie zostało wyeliminowane. Nie ulega wątpliwości, że eCone Consulting sp. z o.o. brała udział w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu Studium Wykonalności (wraz z analizą finansową) oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego tego systemu. Tym samym, jako autor ww. opracowań Wykonawca miał dostęp do informacji, których pozbawieni byli inni Wykonawcy, z uwagi na fakt, iż opracowania te nie stanowiły Załącznika do SIWZ. Co istotne, w przeciwieństwie do pozostałych Wykonawców, eCone Consulting sp. z o.o. posiadał wszystkie kluczowe – z punktu widzenia przygotowania oferty – informacje, w szczególności wskazane powyżej w pkt 1-6, pozwalające na zaoferowanie ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego na kwotę znacznie niższą niż pozostali Wykonawcy. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego wynosi 55 350 zł brutto, co w porównaniu ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w zakresie opracowania koncepcji systemu teleinformatycznego, wskazuje, że jest ona niższa o ponad 65% od tej średniej. Zamawiający odniósł tę cenę również do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o podatek od towarów i usług, wynoszącej 87 155,33 zł brutto, co wskazuje, że jest ona niższa o ponad 36% od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający, mając na uwadze że opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego stanowi istotną składową cześć przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego (pismo z 13.01.2021 r.). Wykonawca pismem z 19.01.2021 r. złożył wyjaśnienia.

Oceniając złożone ww. wyjaśnienia Zamawiający stwierdził, że nie wskazują one na żadne obiektywne czynniki, które mogłyby mieć wpływ na obniżenie ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego, w szczególności nie wyjaśniają powodów tak znacznego obniżenia ceny. Podkreślić należy, że art. 90 ust. 3 Pzp, wymaga od Wykonawcy, aby dowody załączone do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. *„W ugruntowanym orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wymagane od przedsiębiorców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska a dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów.'* (wyrok KIO z 08.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1834/19). Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego wymagał, aby złożone wyjaśnienia przedstawiały kalkulację ceny ofertowej w zakresie opracowania koncepcji systemu teleinformatycznego z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie. Wykonawca składając wyjaśnienia powinien potwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Trudno przyjąć te wyjaśnienia, jako potwierdzające, że ta cena nie jest rażąco niska – Wykonawca nie określił należycie szczegółowo elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny. Oczywistym jest, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Możliwość żądania przez Zamawiającego doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych wyjaśnień znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego i konkretnego udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, jak wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający nie może wzywać Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. Wskazał na wyrok KIOz 13.10.2014 r., sygn. akt KIO 2025/14. W niniejszej sprawie Wykonawca eCone Consulting sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienia na tyle ogólne, że nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 Pzp. Rolą Wykonawcy jest przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że mógł zaoferować tak niską cenę. Powinien zatem wytłumaczyć się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych (a nie domniemywać) pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionej istotnej składowej ceny, jaką jest opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego.

Istotnym w sprawie jest złożenie przez Wykonawcę – eCone Consuling sp. z o.o. wraz z ofertą oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania (Zał. nr 5 do SIWZ), w którym Wykonawca ten oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Niewątpliwie, składając takie oświadczenie Wykonawca miał świadomość, że udział w przedmiotowym postępowaniu może zakłócić konkurencję. Mając świadomość takiego udziału winien, dochowując należytej staranności złożyć oświadczenie, że zachodzą okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, tj. że jego udział w przygotowaniu postępowania mógł zakłócić konkurencję, wykazując jednocześnie, w jaki sposób w jego ocenie zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane. Jednak zaniechał ujawnienia tej informacji w tym oświadczeniu. Wykonawca pozostawił niewypełniony fragment ww. oświadczenia, który odnosił się do wskazania podjętych środków naprawczych w przypadku wystąpienia podstaw wykluczenia z postępowania. Powyższe świadczy o niedbalstwie Wykonawcy przy wypełnianiu oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, ponieważ – jak wskazała KIO w wyroku z 13.07.2020 r. sygn. akt: 1077/20.

W zakresie drugiego Wykonawcy. Zamawiający dokonując oceny jego oferty Tech Koncept B. H., powziął

wątpliwość co do możliwości wykonania/należytego wykonania przez tego Wykonawcę przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej jego składowej części, którą jest świadczenie usługi asysty eksperckiej, za cenę zaoferowaną w ofercie, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za świadczenie usług asysty eksperckiej wynosi 105 000 zł brutto, co w porównaniu ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej, wynoszącej 203 897 zł brutto, wskazuje, że jest ona niższa o ponad 48% od tej średniej. Zamawiający odniósł tę cenę również do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o podatek od towarów i usług, wynoszącej 306 833,33 zł brutto, co wskazuje, że jest ona niższa o ponad 65% od wartości szacunkowej zamówienia. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny za świadczenie usług asysty eksperckiej (pismo z 15.01.2021 r.). Wykonawca pismem z 21.01.2021 r. złożył wyjaśnienia. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazuje, że wykonał szczegółową kalkulację ceny, informując że jego cena jest *„ceną z zakresu średniego i nie odbiega od realiów rynkowych'*. Wskazał, że głównym elementem cenotwórczym jest m.in. doświadczenie personelu oraz jego umiejętności interpersonalne, wskazując jednocześnie, że doświadczenie w realizacji projektów stanowi wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy oraz stanowi oryginalność projektu. Dodatkowo powołał się na wiedzę potwierdzoną certyfikatami i szkoleniami. Odnosząc się do złożonych przez B. H. prowadzącego działalność pod nazwą Tech Koncept B. H. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny za świadczenie usług asysty eksperckiej, należy stwierdzić, co następuje. Wykonawca w sposób ogólny wskazał koszt wynagrodzeń (pensje, ZUS, US) – brak jest podziału tego kosztu w odniesieniu do poszczególnych pracowników, których zaangażowania wymagał Zamawiający (koordynatora zespołu osób zdolnych do wykonania zamówienia, architekta systemowego, analityka biznesowego, specjalisty ds. ustalenia wymagań użytkowników). Jednocześnie brakuje informacji nt. osoby administracyjno-biurowej, którą – zgodnie z warunkami SIWZ – Wykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę. Bardzo ogólnie wskazane zostały koszty dojazdów, hoteli, delegacji – brak szczegółowej kalkulacji tych kosztów powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy Wykonawca wziął pod uwagę w tym zakresie wszystkie czynniki mogące mieć wpływ na cenę. Wykonawca nie przedstawił, jak posiadane doświadczenie wpływa na obniżenie ceny – o ile ta okoliczność jest w stanie obniżyć cenę. Wszystkie informacje dotyczące przedstawionego doświadczenia są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą, co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Stwierdzenie, że cena została skalkulowana mając na uwadze doświadczenie w realizacji projektów równie dobrze można odnieść do każdego Wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu. Wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty mają (większe lub mniejsze) doświadczenie w realizacji takich projektów, ponieważ zamówienie kierowane było (na podstawie określonych warunków udziału w postępowaniu) do profesjonalistów działających na rynku, a nie początkujących osób. Podobnie wygląda sytuacja z informacjami nt. wykorzystywanych metodyk – informacje te również nie zostały poparte żadnymi kwotami ani szczegółowymi kalkulacjami pozwalającymi na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny. Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów (zestawień kosztów) potwierdzających przyjętą metodę szacowania i kalkulowania poziomu zaangażowania Personelu i innych kosztów – bardzo ogólnie i lakonicznie wskazał, że poziom zaangażowania Personelu, jak i innych kosztów oszacował i skalkulował w sposób proporcjonalny do realizowanych już usług, dla których oszacowanie było dokonane na potrzeby tamtych postępowań. Powołał się przy tym na szczegółowe zestawienia, które prowadzi, lecz nie załączył żadnego dowodu potwierdzającego te wyliczenia. Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny za świadczenie usług asysty eksperckiej wymagał, aby złożone wyjaśnienia przedstawiały kalkulację ceny ofertowej w zakresie świadczenia tych usług z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie. Wykonawca składając wyjaśnienia powinien potwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Trudno przyjąć te wyjaśnienia, jako potwierdzające, że ta cena nie jest rażąco niska – Wykonawca nie określił należycie szczegółowo elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny. Oczywistym jest, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Możliwość żądania przez Zamawiającego doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych wyjaśnień znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego i konkretnego udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, jak wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający nie może wzywać Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. Wskazał na wyrok KIO z 13.10.2014 r., sygn. akt KIO 2025/14. W niniejszej sprawie Wykonawca B. H. prowadzący działalność pod nazwą Tech Koncept B. H. pierwotnie przedstawił wyjaśnienia na tyle ogólne, że nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 Pzp. Rolą Wykonawcy jest przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że mógł zaoferować tak niską cenę. Powinien zatem wytłumaczyć się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych (a nie domniemywać) pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionej istotnej składowej ceny, jaką jest usługa świadczenia asysty eksperckiej.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 19.02.2021 r. sprawy o sygn. akt: KIO 436/21, sygn. akt: KIO 437/21 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21:

W dniu 09.02.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)wykonawca Econe Consulting Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 04.02.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (skrzynka ePUAP). Wnosił o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego przy braku podstaw do wykluczenia Odwołującego oraz braku jakichkolwiek nieprawdziwych informacji przekazanych przez Odwołującego lub informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w toku postępowania,
- art. 24 ust. 1 pkt 19, w zw. z art. 29 - 38 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego przy braku zaistnienia jakiejkolwiek przewagi konkurencyjnej Odwołującego w stosunku do innych Wykonawców,
- art. 7 ust.1 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp przy braku jakiejkolwiek przewagi konkurencyjnej Odwołującego w stosunku do innych potencjalnych Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu oraz równy, nieograniczony dostęp wszystkich Wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu do informacji publicznej jaką stanowi Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. *„ZINTEGROWANY SYSTEM OGRANICZANIA NISKIEJ EMISJI (ZONE)"*.

Odnośnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19, w zw. z art. 29 - 38 Pzp. Wykonawca wraz ze złożoną ofertą, zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą, oświadczył o braku podstaw wykluczenia go z postępowania (zgodnie ze wzorem

Zamawiającego stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ) Zamawiający wezwał Odwołującego dnia 22.01.2021 r. do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że udział Odwołującego w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Kopia wezwania stanowi załącznik do niniejszego odwołania. Odwołujący, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, złożył stosowne wyjaśnienia, o których mowa w art. 24 ust. 10 Pzp. Kopia złożonych wyjaśnień stanowi załącznik do niniejszego odwołania. Bezsprzeczne jest, że Odwołujący, na mocy umowy z dnia 15.07.2019 r. o nr II/606/P/15095/4300/19/DGN, wykonał na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii (MPiT) usługę pn. *"Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji"*. 11.12.2019 r. Centrum Projektów Polska Cyfrowa (CPPC), jako Instytucja Pośrednicząca dla Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa opublikowało informację, iż wniosek, a co za tym idzie projekt, uzyskał pozytywną ocenę formalną. Jednocześnie zgodnie z informacją opublikowaną 28.02.2020, projekt nie znalazł się na liście projektów zakwalifikowanych do dofinansowania, co jednoznacznie wskazuje, że projekt nie uzyskał pozytywnej końcowej oceny Instytucji Pośredniczącej dla Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa. W późniejszym terminie, jak należy wnioskować z dostępnych publicznie dokumentów, nastąpiły zmiany podmiotowe Beneficjanta projektu, w konsekwencji których finalnie w miejsce Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii wstąpił Główny Urząd Nadzoru Budowlanego (GUNB). Informacja o wyborze do dofinansowania projektu Głównego Urzędu Nadzoru Budowanego pn.: „ZINTEGROWANY SYSTEM OGRANICZANIA NISKIEJ EMISJI (ZONE opublikowana została na stronie 08.10.2020 r. Cała wiedza wykonawcy na temat przedmiotowego projektu została ujęta w treści dostarczonych . produktów w ramach realizacji umowy na rzecz MPiT, tj. w Studium Wykonalności wraz z harmonogramem, które stanowiły załącznik do Wniosku o dofinansowanie projektu złożonego przez MPiT.

Każdy Wykonawca w tym postępowaniu miał równy, niczym nieograniczony dostęp zarówno do pierwotnego jak i aktualnego, złożonego przez GUNB Studium Wykonalności wraz z Harmonogramem, które pozyskać może i mógł zarówno od Zamawiającego, który jest zobowiązany do ich przekazania w trybie dostępu do informacji publicznej jak i od podmiotów dystrybuujących środki unijne w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego na mocy obowiązujących przepisów prawa tj. Ustawy o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.z 2020 r. poz. 2176 t.j.) oraz Ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818 t.j). Stwierdzić należy zatem, że w wyniku realizacji wskazanej umowy Odwołujący nie posiadł jakichkolwiek informacji, do których dostępu nie posiadali lub posiadać nie mogli inni potencjalni Wykonawcy. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia błędnie wskazał, że *"Wykonawca posiadał więc dostęp do kluczowych informacji (np. w zakresie ceny zamówienia Usługi Wsparcia, harmonogramu realizacji projektu), do której dostępu nie mieli inni Wykonawcy"*. Pragniemy wskazać, że informacja dotycząca wspomnianej ceny została opublikowana w Planie postępowań o udzielenie zamówień przewidzianych do przeprowadzenia przez Ministerstwo Rozwoju w 2020 r., tj. Jest informacją powszechnie dostępną dla każdego Wykonawcy pod adresem: co najmniej od dnia ostatniej aktualizacji Planu, tj. od dnia 24.03.2020 r.

Ponad to, Zamawiający wskazał błędnie, że *"Nie sposób jednocześnie zgodzić się z Wykonawcą, że „każdy Wykonawca miał i ma równy, niczym nieograniczony dostęp do wszystkich dokumentów projektowych, w tym do aktualnego Studium Wykonalności, które pozyskać mógł i może zarówno od Zamawiającego, który jest zobowiązany do ich przekazania w trybie dostępu do informacji publicznej jak i od podmiotów dystrybuujących środki unijne w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego."* Na tym etapie projektu nie ma możliwości uzyskania informacji w trybie dostępu do informacji publicznej do całości dokumentu projektowego w postaci Studium Wykonalności. Zgodnie z informacją umieszczoną na stronie internetowej 2 – *„Dokumenty i informacje, w tym wniosek o dofinansowanie i studium wykonalności, nie są udostępniane w trybie przepisów udip*" (art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej 3 w zw. z art. 1 ust. 2 udip 4). Wiedzę w powyższym zakresie, posiada tylko i wyłącznie eCone Consulting sp. z o.o. – wiedzy, w tym zakresie nie mieli pozostali wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu. Inne dokumenty wskazywane przez Wykonawcę są publicznie dostępne, nie stanowią jednak takiego źródła informacji, jak treść Studium Wykonalności.

Pragniemy wskazać, że przywołany przez Zamawiającego przepis art. 37 ust. 6 tzw. ustawy wdrożeniowej wskazuje: "Dokumenty i informacje przedstawiane przez wnioskodawców, z którymi zawarto umowy o dofinansowanie projektu albo w stosunku do których wydano decyzje o dofinansowaniu projektu, a także dokumenty wytworzone lub przygotowane w związku z oceną dokumentów i informacji przedstawianych przez wnioskodawców do czasu rozstrzygnięcia konkursu albo zamieszczenia informacji, o której mowa w art. 48 ust. 6, nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2014 r. poz. 782).". Z kolei art. 48 ust. 6 tejże ustawy wskazuje, że: "Właściwa instytucja zamieszcza na swojej stronie internetowej oraz na portalu informację o projekcie wybranym do dofinansowania". Jak już wskazał Odwołujący powyżej, właściwa instytucja, tj. Centrum Projektów Polska Cyfrowa (CPPC), jako Instytucja Pośrednicząca dla Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa opublikowała 08.10.2020r. na stronie:

informację o wyborze do dofinansowania projektu Głównego Urzędu Nadzoru Budowanego pn.: *„ZINTEGROWANY SYSTEM OGRANICZANIA NISKIEJ EMISJI (ZONE"*, zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego przepisem, od dnia 08.10.2020 r. dokument projektowy w postaci m.in. Studium Wykonalności i harmonogramu w całości stanowił informację publiczną, do której dostęp miał i ma każdy Wykonawca.

Bezsprzeczne jest zatem, że Odwołujący nie nabył wiedzy, która mogłaby usytuować Odwołującego w lepszej pozycji, niż mieli pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Ponad to, Zamawiający w zawiadomieniu z 04.02.2021 r. potwierdził co następuje: *"Niemniej wskazać należy, że aktualna treść Studium Wykonalności złożonego w trybie pozakonkursowym, co do zasady odpowiada wersji przedłożonej przez Wykonawcę w pierwotnej wersji w ramach zawartej umowy z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii. Wprowadzone zmiany wynikały z uwag ekspertów Centrum Projektów Polska Cyfrowa, oceniających wniosek o dofinansowanie projektu ZONE w ramach naboru konkursowego i co należy podkreślić – nie dotyczyły głównych założeń projektu informatycznego. Wprowadzone zmiany i poprawki precyzowały treść dokumentu, nie modyfikując jego istotnych założeń i postanowień. Żadnych zmian nie wprowadzono również w analizie finansowej przygotowanej przez Wykonawcę, która uwzględniała chociażby kwotę przeznaczaną na przedmiotowe zamówienie"*. Wskazując na powyższe, Zamawiający sam potwierdził brak możliwości posiadania przez Odwołującego jakichkolwiek dodatkowych informacji, do których dostępu nie mieli lub nie mogli mieć inni Wykonawcy.

Ponad to, warto również wskazać na fakt iż większość informacji, które wskazuje Zamawiający w wezwaniu z 22.01.2021 r. i w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty są ogólnie dostępne m.in. na stronach wskazanych w złożonych wyjaśnieniach Odwołującego a także na ogólnie dostępnej stronie i podstronach https://www.gov.pl.

Nie znajduje zatem jakiegokolwiek uzasadnienia, w stanie faktycznym i prawnym, twierdzenie Zamawiającego ujęte w zawiadomieniu z 04.02.2021 r., iż Wykonawca posiadał więc dostęp do kluczowych informacji (np. w zakresie ceny zamówienia Usługi Wsparcia, harmonogramu realizacji projektu), do której dostępu nie mieli inni Wykonawcy.

W kontekście sprawy należy zauważyć, że w orzecznictwie Izby ugruntował się pogląd, iż sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu dokumentacji projektowej w ramach postępowania o

udzielenie zamówienia, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Zatem Odwołujący, w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu, nie potwierdził, iż istnieją podstawy wykluczenia z postępowania. O konieczności braku automatyzmu wykluczenia wykonawcy, wskazała Izba chociażby w wyroku z 19.10.2018 r. sygn. akt: KIO 2037/18. Za ugruntowany należy uznać także pogląd, iż udział wykonawcy lub osób pracujących na jego rzecz, biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego, stwarza przypuszczenie, które wobec treści art. 24 ust. 10 Pzp może zostać wyeliminowane przez Wykonawcę w toku postępowania przez złożenie wyjaśnień i dowodów (m.in. wyrok KIO 216/18 z 01.03.2018 r., czy KIO 1075/18 z 26.06.2018 r.). W wyroku z 25.10.2018 r., sygn. akt: KIO 1974/18, w ocenie Izby, mającej na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp i wynikające z jego treści dotkliwe konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez Zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Należy przy tym zwrócić uwagę, że pojęcie udowodnienia, o którym mowa w art. 24 ust. 10 Pzp. niekoniecznie oznacza obowiązek Wykonawcy do przedstawienia dowodów w postaci dokumentów. Powyższe potwierdza m.in. wyrok z 28.03.2018 r., sygn. akt: KIO 473/18. Jak wskazała Izba, nie można kategorycznie wykluczyć możliwości wystąpienia sytuacji, w których wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę dadzą podstawę do stwierdzenia, że wykonawca uprawdopodobnił, iż nie doszło do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu. W sytuacji, kiedy udowodnieniu podlega przesłanka negatywna, tym bardziej może spowodować to trudności w złożeniu stosownych dokumentów, rozumianych jako dowody. Dopuszczalne jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp, wykonawca udowodnił, że nie doszło do zakłócenia konkurencji składając jedynie wyjaśnienia, co też Odwołujący uczynił.

Jak wskazuje również ugruntowana linia orzecznicza KIO (m.in. wyrok z 19.10.2018 r., KIO 2037/18, wyrok z 22.02.2018 r., KIO 233/18, 234/18, wyrok z 28.03.2018 r., KIO 473/18) jak i również wyrok TSUE z 03.03.2005 r. w sprawach C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA v. Państwo Belgijskie, Zamawiający może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace, dające informacje na temat zamówienia, o ile wykaże, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Dopiero wykazanie, że taki udział doprowadził do naruszenia uczciwej konkurencji może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zamawiający nie wykazał, choćby w najmniejszym stopniu, w toku postępowania, jakichkolwiek nieuzasadnionych korzyści, w wyniku realizacji przez Odwołującego - Econe Consulting Sp. z o.o. umowy z 15.07.2019 r. o nr II/606/P/15095/4300/19/DGN, na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii pn.*"Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji"*, które zniekształciły normalne warunki konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Odnośnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający w zawiadomieniu z 04.02.2021 r. wskazał, że Odwołujący winien złożyć oświadczenie, że zachodzą okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, tj. że jego udział w przygotowaniu postępowania mógł zakłócić konkurencję, wykazując jednocześnie, w jaki sposób w jego ocenie zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane. Jednak zaniechał ujawnienia tej informacji w tym oświadczeniu. Wykonawca pozostawił niewypełniony fragment ww. oświadczenia, który odnosił się do wskazania podjętych środków naprawczych w przypadku wystąpienia podstaw wykluczenia z postępowania. Z uwagi na fakt powszechnego dostępu do wszystkich dokumentów i informacji jakie posiada Odwołujący w zakresie projektu *„Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji"* Odwołujący, zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą, będąc podmiotem profesjonalnym z wieloletnim doświadczeniem, nie mógł poświadczyć, że jego udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania mógł zakłócić konkurencję. Odwołujący nie mógł w konsekwencji wykazać w oświadczeniu, w jaki sposób nieistniejące zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane. Wykonawca nie mógł wskazać w oświadczeniu podjętych środków naprawczych przy braku podstaw do wykluczenia. Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu, w toku prowadzonego postępowania, jakichkolwiek nieprawdziwych informacji. W związku z przedstawionymi powyżej faktami, nie znajduje jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych czynność Zamawiającego, polegająca na wykluczeniu Odwołującego na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i odrzuceniu jego oferty, w związku z czym Zamawiający wykluczając Odwołującego naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odnośnie naruszenie art. 7 ust.1 Pzp. Jak wykazał Odwołujący m.in. w treści niniejszego odwołania, wszyscy Wykonawcy mieli i mają powszechny, niczym nieograniczony dostęp do wszystkich dokumentów i informacji jakie posiada Odwołujący w zakresie projektu *„Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji"* Zamawiający nie wykazał jakichkolwiek korzyści Odwołującego mogących zniekształcić normalne warunki konkurencji. Nie wykazał, że w wyniku realizacji przez Odwołującego umowy z 2019 r. na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii doszło do naruszenia uczciwej konkurencji. Zamawiający nie wskazał jakiejkolwiek informacji, w posiadaniu której byłby Odwołujący a do której dostępu nie mieliby inni Wykonawcy. W świetle powyższego, wykluczenie Odwołującego na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 19, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie przez Zamawiającego jednej z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych tj. obowiązku przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 10.02.2021 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 12.02.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)wykonawcy: Eco5tech S.A, ul. Filtrowa 65/45, 02-055 Warszawa zwanego dalej: *„Eco5tech S.A."* albo *„pierwszym Przystępującym"* zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Eco5tech S.A.

W dniu 15.02.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO)wykonawcę Avility Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa zwana dalej: *„Avility Sp. z o.o."* albo *„drugim Przystępującym"* zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząco oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Avility Sp. z o.o.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 437/21:

W dniu 09.02.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)TechKoncept B. H. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 04.02.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (skrzynka ePUAP). Zarzucił:
1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień Wykonawcy, ponieważ złożył on wyjaśnienia spełniające wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Ustawy, zgodnie z instrukcja

wskazaną przez Zamawiającego.
2) art. 5 i art. 6 K.C., art. 90 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z tym, że Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie przesłanek których nie przedstawił (nie wymagał) ani w SIWZ ani w wezwaniu do wyjaśnienia rzekomo rażąco niskiej ceny.
Odwołujący wnosił o:
1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2) nakazanie powtórnej czynności badania i oceny jego oferty.
3) wyjaśnienie na jakiej podstawie faktycznej i merytorycznej Zamawiający wymagał od Wykonawcy więcej elementów kalkulacji ceny niż sam wymagał w SIWZ i wezwaniu.
4) wyjaśnienie czy zaoferowana cena (za godzinę pracy) będąca ok. 20% wyższa od średniej krajowej i ok. trzy razy wyższa od płacy minimalnej może być ceną rażąco niska.
5) obciążenieZamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odnośnie pytań do Zamawiającego.

1) Czy oprócz formularza ofertowego Zamawiający wymagał stosowania innej metodyki wyliczenia ceny ?
2) W którym miejscu SIWZ, wezwania Zamawiający wymagał wskazania kosztóww odniesieniu do poszczególnych pracowników, których zaangażowania ?
3) W którym miejscu SIWZ, wezwania Zamawiający wymagał szczegółowego wskazania kosztów dojazdów, hoteli, delegacji ?
4) Czy oceniając wyjaśnienia w zakresie kosztów hoteli, Zamawiający wziął pod uwagę.
a. cenę noclegu w „markowym" Hotelu ?
b. cenę noclegu w Hostelu ?
c. możliwość noclegu w prywatnym mieszkaniu ?
d. cenę noclegu w „kwaterze prywatnej" ?
5) Czy oceniając wyjaśnienia w zakresie kosztów delegaci, Zamawiający wziął pod uwagę.
a. możliwość świadczenia usług z terenu Warszawy ?
b. możliwość zdalnego świadczenia usług ?
6) W którym miejscu SIWZ, wezwania Zamawiający wymagał oddzielnego wyliczenia kosztów pracownika biurowego ?
7) W którym miejscu SIWZ, wezwania Zamawiający wymagał przedstawienia jak posiadane doświadczenie wpływa na obniżenie ceny o ile ta okoliczność jest w stanie obniżyć cenę ?
8) Czy Zamawiający zna w ogóle jakąkolwiek metodykę wyliczania jak posiadane doświadczenie wpływa na obniżenie ceny o ile ta okoliczność jest w stanie obniżyć cenę ?
9) W którym miejscu SIWZ, wezwania Zamawiający wymagał przedstawienia kwoti kalkulacji pozwalających na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny w kontekście zastosowanych metodyk ?
10) Czy Zamawiający zna w ogóle jakąkolwiek metodykę przedstawienia kwot i kalkulacji pozwalających na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny w kontekście zastosowanych metodyk ?

Odnośnie braku istotności części składowej (z ostrożności).

Art. 90. 1. Mówi: *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia.

Przedmiot zamówienia składa się z dwóch elementów, Opracowanie koncepcji Systemu ZONE oraz Świadczenie asysty eksperckiej.

Rozumując rzeczowo, tylko jeden z tych elementów można uznać za posiadający znaczący – istotny udział. Rozumując też rzeczowo istotniejszym jest Opracowanie koncepcji Systemu ZONE, bowiem bez niego nie będzie konieczności świadczenia asysty.

Z wezwania z 15.01.2021 r.: *„wykonania przez Pana przedmiotu zamówienia w zakresie świadczenia usługi asysty eksperckiej za cenę zaoferowana w ofercie"*

Z informacji z 04.02.2021 r.: *„przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej jego składowej części, którą jest świadczenie usługi asysty eksperckiej, za cenę zaoferowaną w ofercie"*.

Wynika z tego, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający kwestionuje tylko jeden ze składników ceny i jednocześnie akceptuje cenę całości Oferty.

Wyjaśnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie przetargowe na usługę Opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego oraz Świadczenie usług asysty eksperckiej związanych z realizacją Projektu pn. *„zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (zone)"*. Zamawiający też określił sposób realizacji zamówienia. Na str. 3 SIWZ:
„II. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA
Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie:
1)W zakresie opracowani koncepcji – do 45 dni od zawarcia umowy,
2)w pozostałym zakresie – od dnia zawarcia umowy do 31.08.2023 r. lub do wyczerpania maksymalnej liczby godzin roboczych, tj. 1 500, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi jako pierwsze"

Na str. 2 Szczegółowego Opis Przedmiotu Zamówienia:

„Usługi asysty eksperckiej wykonane będą w ramach odrębnych wniosków zwanymi Wnioskami o asystę. Usługi asysty eksperckiej będą świadczone na terytorium Polski, przede wszystkim w siedzibie Wykonawcy lub Zamawiającego lub na miejscu, które w ocenie Zamawiającego będzie najbardziej odpowiednie ze względu na charakter usługi. Zamawiający będzie każdorazowo wskazywał miejsca świadczenia zlecanej usługi. W przypadku świadczenia usługi asysty eksperckiej w siedzibie Zamawiającego, Wykonawcy udostępnione zostanie umeblowane pomieszczenie biurowe. Zamawiający określa, że maksymalna liczba godzin roboczych w ramach świadczenia usługi asysty eksperckiej od dnia 31 sierpnia 2023 r., nie przekroczy 1500 godzin.
Także:
8. Zatrudnienie na umowę o pracę.
Zamawiający, stosownie do art. 29 ust. 3 a ustawy, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r., - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320) co najmniej 1 osoby wykonującej czynności administracyjno – biurowe, nieprzerwanie przez cały okres wykonywania tych czynności. (…)"

Wykonawca złożył ofertę na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego:

„(…)

(…)"

Z *„tabelki wynika, że Wykonawca miał podać całkowitą cenę Opracowania koncepcji Systemu ZONE, oraz koszt (brutto) godziny Świadczenia asysty eksperckiej."*

Zastosowane „przeliczniki" dotyczą stawek i kosztów przy założeniu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. W dniu składania ofert Zamawiający zawarł na swojej stronie informacje, z których wynika, że Oferta Wykonawcy jest z najniższą ceną.

Jak wynika, oferta Wykonawcy za część *„Opracowanie koncepcji Systemu ZONE"* jest dopiero czwarta w kolejności, czyli tym bardziej nie może być uznana za rażąco niską. Koszt godziny Świadczenia asysty eksperckiej przedstawiono jako stawkę brutto dla firmy. Wynikająca z tego stawka „na rękę dla pracownika" jest ona ok. 20% wyższa od średniej krajowej i ok. trzy razy wyższa od płacy minimalnej.

Zamawiający pismem z 15.01.2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Poza ogólną regułą wynikającą z Pzp, Zamawiający przedstawił instrukcję złożenia wyjaśnień zawartą w jednym zdaniu: *„Złożone wyjaśnienia muszą przedstawiać kalkulację ceny ofertowej w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie.".*

Wskazał, że wezwanie to jest bardzo ogólne i mało precyzyjne. Zamawiający użył skrótu (=między innymi) i słowa ewentualnie. Oba te zwroty wskazują na katalog otwarty, co przemawia za tym, że Wykonawca miał prawo rozwinąć wyjaśnienie według własnych przyjętych zasad kalkulacji.

Koszty roboczogodziny użyto w liczbie pojedynczej, co świadczy o tym aby odnieść się do całości, jednej pozycji, roboczogodzin. Wskazał na orzeczenia KIO o sygn. akt: KIO 709/20,sygn. akt: KIO 715/20, Wykonawca ma prawo do przedstawienia kalkulacji w sposób własny, w sposób w jaki przygotował ofertę.

W dniu 21.01.2021 r. Wykonawca złożył w piśmie na 15 str. obszerne wyjaśnienia z dowodami i przyjętą kalkulacją ceny:

Przedstawiona Kalkulacja:

Pismem z 04.02.2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Wykonawcy.
Dokonał porównanie wezwania Zamawiającego i udzielonej odpowiedzi.

Wskazał na wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 804/08, zgodnie z którym Zamawiający może wymagać od wykonawcy tylko tego co sam określił, tego co sam od Wykonawcy wymagał, *„ Wobec braku określenia (…) enumeratywnego katalogu elementów, które mają znaleźć się w opisie, Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w odniesieniu do oferty Odwołującego,"*.

Ponownie przywołał, że Zamawiający wymagał od Wykonawcy: *„Złożone wyjaśnienia muszą przedstawiać kalkulację ceny ofertowej w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie.".*

Następnie powołał się na przedstawione kalkulacje. W ramach których zestawił wymagania Zamawiającego oraz udzieloną odpowiedź. W ramach usługi eksperckiej wskazał na zaangażowanie osobowe: w zakresie personelu, pensje, ZUS, US, 1500 h x stawka za 1 h = 52, 22 (koszty roboczogodziny) = 76 829, 27 PLN. Inne finansowe, to:8 536, 59 PLN na które składają się koszty dojazdów (2 000,00 PLN), hotele (2 000 PLN), delegacje (1 500 PLN). Zakładany poziom zysku: 3.036, 59 PLN.

Taki sposób kalkulacji Wykonawca stosuje od samego początku prowadzenia firmy i nigdy nie było to „krytykowane", nieuznawane przez żadnego z Zamawiających.

Odniesienie do tez Zamawiającego. Kalkulacja Ceny ofertowej jest związana przede wszystkim z doświadczeniem w realizacji innych usług. Żadna ze znanych metodyk prowadzenia projektu nie wprowadza rozwiązań pozwalających na określenie poziomu oszczędności. Metodyki prowadzenia projektów pomagają w tym aby projekt realizować najskuteczniej, czyli najszybciej. Pismem z 04.02.2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Wykonawcy eCone Consulting. Zamawiający nie miał zastrzeżeń co do ceny tego wykonawcy. Cena Odwołującego jest jedynie około 7% niższa od tej oferty. Zamawiający sam wskazuje, że Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazuje, że wykonał szczegółową kalkulację ceny, informując że jego cena jest *„ceną z zakresu średniego i nie odbiega od realiów rynkowych".* Tezy Zamawiającego są bardzo ogólne, wykraczają poza zakres wymagań określonych w SIWZ i wezwaniu, nie są poparte żadnymi wyliczeniami.

Odniesienie do linii orzeczniczej. Przytoczył wyrok KIO z 14.05.2019 r., sygn. akt: KIO 776/19,jak i orzeczenie KIO o sygn. akt: KIO 3012/13. Nadto, wyrok KIO dnia 05.02.2015 r., sygn. akt: KIO 132/15, orzeczenie KIO o sygn. akt: KIO 1287/14. Dodatkowo przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1427/14 oraz orzeczenie KIO o sygn. akt: KIO 1133/14, jak i wyrok KIO z dnia 12.05.2014 r., sygn.. akt: KIO 785/14

W ramach podsumowania. Wskazał:

1. Oferta została przedstawiona na formularzu przygotowanym i wymaganym przez Zamawiającego.
2. Zamawiający akceptuje cenę całości Oferty.
3. Cena Odwołującego za pierwszą część Zadania jest dopiero na czwartym miejscu w rankingu złożonych ofert.
4. Cena Oferty Odwołującego w drugiej część Zadania, licząc „na rękę dla pracownika", jest ok. 20% wyższa od średniej krajowej i ok. trzy razy wyższa od płacy minimalnej.
5. Wezwanie do złożenia wyjaśnień jest bardzo ogólne i mało precyzyjne.
6. Odwiedź na wezwanie zawiera 15 stron szczegółowych wyjaśnień z dowodami.
7. Według orzeczeń o sygn. akt: KIO 709/20,sygn. akt: KIO 715/20,Wykonawca ma prawo do przedstawienia kalkulacji w sposób własny, w sposób w jaki przygotował ofertę.
8. Kalkulacja przedstawiona przez Wykonawcę zawiera wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego.
9. Brak dowodów ze strony Zamawiającego. Zamawiający tylko w sposób ogólny twierdzi, że elementy ceny budzą jego wątpliwości, ale nie przedstawił na dowód żadnych kalkulacji, wyliczeń czy innych dowodów.
10. Przytoczył wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 804/08 stwierdzając, że Zamawiający odrzuca Ofertę na podstawie przesłanek których nie przedstawił (nie wymagał) ani w SIWZ ani w wezwaniu do wyjaśnienia rzekomo rażąco niskiej ceny.
11. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ sprzecznie z art. 5 i art. 6 K.C., art. 90 ust. 1 i 3 Pzp Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie przesłanek, których nigdy i nigdzie nie wymagał.

W dniu 03.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) TechKoncept B. H.wniosło pismo procesowe w zakresie wniesionego odwołania.

Odnośnie uszczegółowienia w zakresie oceny oferty. Wnosił, w kontekście art. 6 K.C. o analizę, że Zamawiający odrzuca ofertę gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że Zamawiający może odrzucić ofertę jeśli Wykonawca nie złożył wyjaśnień lub złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu to Zamawiający wiele wymagań przedstawił w sposób ogólny, a wymaga od Wykonawcy szczegółowych (nigdzie nie wskazanych, nigdzie nie wymaganych) informacji i danych. W toku postępowania na 15 str. udzielono odpowiedzi na pytania Zamawiającego.

Zamawiający wykonał szacowanie, wskazał jedną kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odrzucając ofertę ogólnie wskazał podstawę art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wskazuje na istotność składowej części, którą jest świadczenie usługi asysty eksperckiej. Wnosił o rozważenie, czy element asysty eksperckiej jest istotny, istotniejszy od opracowania koncepcji systemu teleinformatycznego. Zamówienie składa się z dwóch części. Według wykładni językowej Sjp, zwrot istotny należy rozumieć jako podstawowy, zasadniczy, znaczący. Zgodnie z tym rozumowaniem, przy dwóch elementach zadania tylko jeden z nich może być podstawowy czyli istotny. W tym przypadku ważniejszym jest element *„opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego"*, bo bez niego nie byłoby części drugiej - asysty. Zamawiający część drugą przewidział też jako element uzupełniający, według rozumienia wymagań, Zamawiający nie ma obowiązku skorzystania z dodatkowych godzin. Według kalkulacji Odwołującego część druga jest o mniejszej wartości.

Odnośnie uszczegółowienia dotyczącego ewentualnego ponownego wezwania. Oceniając ofertę, Zamawiający miał prawo mieć wątpliwości co do ceny, wezwał wykonawcę do wyjaśnień, swoje wymagania ujął w jednym zdaniu. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia na 15 str. Jak wynika z treści *„uzasadnienia odrzucenia"* u Zamawiającego pojawiły się nowe wątpliwości. Wnosił o zwrócenie przez Izbę uwagi, że te nowe wątpliwości, są nowymi, innymi jak wyrażone w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Jest to bardzo ważne, bo z tego wynika, że Zamawiający nie miał takich wątpliwości i wymagań na etapie pierwszym, tj. etapie wzywania do wyjaśnień. Skoro wątpliwości pojawiły się później, to Zamawiający powinien ponownie wezwać Wykonawcę do wyjaśnień. Takie stanowisko potwierdza też opinia prawna zamieszczona na stronach UZP. Przywołał wyrok KIOz 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15 KIO stwierdziła,że nie ma też przeszkód, by Zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 Pzp, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień). Stanowisko to potwierdził też SO w Olsztynie, który w wyroku z 09.12.2010 r., sygn. akt: V Ga 122/10. Dodatkowo, podniósł, że jeżeli Zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Stwierdził także, że możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne UZP zawarte w Informatorze UZP 11/2013 oraz orzeczeniach sądów okręgowych, np. wyrok SO w W-wie z 05.07.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, czy wyrok SO w Olsztyniez 09.12.2010 r., sygn. akt: V Ga 122/10. Nie jest również kwestionowane w wyrokach KIO, która wielokrotnie wskazywała, że po pierwsze, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości, np. wyrok KIO sygn. akt: 1143/15z 23.06.2015 r., wyrok KIO sygn. akt: 150/16 z 18.02.2016 r, Zamawiający przytoczył obszerne cytaty ww. stanowisk - sygn. akt: KIO/KU 3/17.

Zamawiający w dniu 10.02.2021 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 12.02.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcy: Eco5tech S.A zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Eco5tech S.A.

W dniu 15.02.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO)wykonawcę Avility Sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząco oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Avility Sp. z o.o.

W dniu 15.02.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawcę Econe Consulting Sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząco oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Econe Consulting Sp. z o.o.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21, sygn. akt: KIO 437/21:

W dniu 03.03.2020 r. (e-mailem podpisanym elektronicznie) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, dwie oddzielne odpowiedzi na odwołanie, w których wnosił o oddalenie w całości obu odwołań. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

Odnośnie odwołania o sygn. akt: KIO 436/21 Zgodnie z Rozdz. I ust. 1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie koncepcji systemu teleinformatycznego oraz świadczenie usług asysty eksperckiej związanych z realizacją projektu pn. *„Zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (ZONE)."* Opis przedmiotu zamówienia określony został w Zał. nr 2 do SIWZ pn.*„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia"*, w którym wskazano m.in., że dokumenty sporządzone przez Wykonawcę w ramach wykonania koncepcji systemu teleinformatycznego, która stanowi jedną z istotnych składowych części zamówienia, zostaną opracowane na podstawie udostępnionych Wykonawcy przez Zamawiającego następujących dokumentów: wniosku o dofinansowanie realizacji Projektu ZONE z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (w tym Studium Wykonalności, które jest załącznikiem do tego wniosku) oraz dokumentacji powykonawczej Prototypu Systemu ZONE. Zamawiający w Rozdz. IV ust. 1 pkt 1.1 SIWZ wskazał, że wykluczy z postępowania wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis w punkcie 19 wprost nakazuje Zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W postępowaniu złożona została m.in. oferta Odwołującego, który wykonał w 2019 r. na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii zamówienie dotyczące wykonania Opisu Założeń Projektu Informatycznego, Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. *„Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji"*. Ww. projekt obecnie realizowany jest przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, tym samym GUNB dysponuje wszelkimi dokumentami i opracowaniami wytworzonymi w ramach tego projektu, w szczególności Studium Wykonalności wraz z harmonogramem, Opisem Założeń Projektu Informatycznego. Jednocześnie w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia z postępowania (Zał. nr 5 do SIWZ),

Odwołujący oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Pismem z 22.01.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, że wyjaśnienia muszą być skonkretyzowane przede wszystkim na wykazaniu, że udział w przygotowaniu Studium Wykonalności oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego, w tym wiedza zdobytaw związku z przygotowaniem ww. opracowań, nie doprowadziły do przewagi Odwołującego w stosunku do pozostałych Wykonawców, w szczególności do możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania dodatkowych informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach przedmiotowego postępowania. Pismem z 28.01.2021 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których podniósł między innymi, że nie jest mu znany zakres i przedmiot dokonanych zmian i w konsekwencji treść aktualnego Studium Wykonalności oraz harmonogramu realizacji projektu, wskazując jednocześnie, że *„w ramach studium nie znalazły się jakiekolwiek zapisy dotyczące aktualnego postępowania (…)”*. Poinformował również, że nie posiadał jakichkolwiek informacji, do których dostępu nie posiadali inni Wykonawcy na rynku, a także że jego pozycja konkurencyjna nie była i nie jest korzystniejsza od innych Wykonawców. Poinformował również, że *„Każdy Wykonawca miał i ma równy, niczym nieograniczony dostęp do wszystkich dokumentów projektowych, w tym do aktualnego Studium Wykonalności, które pozyskać mógł i może zarówno od Zamawiającego, który jest zobowiązany do ich przekazania w trybie dostępu do informacji publicznej jak i od podmiotów dystrybuujących środki unijne w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.”* Ponadto – *„Zdaniem Wykonawcy (…) rezultat prac Wykonawcy z 2019 r. w postaci ówczesnego Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji” nie mógł być bezpośrednio wykorzystany przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu.”*

Zamawiający dokonując wnikliwej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę stwierdził, co następuje. Bezsporne jest, że Odwołujący, na mocy umowy z 15.07.2019 r. o nr II/606/P/ 15095/4300/19/DGN, wykonał na rzecz ówczesnego Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii usługę pn. *„Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji.”* W ramach usługi, przy współpracy Zamawiającego (MPiT), powstał Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI), Studium Wykonalności i harmonogram wymienionego powyżej projektu. Wynik prac został przekazany Zamawiającemu (MPiT) w dniu 20.09.2019 r. Studium Wykonalności zostało wykonane zgodnie z wymaganiami konkursu POPC 2.1 według udostępnionego wnioskodawcom szablonu, precyzyjnie określającego zarówno zawartość dokumentu, jak i kryteria jego oceny. Cała wiedza Wykonawcy na temat przedmiotowego projektu została ujęta w treści dostarczonych produktów. Studium Wykonalności wraz z harmonogramem stanowiły załącznik do Wniosku o dofinansowanie. W wyniku postępowania konkursowego (w ramach naboru nr: POPC.02.01.00-IP.01-00-013/19 Program Operacyjny Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 oś priorytetowa II *„E-administracja i otwarty rząd” Działanie 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych” runda aplikacyjna: V od 27 sierpnia 2019 r. do 15 października 2019 r.) Wniosek, a co za tym idzie projekt, nie uzyskał dofinansowania. (…) projekt po zmianach, w tym instytucjonalnych (zmiana wnioskodawcy z MPiT na GUNB),w trybie pozakonkursowym został wybrany do dofinansowania 8 października 2020 r.”*.

Niemniej wskazał, że aktualna treść Studium Wykonalności złożonego w trybie pozakonkursowym, co do zasady odpowiada wersji przedłożonej przez Odwołującego w pierwotnej wersji w ramach zawartej umowy z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii. Wprowadzone zmiany wynikały z uwag ekspertów Centrum Projektów Polska Cyfrowa, oceniających wniosek o dofinansowanie projektu ZONE w ramach naboru konkursowego i co należy podkreślić – nie dotyczyły głównych założeń projektu informatycznego. Wprowadzone zmiany i poprawki precyzowały treść dokumentu, nie modyfikując jego istotnych założeń i postanowień. Żadnych zmian nie wprowadzono również w analizie finansowej przygotowanej przez Wykonawcę, która uwzględniała chociażby kwotę przeznaczaną na przedmiotowe zamówienie. Zmian tych nie sposób było dokonać z przyczyn obiektywnych, wynikających z założeń przyjętych w Opisie Założeń Projektu Informatycznego pozytywnie ocenionego przez Komitet Rady Ministrów ds. Cyfryzacji. Odwołującemu znany był koszt wydatków (369.000 zł brutto) przewidywany na Usługę Wsparcia – tak została bowiem zdefiniowana na poziomie Studium Wykonalności, która w niniejszym postępowaniu została określona jako *„opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego oraz świadczenie usług asysty eksperckiej związanych z realizacją projektu pn. „Zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (ZONE)”.* Natomiast na poziomie *„Harmonogramu realizacji projektu”* w lp. 3, lp. 4 i lp. 5 (zawartego w Studium Wykonalności), posłużono się sformułowaniem odnoszącym się do konkretnego zadania, polegającego na:

1) *„Przeprowadzeniu zamówienia publicznego na wybór firmy doradczej” (lp. 3),*
2) „Wyborze firmy doradczej oraz podpisanie umowy” (lp. 4), 3) „Opracowaniu SIWZi koncepcji systemu” (lp. 5) - co uwzględnia i mieści się w pojęciu Usługi Wsparcia.

Stwierdził, że wiedzę i informacje na temat dokumentu aplikacyjnego w postaci Studium Wykonalności, posiada tylko i wyłącznie Odwołujący – wiedzy, w tym zakresie nie mieli pozostali Wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu. Inne dokumenty wskazywane przez Odwołującego są publicznie dostępne, nie stanowią jednak takiego źródła informacji, jak treść Studium Wykonalności, która szczegółowo opisuje istotne elementy budowy systemu informatycznego, poprzedzającego w istocie stworzenie koncepcji tego systemu. Studium Wykonalności stanowi pierwszy dokument koncepcyjny, opisujący budowę systemu teleinformatycznego (okoliczność potwierdzona przez Odwołującego), która następnie będzie *„rozszerzana i rozbudowywana”* w ramach przedmiotowej koncepcji systemu teleinformatycznego w oparciu o niniejsze zamówienie. Istotnymi elementami Studium Wykonalności było przecież m.in.:

1) dokonanie analizy instytucjonalnej, prawnej, streszczenia projektu, analizy odbiorców i interesariuszy, popytu, wariantów;
2) określenie produktów projektu, w tym systemu informatycznego oraz usług i ich funkcjonalności, jakości i bezpieczeństwa oprogramowania;
3) dokonanie analizy technicznej systemu IT, w tym planowanej architektury rozwiązania, standardów architektonicznych i technologicznych, infrastruktury;
4) sporządzenie analizy finansowej i ekonomicznej projektu, w tym określenie: ich założeń, nakładów na realizację projektu, kosztów eksploatacyjnych, generowania przychodu, zestawienia przepływów pieniężnych projektu, określenia źródeł finansowania oraz wartości wskaźników efektywności finansowej projektu, analizy trwałości finansowej, analizy kosztów i korzyści, jak również określenia środków finansowych przeznaczonych na realizację poszczególnych zadań projektu (włącznie z przedmiotowym zamówieniem);
5) sporządzenie metodyki zarządzania projektem (metoda prowadzenia projektu, struktura zespołu projektowego, prototypy);
6) określenie harmonogramu i kontroli postępów w projekcie oraz analizowania i monitorowania ryzyka.

W tym miejscu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił - w sposób obszerny zestawienie tabelaryczne określające zakres czynności przewidzianych w OPZ, uwzględniających uprzednio zdefiniowane i przygotowane elementy Studium Wykonalności – czyli tzw. wspólny zakres.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Odwołujący de facto nie złożył wyjaśnień w tym zakresie, ale ocenił sytuację przedstawiając wniosek, a nie wyjaśnienie. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego Odwołujący powinien wskazać, jakie informacje pozyskał i dlaczego, według niego, nie doprowadziły one do przewagi Odwołującego w stosunku do pozostałych Wykonawców. Niewątpliwie w sprawie doszło do zakłócenia konkurencji, które mimo udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 Pzp, nie zostało wyeliminowane. Dokonując wnikliwej analizy wyjaśnień Odwołującego dotyczących wpływu udziału Odwołującego w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia na zakłócenie konkurencji, Zamawiający brał pod uwagę spełnienie łącznie przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, tj.:
1) stwierdzenie udziału Odwołującego (jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej) w przygotowaniu postępowania,
2) ustalenie, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu. Przywołał wyrok KIO z 19.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2037/18.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący brał udział w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu Studium Wykonalności (wraz z analizą finansową) oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego tego systemu. Tym samym, jako autor ww. opracowań Wykonawca miał dostęp do informacji, których pozbawieni byli inni Wykonawcy, z uwagi na fakt, iż opracowania te nie stanowiły Załącznika do SIWZ. Wykonawca posiadał więc dostęp do kluczowych informacji zamieszczonych w Studium Wykonalności, do którego dostępu nie mieli inni Wykonawcy. Nie bez znaczenia pozostaje także, że dokumenty te – Studium Wykonalności oraz analiza finansowa projektu ZONE – nie zostały nigdy udostępnione publicznie, nie stanowiły jednocześnie załączników do dokumentacji przetargowej. Co istotne, w przeciwieństwie do pozostałych Wykonawców, Odwołujący posiadał wszystkie kluczowe – z punktu widzenia przygotowania oferty – informacje, w szczególności wskazane powyżej w pkt 1-6, pozwalające na zaoferowanie ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego na kwotę znacznie niższą niż pozostali Wykonawcy. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego wynosi 55 350 zł brutto, co w porównaniu ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w zakresie opracowania koncepcji systemu teleinformatycznego, wskazuje, że jest ona niższa o ponad 65% od tej średniej. Zamawiający odniósł tę cenę również do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o podatek od towarów i usług, wynoszącej 87 155,33 zł brutto, co wskazuje, że jest ona niższa o ponad 36% od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający, mając na uwadze że opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego stanowi istotną składową cześć przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego (pismo z 13.01.2021 r.). Wykonawca pismem z 19.01.2021 r. złożył wyjaśnienia. Oceniając złożone ww. wyjaśnienia Zamawiający stwierdził, że nie wskazują one na żadne obiektywne czynniki, które mogłyby mieć wpływ na obniżenie ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego, w szczególności nie wyjaśniają powodów tak znacznego obniżenia ceny. Podkreślić należy, że art. 90 ust. 3 Pzp, wymaga od Wykonawcy, aby dowody załączone do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazał na wyrok KIO z 08.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1834/19. Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego wymagał, aby złożone wyjaśnienia przedstawiały kalkulację ceny ofertowej w zakresie opracowania koncepcji systemu teleinformatycznego z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie. Wykonawca składając wyjaśnienia powinien potwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Trudno przyjąć te wyjaśnienia, jako potwierdzające, że ta cena nie jest rażąco niska – Wykonawca nie określił należycie szczegółowo elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny. Oczywistym jest, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Możliwość żądania przez Zamawiającego doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych wyjaśnień znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego i konkretnego udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, jak wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający nie może wzywać Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. Przywołał wyrok KIO z 13.10.2014 r., sygn. akt KIO 2025/14. Econe Consulting sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienia na tyle ogólne, że nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 Pzp. Rolą Wykonawcy jest przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że mógł zaoferować tak niską cenę. Powinien zatem wytłumaczyć się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych (a nie domniemywać) pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionej istotnej składowej ceny, jaką jest opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego. Istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadza się również do ustalenia kwestii związanych z prawem dostępu do informacji publicznej w zakresie wniosku o dofinansowanie unijne oraz załącznikiem do tego dokumentu w postaci Studium Wykonalności. Nie sposób tym samym zgodzić się z Odwołującym, że*„każdy Wykonawca miał i ma równy, niczym nieograniczony dostęp do wszystkich dokumentów projektowych, w tym do aktualnego Studium Wykonalności, które pozyskać mógł i może zarówno od Zamawiającego, który jest zobowiązany do ich przekazania w trybie dostępu do informacji publicznej jak i od podmiotów dystrybuujących środki unijne w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.”* Na tym etapie projektu nie ma możliwości uzyskania informacji w trybie dostępu do informacji publicznej do całości dokumentu projektowego w postaci wniosku o dofinansowanie i Studium Wykonalności.

Podkreślił, że Odwołujący powołuje się na nieobowiązującą wersję ustawy wdrożeniowej, wskazując na treść art. 37 ust. 6: *„Pragniemy wskazać, że przywołany przez Zamawiającego przepis art. 37 ust. 6 tzw. ustawy wdrożeniowej wskazuje: “Dokumenty i informacje przedstawiane przez wnioskodawców, z którymi zawarto umowy o dofinansowanie projektu albo w stosunku do których wydano decyzje o dofinansowaniu projektu, a także dokumenty wytworzone lub przygotowane w związku z oceną dokumentów i informacji przedstawianych przez wnioskodawców do czasu rozstrzygnięcia konkursu albo zamieszczenia informacji, o której mowa w art. 48 ust. 6, nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2014 r. poz. 782).””*, - który w wyniku nowelizacji z dnia 7 lipca 2017 r. wprowadzonej ustawą o zmianie ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r. poz. 1475) został podzielony na dwa ustępy, tj. 6 i 7 o następującej treści:

„6. Dokumenty i informacje przedstawiane przez wnioskodawców nie podlegają udostępnieniu przez właściwą instytucję w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1764 oraz z 2017 r. poz. 933).

7. Dokumenty i informacje wytworzone lub przygotowane przez właściwe instytucje w związku z oceną dokumentów i informacji przedstawianych przez wnioskodawców nie podlegają, do czasu rozstrzygnięcia konkursu albo zamieszczenia informacji, o której mowa w art. 48 ust. 6, udostępnieniu w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.”. Powyższe zmiany miały na celu przede wszystkim uporządkowanie dotychczasowych regulacji w celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych w tym zakresie, a także *„wyeliminowanie praktyk polegających na powielaniu*

rozwiązań opracowanych przez innych wnioskodawców" (uzasadnienie do ww. nowelizacji ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014– 2020 – druk sejmowy nr 1636).

Następnie wskazał na informację umieszczoną na stronie internetowej Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa – Wsparcie //, oraz wyrok SA w Lublinie z 18.10.2018 r., sygn. akt: II SAB/Lu 138/18.

Względem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W ocenie Zamawiającego nie sposób zgodzić się z Odwołującym odnośnie postawionego zarzutu. Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania (Zał. nr 5 do SIWZ), w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Składając takie oświadczenie Odwołujący miał świadomość, że udział w przedmiotowym postępowaniu może zakłócić konkurencję. Mając świadomość takiego udziału winien, dochowując należytej staranności złożyć oświadczenie, że zachodzą okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, tj. że jego udział w przygotowaniu postępowania mógł zakłócić konkurencję, wykazując jednocześnie, w jaki sposób w jego ocenie zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane. Jednak zaniechał ujawnienia tej informacji w tym oświadczeniu. Odwołujący pozostawił niewypełniony fragment ww. oświadczenia, który odnosił się do wskazania podjętych środków naprawczych w przypadku wystąpienia podstaw wykluczenia z postępowania. Wskazał na wyrok KIO z 13.07.2020 r., sygn. akt: 1077/20.

Względem zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp także nie zgodził się z Odwołującym również odnośnie przedmiotowego zarzutu.

Odnośnie odwołania o sygn. akt: KIO 437/21 Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże ewentualna decyzja w tej kwestii musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub ust. 1 a Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 - jeżeli cena lub istotna część składowa, 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, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania tej części 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 2020 r. poz. 2207);
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. Natomiast, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp - w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z Rozdz. I ust. 1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie koncepcji systemu teleinformatycznego oraz świadczenie usług asysty eksperckiej związanych z realizacją projektu pn. *„Zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (ZONE)."* Tak więc z samej nazwy zamówienia wynika, że zamówienie składa się z dwóch istotnych części, tj.:
1) wykonania koncepcji sytemu teleinformatycznego,
2) świadczenia usług asysty eksperckiej związanych z realizacją projektu pn. *„Zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (ZONE)."* Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego, powziął wątpliwość co do możliwości wykonania/należytego wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia w zakresie jednej z istotnych składowych części, tj. świadczenia usługi asysty eksperckiej, za cenę zaoferowaną w ofercie, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.
Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował cenę za świadczenie usług asysty eksperckiej w wysokości 105 000 zł brutto, która jest niższa o ponad:
1) 65% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, wynoszącej 306 833,33 zł brutto, ustalonej przed wszczęciem postępowania,
2) 48% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tym zakresie, wynoszącej 203 897 zł brutto.
Jednocześnie zaoferowana cena całkowita oferty (258 373,80 zł brutto) jest o ponad 34% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Mając na uwadze powyższe Zamawiający, działając na postawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp, 15.01.2021 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny za świadczenie usług asysty eksperckiej. Jednocześnie Zamawiający jednoznacznie i konkretnie wskazał w ww. piśmie, co muszą przedstawiać wyjaśnienia - *„Złożone wyjaśnienia muszą przedstawiać kalkulację ceny ofertowej w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie."* Dodatkowo Zamawiający w ww. wezwaniu odniósł się zarówno do ceny za świadczenie usług asysty eksperckiej (jednej z istotnych części składowych zamówienia), jak i do ceny całkowitej oferty, W wezwaniu tym nie była kwestionowana cena za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego (druga z istotnych części składowych zamówienia).
W odpowiedzi na powyższe, pismem z 21.01.2021 r., Odwołujący złożył wyjaśnienia. Pomimo, że wyjaśnienia te zostały sporządzone na 15 str., to z ich treści nie wynika, dlaczego cena jest tak niska, w szczególności cena w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazuje, że wykonał szczegółową kalkulację ceny, informując że jego cena jest *„ceną z zakresu średniego i nie odbiega od realiów rynkowych".* W kalkulacji tej Odwołujący wskazał liczbę godzin pracy Personelu oraz stawkę roboczogodziny - łącznie koszt wynagrodzeń (pensje, ZUS, US). Na podstawie tak ogólnych informacji Zamawiający nie może ocenić jak kształtuje się pracochłonnośćw podziale na pracowników których zaangażowania wymagał Zamawiający tj. zespołu osób zdolnych do wykonania zamówienia, architekta systemowego, analityka biznesowego, specjalisty ds. ustalenia wymagań użytkowników, a także jak są oni wynagradzani. Co więcej, nie wiadomo, ile z tych godzin wykona osobiście Odwołujący, zwłaszcza że wskazał siebie, jako osobę mającą pełnić funkcję Kluczowego Eksperta. Brakuje również informacji nt. osoby administracyjno-biurowej, którą - zgodnie z warunkami SIWZ - Wykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę. Bardzo ogólnie wskazane zostały koszty dojazdów, hoteli, delegacji brak szczegółowej kalkulacji tych kosztów (np. szacunkowej liczby dób hotelowych, ceny doby hotelowej) powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy Odwołujący wziął pod uwagę w tym zakresie wszystkie czynniki mogące mieć wpływ na cenę. Dodatkowo, stwierdzenie przez Odwołującego, że stawka *„na rękę dla pracownika"* jest ok. 20% wyższa od średniej krajowej i ok. trzy razy wyższa od płacy minimalnej, w ocenie Zamawiającego nie potwierdza, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Stawki za

roboczogodzinę w odniesieniu do poszczególnych specjalistów powinny odnosić się do stawek rynkowych adekwatnych do świadczonych usług i specjalistów wymaganych przez Zamawiającego, nie zaś do minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy też minimalnej stawki godzinowej. Odwołujący nie przedstawił oraz nie załączył żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, że przyjęte stawki są stawkami rynkowymi. Ponadto wyjaśnienia te, poza ogólną informacją, że cenę *„skalkulowano na podstawie realnych danych z kalkulacji do ofert z wygranych postępowań i realizowanych usług"* oraz że „ Wykonawca oszacował i skalkulował, że poziom zaangażowania Personelu jak i innych kosztów będzie proporcjonalny do realizowanych już usług, dla których oszacowanie było dokonane na potrzeby tamtych postępowań" zawierają:
1) informację, że *„głównym elementem cenotwórczym jest doświadczenie personelu oraz jego umiejętności interpersonalne, umiejętność sprawnego j szybkiego reagowania, podejmowania dobrych decyzji w krótkim czasie"* - Odwołujący nie przedstawił, jak posiadane doświadczenie wpływa na obniżenie ceny - o ile ta okoliczność jest w stanie obniżyć cenę; wszystkie informacje dotyczące przedstawionego doświadczenia są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami; stwierdzenie, że cena została skalkulowana mając na uwadze doświadczenie w realizacji projektów równie dobrze można odnieść do każdego Wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu; wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty, mają (większe lub mniejsze) doświadczenie w realizacji takich projektów, ponieważ zamówienie kierowane było (na podstawie określonych warunków udziału w postępowaniu) do profesjonalistów działających na rynku, a nie początkujących osób,
2) informacje nt. wykorzystywanych metodyk, tj. Scrum (Agile), Prince2Agile, I TIL, ISO 27001- informacje te również nie zostały poparte żadnymi kwotami, ani szczegółowymi kalkulacjami pozwalającymi na uzasadnienie wysokości zaoferowanej ceny,
3) informację, że posiada *„w pełni zabezpieczone zaplecze do prowadzenia działalności: 3 laptopy, tablet, 5 telefonów, 3 modemy GSM-LTE, 2 urządzenia wielofunkcyjne, wirtualny faks, pocztę elektroniczną, dwa samochody, środki finansowe"* nie wyjaśniając, w jaki sposób miałoby to wpływ na przewagę cenową nad konkurencją; załączone zostały jedynie dowody posiadania telefonu, samochodów wraz z rachunkiem potwierdzającym jednorazowe tankowanie, polisy ubezpieczeniowej, posiadanych środków na rachunku bankowym; informacje podane w tym zakresie nie mogą wpłynąć na ocenę realności oferowanej przez Odwołującego ceny,
4) informację, że *„działania Wykonawcy są skutecznie, np. w zakresie pozyskiwania dofinansowań unijnych, przykładowo w niedawno opublikowanych wynikach konkursu dziesięć wspieranych projektów znalazło się w pierwszej szesnastce najlepiej ocenionych projektów - zauważyć należy, że pozyskanie dofinansowania unijnego nie jest przedmiotem niniejszego postępowania, więc trudno uznać, że doświadczenie zdobyte w tym zakresie może mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny*". Wyjaśnienia, jakie złożył Odwołujący, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Odwołujący powinien potwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Trudno przyjąć te wyjaśnienia, jako potwierdzające, że ta cena nie jest rażąco niska - Odwołujący nie określił należycie szczegółowo elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny. Odwołujący w treści odwołania podnosi, że: *„Wykonawca ma prawo do przedstawienia kalkulacji w sposób własny, w sposób w jaki przygotował ofertę"*. Zamawiający zgadza się z tym twierdzeniem - każdy Wykonawca kalkuluje cenę we własny indywidualny sposób, jednak kalkulacja ta musi uwzględniać wszystkie czynniki mające wpływ na wysokość oferowanej ceny. Natomiast Odwołujący w przedstawionej kalkulacji nie uwzględnił elementów wpływających na cenne wskazanych w wezwaniu Zamawiającego, w szczególności zaangażowania osobowego, finansowego, który z uwagi na charakter zamówienia ma szczególne znaczenie dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Istotnym w przedmiotowej sprawie jest fakt, że zamówienie ma charakter usługowy, na co wskazuje szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W związku z czym w celu prawidłowej realizacji tego zamówienia konieczne jest współdziałanie szeregu specjalistów, których zaangażowania wymagał Zamawiający w SIWZ, i co do których określono kryteria oceny ofert, tj. koordynatora zespołu osób zdolnych do wykonania zamówienia, architekta systemowego, analityka biznesowego, specjalisty ds. ustalenia wymagań użytkowników. Mając na uwadze powyższe, jak również treść wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, w którym Zamawiający wprost wskazał, że *„Złożone wyjaśnienia muszą przedstawiać kalkulację ceny ofertowej w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe finansowe koszt roboczogodzin zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie."* Odwołujący powinien udowodnić Zamawiającemu, że każdy ze specjalistów, wykonujący adekwatne do jego umiejętności zadania, w określonym wymiarze godzin otrzyma stosowne wynagrodzenie. Jak wyżej wskazano, Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Pomimo otrzymania wyraźnych instrukcji od Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił konkretnej kalkulacji, w szczególności w zakresie zaangażowania osobowego oraz finansowego.
Dokonana przez Zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, ocena złożonych wyjaśnień jest podstawą do stwierdzenia, że oferta Odwołującego rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, w przypadku art. 90 ust. 3 Pzp, nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę tak, aby potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Obciążenie Wykonawcy obowiązkiem udowodnienia, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, jest zupełnie uzasadnione, bowiem to autor oferty posiada najlepszą wiedzę o szczegółach swojej działalności i okolicznościach, które wpłynęły na dokonaną kalkulację. Wskazał na wyrok KIO z 23.05.2017 r., sygn. akt: KIO 945/17. Możliwość zadania przez Zamawiającego doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych wyjaśnień znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego i konkretnego udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, jak wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający nie może wzywać Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń przedstawionych w wyjaśnieniu. Przywołał wyrok KIO z 13.10.2014 r., sygn. akt KIO 2025/14. W niniejszej sprawie Odwołujący pierwotnie przedstawił wyjaśnienia na tyle ogólne, że nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 Pzp. Rolą Wykonawcy jest przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że mógł zaoferować tak niską cenę. Powinien zatem wytłumaczyć się ze składników ceny i czynników/okoliczności faktycznych (a nie domniemywać), pozwalających na zaoferowanie tak nisko wycenionej istotnej składowej ceny, jaką jest usługa świadczenia asysty eksperckiej. Wskazał na wyrok KIO z 09.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1049/14. Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 Pzp i wystosowane przez Zamawiającego wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w trybie powyższego przepisu, należy uznać, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi Zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o

których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 22.12. 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp")

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp")

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów odwołania i oddaleniu odwołania o sygn. akt: KIO 437/21 ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 437/21, którego oferta uplasowała się na pierwszej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów odwołania o sygn. akt: KIO 437/21 ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby , działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21, KIO 437/21 w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu Nr 770617-N-2020 z 22.12.2020 r., postanowień SIWZ, załącznika nr 2 (Opis Przedmiotu Zamówienia) i 3 (Istotne Postanowienia Umowy) oraz 5 (oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania), kopię oferty Odwołującego o sygn. akt: KIO 437/21, wezwania do wyjaśnień z 16.01.2021 r., wyjaśnieńw zakresie ceny rażąco niskiej z 21.01.2021 r. - Wyjaśnienie kalkulacji ceny dotyczy Odwołującego o sygn. akt: KIO 437/21 oraz zawiadomienia z 04.02.2021 r. o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty.pdf - Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym Odwołującego o sygn. akt: KIO 437/21 (dołączone do odwołania o sygn. akt: KIO 437/21). Nadtowezwania z dnia 22.01.2021 r. do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że udział Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21 w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, wyjaśnień Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21 złożonych 28.01.2021 r. oraz zawiadomienia z 04.02.2021 r. o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty w zakresie dotyczącym Odwołującego o sygn. akt: KIO 436/21 (dołączone do odwołania o sygn. akt: KIO 436/21). Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego do sprawy KIO 436/21, ale również do sprawy KIO 437/21 wezwanie z 13.01.2021 r. do wyjaśnienia RNC - Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak i wyjaśnienia CENY z 19.01.2021 r. - Wyjaśnienie kalkulacji ceny dotyczy Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21. Dodatkowo, zaliczając w poczet materiału dowodowego w sprawie KIO 436/21 kopię ofertę Odwołującego w sprawie KIO 436/21.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21:

1) Kopię wezwania z dnia 22.01.2021 r. do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że udział Odwołującego w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji;
2) Kopię wyjaśnień Odwołującego złożonych 28.01.2021 r.;
3) Kopię zawiadomienia z 04.02.2021 r. o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty w zakresie dotyczącym Odwołującego o sygn. akt: KIO 436/21.

Ponadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: 436/21:

1)Prezentacje zintegrowanego systemu ograniczania niskiej emisji – EZONE z 2018 r. na okoliczność okresu, w którym rozpoczęły się prace koncepcyjne, tj. że miało to miejsce w roku 2019, przy czym projekt ten ulegał zmianie;
2)Wydruk uzasadnienia do projektu ustawy oraz projekt z 27.01.2020 r. ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz ustawy o Inspekcji Ochrony Środowiska na okoliczność inkorporowania do polskiego systemu prawnego powyższego systemu;
3)Wydruku opis założeń projektu informatycznego z 01.09.2019 r. i z 27.04.2020 r. pochodzące strony Komitetu Rady Ministrów ds. cyfryzacji wraz z print screenem z tej strony potwierdzającym, że te dokumenty nadal się tam znajdują i są ogólnodostępne;
4)Kopię protokołu z publicznej prezentacji założeń projektu z 02.10.2019 r. ze strona internetowych Komitetu Rady Ministrów ds. cyfryzacji;
5)Kopię Planu zamówień publicznych Ministerstwa Rozwoju na 2020 r. na okoliczność wartości zamówienia wskazanej w poz. 41;
6)Wydruk uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz ustawy o Inspekcji Ochrony Środowiska wraz z przypisami dokonanymi przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: 436/21 na okoliczność elementów, które dają szeroką wiedzę przyszłym ekspertom co do tego, jak ma wyglądać docelowa koncepcja.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 437/21:

1) Kopię wezwanie z 16.01.2021 r. do wyjaśnienia RNC - Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
2) Kopię wyjaśnienia CENY z 21.01.2021 r. - Wyjaśnienie kalkulacji ceny;
3) Kopie zawiadomienie z 04.02.2021 r. o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty.pdf - Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym Odwołującego o sygn. akt: KIO 437/21;
4) Kopia ogłoszenie o zamówieniu;
5) Kopię SIWZ wraz załącznikiem nr 2, tj. OPZ, jak i załącznikiem nr 3, tzn. formularzem ofertowym;
6) Kopię Informacji z otwarcia ofert z 05.02.2021 r.;
7) Kopię elektronicznej oferty Odwołującego na opracowanie Koncepcji.

Ponadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: 437/21:

1) Kopię wyniku postępowania z 23.01.2018 r. wraz z uchwałą Zarządu woj. Podkarpackiego w Rzeszowie na okoliczność zobrazowania różnych cen oferowanych w podobnych projektach.

Ponadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: 437/21:
1)Kopię szacunkową wyceny Ithouse Sp. z o.o. z 14.12.2020 r.;
2)Kopię szacunkową wyceny Semanticore Sp. z o.o. z 14.12.2020 r.;
3) Kopię szacunkową wyceny innego Wykonawcy z 09.12.2020 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, jak i wszystkie przystąpienia, pismo procesowe Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 437/21, odpowiedzi na oba odwołania Zamawiającego /złożone przed otwarciem posiedzenia/, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 436/21, jak i KIO 437/21 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 436/21:

Odwołujący Econe Consulting Sp. z o.o. - sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:
1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego przy braku podstaw do wykluczenia Odwołującego oraz braku jakichkolwiek nieprawdziwych informacji przekazanych przez Odwołującego lub informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w toku postępowania,
2) art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 29 - 38 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego przy braku zaistnienia jakiejkolwiek przewagi konkurencyjnej Odwołującego w stosunku do innych Wykonawców,
3) art. 7 ust.1 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego na mocy art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp przy braku jakiejkolwiek przewagi konkurencyjnej Odwołującego w stosunku do innych potencjalnych Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu oraz równy, nieograniczony dostęp wszystkich Wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu do informacji publicznej jaką stanowi Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. *„ZINTEGROWANY SYSTEM OGRANICZANIA NISKIEJ EMISJI (ZONE)”*.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Nie było sporne między stronami, że w treści SIWZ zostało wskazane, że zgodnie z Rozdz. I Opis Przedmiotu Zamówienia ust. 3 - 5: *„Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:*
1) w zakresie opracowania koncepcji Systemu ZONE:
a) opracowanie projektu treści merytorycznych opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego projektowania, budowy i wdrożenia Systemu ZONE oraz przygotowywanie wyjaśnień w zakresie przedmiotu zamówienia do ewentualnych zapytań dotyczących opracowanej koncepcji,
b) opracowanie planu działań wykonawcy Systemu ZONE – przedstawienie adekwatnego i kompletnego opisu propozycji działań przewidywanych do podjęcia przez wykonawcę Systemu ZONE dla zapewnienia osiągniecia założonych w Projekcie ZONE celów,
c) przedstawienie struktury organizacyjnej zespołu wykonawcy Systemu ZONE – przedstawienie adekwatnego i kompletnego opisu propozycji struktury organizacyjnej zespołu tego wykonawcy, spójnej ze strukturą organizacyjną Projektu ZONE po stronie Zamawiającego,
2) świadczenie usługi asysty eksperckiej w zakresie:
a) projektowania, budowy i wdrożenia Systemu ZONE, w tym wytworzenia e-usług Systemu ZONE,
b) ustalenia wymagań użytkowników Systemu ZONE.
4. Zamawiający określił, że maksymalna liczba godzin roboczych w ramach świadczenia usługi asysty eksperckiej nie przekroczy 1 500 godzin. Godzina robocza została zdefiniowana w § 2 Istotnych postanowień umowy (IPU), stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, jako: „Okres wykonywania przedmiotu umowy przez każdego Eksperta trwający godzinę zegarową w dni robocze w ramach godzin pracy Zamawiającego”.
5. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 2 do SIWZ.” Nadto, zgodnie z Rozdz. VI. SPOSÓB PRZYGOTOWANIA OFERT, ust. 1 *„Wykonawcy zobowiązani są przedstawić ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.”*. Z kolei według Rozdz. VII. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY, ust. *„Wykonawca określa cenę ofertową za wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie tej ceny w tabeli znajdującej się z pozycji nr 1 formularza ofertowego (Załącznik nr 3 do SIWZ). Cenę ofertową należy przedstawić zarówno za realizację całego przedmiotu zamówienia, jaki w podziale na opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego, o której mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 1 SIWZ, oraz świadczenie usługi asysty eksperckiej, o której mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 2 SIWZ.”* Zgodnie zaś, z Rozdz. III Szczegółowy zakres zadań Wykonawcy w ramach niniejszego Zamówienia w zakresie, ust.1: *„Opracowania koncepcji systemu teleinformatycznego Systemu ZONE obejmuje: (…) Powyższe dokumenty zostaną opracowane na podstawie udostępnionych Wykonawcy przez Zamawiającego, w terminie trzech dni roboczych od daty zawarcia umowy, następujących dokumentów:*
- dokumenty wniosku o dofinansowanie realizacji Projektu ZONE z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa;
- dokumentacja powykonawcza Prototypu Systemu ZONE.

W ramach świadczenia wykonywanych w ramach niniejszego zadania usług Wykonawca może również wykorzystać inne dokumenty powiązane z Projektem ZONE, w szczególności te powszechnie dostępne, w tym w szczególności ustawę z dnia 28 października 2020 r. o zmianie ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 2127).

Opis wymaganych cech Systemu ZONE powinien zostać opracowany przy wykorzystaniu przyjętych praktyk i zasad inżynierii wymagań, tj. przyjętych norm lub standardów, np. ISO/IEC/IEEE - 29148-2011, IIBA A Guide to the Business Analysis Body of Knowledge (A Guide to the Business Analysis Body of Knowledge).

Specyfikacja wymagań dla Systemu ZONE powinna zostać wykonana w taki sposób, aby uwzględniała możliwość przedstawienia hierarchii wymagań, relacji między wymaganiami oraz informacji o ich wersji, statusie. (…)”.

Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście wezwania do wyjaśnień z 22.01.2021 r. oraz uzyskanych odpowiedzi, tzn. wyjaśnień z 28.02.2021 r., jak i wezwania z 13.01.2021 r. do wyjaśnienia RNC - Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak i wyjaśnienia CENY z 19.01.2021 r. - Wyjaśnienie kalkulacji ceny dotyczy Odwołującego. W odniesieniu do wezwania i wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej za realizacje usługi za koncepcję systemu informatycznego, Izba nie wskazała pełnej treści tych dokumentów z uwagi na poboczny charakter zarzutu z tym związanego, jako elementu uzupełniającego zarzutu głównego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 29 - 38 Pzp. Odwołujący nie zaprzeczał, że jest autorem Studium Wykonalność, jak i harmonogram oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii: *„na mocy umowy z dnia 15.07.2019 r. o nr II/606/P/15095/4300/19/DGN, wykonała na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii usługę pn. „Studium*

Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji". W ramach usługi, przy współpracy zamawiającego (MPiT), powstał Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI), Studium Wykonalności i harmonogram wymienionego powyżej projektu.". Uznawał jedynie, że nie daje mu to żadnej przewagi konkurencyjnej. Stwierdził nawet na rozprawie, że: *„(…) między zakończeniem wcześniejszych prac nad studium a ogłoszeniem przetargu minął ponad rok, miały miejsce szerokie zmiany i przesunięcia pomiędzy Zamawiającymi, nie miał więc Odwołujący przeświadczenia, że wiedza, którą nabył pierwotnie, jest odzwierciedleniem w aktualnym przetargu. Dopiero po wykluczeniu z udziału w postępowaniu uzyskał pewność w tym zakresie (….)".* Podnosił, że: *„(…) skoro żaden z wykonawców i uczestników postępowania nie wnosił o udostępnienie studium, należy uznać, że dysponował wystarczającą i pełną wiedzą bazującą na dokumentacji postępowania, jak również ogólnymi informacjami dostępnymi w sferze publicznej. Wskazuje, że gdyby wykonawcy uznawali, że studium wykonalności coś wniesie do przygotowania oferty, to wnosiliby o jego udostepnienie. (…)".* Przedstawił też na rozprawie dowody, których wykaz został wskazany powyżej, bazujące na ogólnych informacjach dostępnych w sferze publicznej.

Zamawiający wezwał Wykonawcę pismem z 22.01.2021 r. do wyjaśnień: *„W związku z udziałem Państwa w przygotowaniu postępowania, tj. opracowaniem Studium Wykonalności oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji (ZONE)", działając na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień oraz udowodnienia, że Państwa udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.*

Zgodnie z informacjami będącymi w dyspozycji Zamawiającego, wykonaliście Państwo w 2019 r. na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii zamówienie dotyczące wykonania Opisu Założeń Projektu Informatycznego, Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji". Ww. projekt obecnie realizowany jest przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, tym samym GUNB dysponuje obecnie wszelkimi dokumentami i opracowaniami wytworzonymi w ramach tego projektu, w szczególności Studium Wykonalności wraz z harmonogramem, Opisem Założeń Projektu Informatycznego.

Istotnymi elementami Studium Wykonalności oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego było m.in.:
1) dokonanie analizy instytucjonalnej, prawnej, analizy odbiorców i interesariuszy, popytu, wariantów,
2) określenie produktów projektu, w tym systemu informatycznego oraz usług i ich funkcjonalności, jakości i bezpieczeństwa oprogramowania;
3) dokonanie analizy technicznej systemu IT, w tym planowanej architektury rozwiązania, standardów architektonicznych i technologicznych, infrastruktury;
4) sporządzenie analizy finansowej i ekonomicznej projektu, w tym określenie: ich założeń, nakładów na realizację projektu, kosztów eksploatacyjnych, generowania przychodu, zestawienia przepływów pieniężnych projektu, określenia źródeł finansowania oraz wartości wskaźników efektywności finansowej projektu, analizy trwałości finansowej, analizy kosztów i korzyści, jak również określenia środków finansowych przeznaczonych na realizację poszczególnych zadań projektu (włącznie z przedmiotowym zamówieniem);
5) sporządzenie metodyki zarządzania projektem (metoda prowadzenia projektu struktura zespołu projektowego, prototypy);
6) określenie harmonogramu i kontroli postępów w projekcie oraz analizowania i monitorowania ryzyka.

Nie ulega wątpliwości, że Państwa udział w przygotowaniu postępowania polegał na opracowaniu Studium Wykonalności oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego. Tym samym, jako autor ww. opracowań mieliście Państwo dostęp do informacji, których pozbawieni byli inni Wykonawcy, z uwagi na fakt, iż opracowania te nie stanowiły Załącznika do SIWZ. Co istotne, w przeciwieństwie do pozostałych Wykonawców, posiadaliście Państwo wszystkie kluczowe - z punktu widzenia przygotowania oferty - informacje, w szczególności wskazane w pkt 1-6 pisma, pozwalające na zaoferowanie ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego na kwotę znacznie niższą niż pozostali Wykonawcy. Jednocześnie w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia z postępowania (Załącznik nr 5 do SIWZ), oświadczyliście Państwo, że nie podlegacie wykluczeniu z postępowania m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Niewątpliwie, składając takie oświadczenie mieliście Państwo świadomość, że Wasz udział w przedmiotowym postępowaniu może zakłócić konkurencję.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy, udział w przygotowaniu postępowania odnosi się do: samego Wykonawcy lub pracownika Wykonawcy lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług.

Mając na uwadze powyższe, Zmawiający wzywa do złożenia wyjaśnień oraz udowodnienia, że udział w przygotowaniu postepowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Wyjaśnienia muszą być skonkretyzowane przede wszystkim na wykazaniu, że udział w przygotowaniu Studium Wykonalności oraz Opisu Założeń Projektu Informatycznego, w tym wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem ww. opracowań, nie doprowadził do Państwa przewagi w stosunku do pozostałych Wykonawców, w szczególności do możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania dodatkowych informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach przedmiotowego postępowania.".

Wykonawca w odpowiedzi z 28.01.2021 r. udzielił następujących wyjaśnień: *„Bezsprzeczne jest, że firma Econe Consulting Sp. z o.o., na mocy umowy z dnia 15.07.2019 r. o nr II/606/P/15095/4300/19/DGN, wykonała na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii usługę pn. "Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji"". W ramach usługi, przy współpracy zamawiającego (MPiT), powstał Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI), Studium Wykonalności i harmonogram wymienionego powyżej projektu. Wynik prac został przekazany zamawiającemu (MPiT) we wrześniu 2019 roku. Studium Wykonalności zostało wykonane zgodnie z wymaganiami konkursu POPC 2.1 według udostępnionego wnioskodawcom szablonu, precyzyjnie określającego zarówno zawartość dokumentu jak i kryteria jego oceny. Cała wiedza wykonawcy na temat przedmiotowego projektu została ujęta w treści dostarczonych produktów. Studium Wykonalności wraz z harmonogramem stanowiły załącznik do Wniosku o dofinansowanie. W wyniku postępowania konkursowego (w ramach naboru nr: POPC.02.01.00-IP.01-00-013/19 Program Operacyjny Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 oś priorytetowa II: „E-administracja i otwarty rząd" Działanie 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych" runda aplikacyjna: V od 27 sierpnia 2019 r. do 15 października 2019r. Wniosek, a co za tym idzie projekt, nie uzyskał dofinansowania. Zgodnie z naszą wiedzą projekt po zmianach, w tym instytucjonalnych (zmiana wnioskodawcy z MPiT na GUNB), w trybie pozakonkursowym został wybrany do dofinansowania 8 października 2020 roku. Firmie nie jest znany zakres i przedmiot dokonanych zmian, i w konsekwencji treść aktualnego Studium Wykonalności oraz harmonogramu realizacji projektu. Wykonawca, na podstawie znajomości zasad obowiązujących w konkursach POPC może jedynie, stwierdzić, że treść zmienionego studium jest zgodna z aktualnym publicznie dostępnym OZPI. Stwierdzić należy przy tym, że w wyniku realizacji wskazanej na wstępie umowy Wykonawca nie posiadł jakichkolwiek informacji, do których dostępu nie posiadali inni Wykonawcy na rynku. Opracowane Studium Wykonalności dotyczyło budowy systemu informatycznego. W ramach studium nie znalazły się jakiekolwiek*

zapisy dotyczące aktualnego postępowania na opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego oraz świadczenie usług asysty eksperckiej związanych z realizacją projektu pn. „Zintegrowany system ograniczania niskiej emisji (ZONE)".

Bezsprzeczne jest, że w realiach rynku, w tym także funkcjonującego w ramach zamówień publicznych możliwe jest, co do zasady, wykonawstwo kolejnych etapów procesu inwestycyjnego przez tego samego wykonawcę.

Jak wskazuje ugruntowana linia orzecznicza KIO a także Urząd Zamówień Publicznych, Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy gdy nie występują łącznie następujące przesłanki:

„trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego one dotyczą oraz jedną negatywną niewecząca podstawę wykluczenia. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z prowadzonym postępowaniem, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, albo posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Po drugie, obowiązek wykluczenia dotyczy wskazanych powyżej wykonawców, którzy (lub osoby, którymi posługiwali się w celu sporządzenia oferty) brali udział w przygotowaniu tego postępowania. Ustawa Pzp przez "przygotowanie postępowania" rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II "Przygotowanie postępowania", art. 29 - 38 ustawy Pzp. Ustawa Pzp przez "przygotowanie postępowania" rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II "Przygotowanie postępowania", art. 29 - 38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy:

•opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalnoużytkowego,

•oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,

•przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po trzecie, musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przesłanka negatywna, stanowi, iż wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji." /-pzp/warunki-udzialu-w-postepowaniu-dokumenty-skladane-przez-wykonawcow-oraz-ich-wykluczenie-z-udzialu-w-postepowaniu/wykluczenie-na-podstawie-art.-24-ust.-2-pkt-1-ustawy-wykonawcy (dostęp: 27.02.2021 r.)/

Zrealizowana przez Econe Consulting usługa na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii nie mogła mieć i nie ma jakiegokolwiek wpływu na przygotowanie aktualnej oferty (w tym jej wycenę) ani na ewentualną realizację przedmiotowego zamówienia przez Econe Consulting Sp. z o.o. Pozycja konkurencyjna Econe Consulting Sp. z o.o. w tym postępowaniu - z uwagi na opracowanie dokumentacji - nie była i nie jest korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących.

Faktem jest, iż wszyscy uczestnicy postępowania mieli dostęp do informacji o fakcie wykonania Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji". Zamówienie publiczne wraz z Opisem Przedmiotu Zamówienia zostało opublikowane na stronie Zamawiającego (MPiT i dodatkowo w Bazie Konkurencyjności). Do dzisiaj jego treść jest powszechnie dostępna m.in. na stronie:

https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwistZmnyLzuAhXO-ioKHbzNBFwQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.gov.pl%2Fattachment%2F8fb0a0eb-00f0-44c4-aef3ee411a047c97&usg=AOvVaw0G1zxmo7vdRrCqUuHbo82y

Każdy Wykonawca miał i ma równy, niczym nieograniczony dostęp do wszystkich dokumentów projektowych, w tym do aktualnego Studium Wykonalności, które pozyskać mógł i może zarówno od Zamawiającego, który jest zobowiązany do ich przekazania w trybie dostępu do informacji publicznej jak i od podmiotów dystrybuujących środki unijne w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Dokumentacja i informacje jakie posiada Wykonawca na temat Projektu jest ogólnie dostępna m.in. pod poniższymi adresami:

Opis założeń projektu informatycznego:

; ;

Wyniki naboru:

Econe Consulting Sp. z o. o. podczas realizacji umowy na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii nie pozyskało jakichkolwiek innych dokumentów ani informacji, do których dostępu nie mieli lub nie mają inni potencjalni Wykonawcy. Wykonawca nie znalazł się w posiadaniu żadnej informacji wynikającej z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów, notatek ze spotkań, korespondencji e-mail, rozmów bezpośrednich z przedstawicielami Zamawiającego ect., które wprost nie byłyby odzwierciedlone w przygotowanej przez niego wersji Studium Wykonalności, możliwej do pozyskania przez innych Wykonawców bez jakiegokolwiek trudu, w trybie dostępu do informacji publicznej. Zgodnie z posiadaną przez Wykonawcę wiedzą, nie miało miejsca jakiekolwiek zdarzenie mogące, choćby potencjalnie, zakłócić konkurencję i doprowadzić do choćby najmniejszego zachwiania równowagi szans każdego potencjalnego uczestnika przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Wykonawcy, będącego podmiotem profesjonalnym, z wieloletnim doświadczeniem w realizacji usług tożsamych do przedmiotu niniejszego zamówienia, rezultat prac Wykonawcy z 2019 r. w postaci ówczesnego Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji" nie mógł być bezpośrednio wykorzystany przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu. Jak wskazano powyżej, Projekt nie uzyskał wówczas akceptacji w konkursie i został złożony ponownie (być może po zmianach) w trybie pozakonkursowym. Wykonawca nie uczestniczył również w kształtowaniu wymagań dla wykonawców zamówień realizowanych w Projekcie.

Nie istnieje związek przyczynowy pomiędzy bezpośrednim wykonywaniem przez Econe Consulting Sp. z o.o. czynności w ramach realizacji umowy na rzecz MPiT, a utrudnieniem uczciwej konkurencji, którego zaistnienie jest niezbędne, aby zaktualizowała się przesłanka wykluczenia opisana w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Uznając rezultat prac Wykonawcy z 2019 r. w postaci ówczesnego Studium Wykonalności wraz z harmonogramem dla projektu pn. „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji" za "prace przygotowawcze" nie sposób dowieść ich negatywnego wpływu na konkurencję w tym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie uznała (wyrok z dnia 28 marca 2018 r., KIO 473/18), iż fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oczywistym jest, że wykonawca taki, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, jeśli jednak

informacje te były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację takiego postępowania, w którym następnie złożył ofertę, będzie polegać jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji.

Braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy na mocy art. 24 ust. 1 pkt. 17 dowodzi, poza opiniami UZP czy ugruntowaną linią orzeczniczą KIO (m.in. wyrok z dnia 19 października 2018 r., KIO 2037/18, wyrok z dnia 22 lutego 2018 r., KIO 233/18, 234/18, wyrok z dnia 28 marca 2018 r., KIO 473/18) również wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA v. Państwo Belgijskie, zwrócono uwagę, na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego zachwiania konkurencji między oferentami. Z orzeczenia wynika jednoznacznie, że instytucja zamawiająca może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace, dające informacje na temat zamówienia, o ile wykaże, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Dopiero wykazanie, że taki udział doprowadził do naruszenia uczciwej konkurencji, daje podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że od czasu wykonania usługi na rzecz MPiT zmianie uległy m.in. uwarunkowania formalno-prawne realizacji projektu oraz kwestie instytucjonalne. Dzisiejszy stan prawny (gotowość legislacyjna) różni się od założeń branych pod uwagę w 2019 roku (propozycje zapisów prawa ewoluowały w tym czasie) Ponadto, z dniem 1.01.2021 r. obowiązuje w Polsce nowa Ustawa Prawo zamówień publicznych nakładająca na Zamawiającego, tj. Beneficjenta, nowe obowiązki zarówno na etapie przygotowania, prowadzenia jak i realizacji zamówień publicznych. Instytucją realizującą Projekt nie jest MPiT a Główny Urząd Nadzoru Budowlanego. Zatem nieznane były i nieznane są Wykonawcy takie informacje jak posiadana przez pracowników Zamawiającego wiedza, kompetencje, doświadczenie, wykorzystywane dokumenty i metody komunikacji, podział zadań pomiędzy pracowników i ich realne zaangażowanie w realizację Projektu, organizacja ich pracy oraz, co szczególnie istotne, stopień przygotowania Projektu do realizacji i realnych ryzyk z tym związanych.

Reasumując, zrealizowana przez Econe Consulting Sp. z o.o. usługa na rzecz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii nie mogła mieć i nie ma jakiegokolwiek wpływu na przygotowanie aktualnej oferty (w tym jej wycenę) ani na ewentualną realizację przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę. Pozycja konkurencyjna Econe Consulting Sp. z o.o. w tym postępowaniu - z uwagi na zrealizowaną na rzecz MPiT umowę - nie byłai nie jest korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących.".

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby wszyscy Wykonawcy nie mieli i nie mają nadal powszechnego, niczym nieograniczonego dostęp do wszystkich dokumentów i informacji jakie posiadał Odwołujący w zakresie projektu „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji". W tym zakresie, Izbie nie chodzi o informacje ogólnie dostępne, których emanacje w postaci określonych dokumentów złożył na rozprawie Odwołujący, choć Izba wyraża wątpliwość, czy gdyby nie szczegółowa wiedza Odwołującego wynikająca w wcześniejszej realizacji byłby w stanie tak sprawnie operować niniejszymi dokumentami i ich treścią na rozprawie, na etapie przed realizacją zamówienia. Tym bardziej, skoro co do zasady miały być one wykorzystane dopiero po podpisaniu umowy, tzn. w trakcie realizacji zamówienia. A dokumenty źródłowe miały zostać udostępnione, w terminie trzech dni roboczych od daty zawarcia umowy, tzn.:

- dokumenty wniosku o dofinansowanie realizacji Projektu ZONE z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa;
- dokumentacja powykonawcza Prototypu Systemu ZONE.Jednocześnie, przy założeniu, że podstawą przygotowania oferty w przedmiotowym postepowaniu i jej wyceny miał być tylko i wyłącznie opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący przygotował Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI), Studium Wykonalności i harmonogram wymienionego powyżej projektu. Rozprawa pokazała, że Studium Wykonalności nie jest dokumentem ogólnie dostępnym w odróżnieniu do Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI). Rozprawa również potwierdziła, że Studium Wykonalności nie może być udostępnione w trybie dostępu do informacji publicznej. W konsekwencji ponad 200 stronicowe (jak oświadczył na rozprawie Zamawiający, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący) opracowanie przygotowane przez Odwołującego nie było dostępne dla innych uczestników postępowania przetargowego. Tym bardziej, że jak Izba także potwierdza, że na stronie internetowej Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa – Wsparcie pod adresem:, znajduje się sformułowana teza i potwierdzenie, które w całości podzieliła i uznała za własne (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15:*"Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę."*), że: *„Dokumenty i informacje, w tym wniosek o dofinansowanie i studium wykonalności, nie są udostępniane w trybie przepisów udip" (art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej w zw. z art. 1 ust. 2 udip). Przepisy ustawy – art. 1 ust. 2 udip „nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi, pod warunkiem że nie ograniczają obowiązków przekazywania informacji publicznej do centralnego repozytorium informacji publicznej, o którym mowa w art. 9b ust. 1, zwanym dalej „centralnym repozytorium" (art. 1 ust. 2 udip). Ww. przepis jest tzw. klauzulą kolizyjną pomiędzy przepisami udip a przepisami innych ustaw, które regulują inne kwestie dotyczące dostępu do informacji publicznej. Zasady udostępniania dokumentacji projektowej (aplikacyjnej), którą składamy podczas naboru wniosków o dofinansowanie, reguluje ustawa wdrożeniowa. Ustawa jest lex specialis (prawo o większym stopniu szczegółowości) do przepisów udip i jako taka ma pierwszeństwo przed nimi. „Dokumenty i informacje przedstawiane przez wnioskodawców nie podlegają udostępnieniu przez właściwą instytucję w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej" (Dz.U. z 2016 r. poz. 1764 oraz z 2017 r. poz. 933; zgodnie z art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej). Dotyczy to wszelkiej składanej przez wnioskodawców dokumentacji aplikacyjnej (w tym WOD, SW). Ta zasada obowiązuje bez względu na tryb wyboru projektów (konkursowy czy pozakonkursowy), status wnioskodawcy (podmiot publiczny czy prywatny) czy etap procedury naboru (po ogłoszeniu naboru, w trakcie czy po jego rozstrzygnięciu) (art. 37 ust. 6). Tak szerokie, w porównaniu do poprzedniego brzmienia ww. przepisu, wyłączenie udostępniania dokumentacji aplikacyjnej jest świadomym zabiegiem ustawodawcy. Ma to wyeliminować powielanie rozwiązań opracowanych przez innych wnioskodawców.*

Dotyczy to też wniosków o udostępnienie informacji publicznej składanych do innego podmiotu publicznego niż „właściwa instytucja", o której mowa w tym przepisie (czyli do innego podmiotu publicznego niż instytucja, która wybiera projekty do

dofinansowania). Ograniczenie do wniosków, które wpływają do ww. instytucji, jest sprzeczne z ww. celem i uzasadnieniem znowelizowanego przepisu art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej. To potwierdza jednoznacznie m.in. wyrok WSA w Lublinie: „odnosząc się do zakresu podmiotowego przytoczonej regulacji, należy zauważyć, że odnosi się ona wprost do właściwej instytucji, tj. dokonującej wyboru projektów do dofinansowania. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że przywołana regulacja stanowi przepis szczególny, wyłączający udostępnienie informacji w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej w oparciu o klauzulę kolizyjną (art. 1 ust. 2 udip), Sąd podziela argumentację organu, że na podstawie art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej w związku z art. 1 ust. 2 udip wykluczone jest również żądanie udostępnienia treści wniosku o dofinansowanie unijne od samego wnioskodawcy, będącego podmiotem publicznym, objętym zasadniczo zakresem podmiotowym ustawy o dostępie do informacji publicznej" (18 października 2018 r., sygn. II SAB/Lu 138/18). Zatem jeżeli nawet wnioskodawca/ beneficjent Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (POPC) jest w katalogu podmiotów zobowiązanych do udostępniania informacji publicznej (art. 4 udip zawiera taki katalog), to dotyczy go art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej, gdy wpłynie do niego wniosek o udostępnienie dokumentacji aplikacyjnej, nie może wydać decyzji o odmowie jej udostępnienia w trybie art. 16 udip (zgodnie z normą kolizyjną z art. 1 ust. 2 udip; do tych danych odnosi się art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej, a nie udip). Jako podstawę prawną informacji powinien wskazać art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej w związku z art. 1 ust. 2 udip."

Dodatkowo, w przywołanym wyroku WSA w Lublinie 18.10.2018 r., sygn. II SAB/Lu 138/18 wskazano, że:*„kwestią o kluczowym dla sprawy znaczeniu jest właściwe rozróżnienie między prawem dostępu do wniosku o dofinansowanie unijne oraz prawem do informacji o wniosku o dofinansowanie unijne. O ile z mocy art. 1 ust. 2 o dostępie do informacji publicznej w zw. z art. 37 ust. 6 ustawy wdrożeniowej wykluczone jest uzyskanie dostępu do samego wniosku (w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej), o tyle przepisy te nie ograniczają dostępu do informacji o wniosku. Podmiot zainteresowany nie może zatem uzyskać samego wniosku, może jednak ubiegać się o podanie informacji dotyczących tego wniosku. W rozpoznawanej sprawie skarżąca nie może żądać od skarżonego organu udostępnienia samych wniosków, ma jednak prawo uzyskać informacje na temat tego m.in., jakie wnioski były składane przez podmiot publiczny, w jakich konkursach lub trybach pozakonkursowych, jakie projekty były objęte wnioskami, na jakie kwoty, jakie były wyniki ubiegania się o dofinansowanie. W ten sposób istota prawa do informacji zostaje zachowana."*

Zamawiający wykazał także korzyści Odwołującego mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. W tym zakresie Zamawiający jednoznacznie wskazywał w informacji z 04.02.2021 r. na wiedzę jaką uzyskał Odwołujący przygotowując Studium Wykonalności, oraz dysponowanie tym dokumentem jako jedyny podmiot w tym postępowaniu. Nadto, podnosił na rozprawie, że: *„(…) należy odróżnić wiedzę, którą miał Odwołujący ogólnie dostępną od innej, dodatkowej wiedzy pochodzącej z rozmów oraz prac pochodzących ze studium wykonalności, która to wiedza dawała mu przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami. (…)".* Nadto, należy się zgodzić, że stanowiskiem Zamawiającego, że: *„(…) nikt nie wnosił o udostepnienie studium wykonalności, gdyż wiedział, iż nie otrzyma takiego dokumentu. (…)".* Z kolei, zupełnie nieracjonalne jest stanowisko z uwagi na profesjonalny charakter Wykonawców, że skoro nikt: *„(…) nie wnosił o udostępnienie studium, należy uznać, że dysponował wystarczającą i pełną wiedzą bazującą na dokumentacji postępowania, jak również ogólnymi informacjami dostępnymi w sferze publicznej. (…) gdyby wykonawcy uznawali, że studium wykonalności coś wniesie do przygotowania oferty, to wnosiliby o jego udostepnienie."*.

Zamawiający zobrazował wymierność tej wiedzy w odpowiedzi na odwołanie, gdzie w formie tabelarycznej zobrazował zakres czynności przewidzianych w Opisie przedmiotu zamówienia (zał. nr 2 do SIWZ „Rozdz. III pkt 1 lit. b: ogólny opis Systemu ZONE – przedstawienie podstawowych informacji o Systemie ZONE mających wpływ na projektowanie, budowę i wdrożenie Systemu ZONE; Rozdz. III pkt 1 lit. c: opis posiadanych przez Zamawiającego rozwiązań mogących mieć zastosowanie w Systemie ZONE oraz współpracujących z Systemem ZONE; Rozdz. III pkt 1 lit. d: opis wymaganych cech Systemu ZONE, uwzględniający w szczególności: • klasy i charakterystyki użytkowników; • przedstawienie głównych funkcji systemu (przypadków użycia) widzianych z perspektywy użytkowników; • określenie obiektów zewnętrznych znajdujących się poza Systemem ZONE, lecz wchodzących z nim w interakcje, oraz przepływów informacji/danych między tymi obiektami a systemem (ref. tzw. diagram kontekstowy); • określenie systemów mających związek z Systemem ZONE, tj. takich, które wchodzą lub mogą wchodzić z nim w interakcje z określeniem zasad tej interakcji; Rozdz. III pkt 1 lit. f: opis wymagań dla planowanych do realizacji produktów; Rozdz. III pkt 1 lit. g: specyfikacja wymagań technicznych, architektury systemu oraz kryteriów odbioru produktów; Rozdz. III pkt 1 lit. h: opis harmonogramu dotyczącego budowy i wdrożenia Systemu ZONE; Rozdz. III pkt 2 lit. a – d: opracowanie planu działań Wykonawcy Systemu ZONE – przedstawienie adekwatnego i kompletnego opisu propozycji działań przewidywanych do podjęcia przez Wykonawcę Systemu ZONE dla zapewnienia osiągnięcia założonych w Projekcie ZONE celów. W tym zakresie koncepcja powinna zawierać: a.*listę działań przewidzianych do wykonania przez Wykonawcę Systemu ZONE dla zapewnienia osiągnięcia założonych w Projekcie ZONE celów;b. harmonogram podejmowania działań z listy w formie graficznej – np. wykresu Gantta, szczegółowego harmonogramu etapów Projektu ZONE lub innej powszechnie stosowanej w zarządzaniu projektami; c. określenie zasobów ludzkich /w szczególności liczba osób, ich kwalifikacje oraz czas pracy/ i innych niezbędnych do wykonania poszczególnych działań z listy; d. uzasadnienie dla wskazanych działań, harmonogramu i zasobów*') - ze wspólnym zakresem uprzednio zdefiniowanym i przygotowanym, tzn. w elementach przedmiotowego Studium Wykonalności. Z uwagi na newralgiczny charakter zawartych tam informacji, jak i całego dokumentu, który nie podlega udostepnieniu, zgodnie z wyrokiem WSA w Lublinie 18.10.2018 r., sygn. akt: II SAB/Lu 138/18, Izba jedynie hasłowo przedstawiła niniejsze zestawienie, uznając ze zostało ono przedstawione przez Zamawiającego na potrzeby postępowania odwoławczego jedynie dla składu orzekającego Izby. Tym bardziej, że jak stwierdził na rozprawie: *„(…) iż nie wykorzystano owego oryginalnego studium wykonalności w tym postępowaniu, gdyż zawiera ona bardzo obszerne informacje, które następnie są rozszerzane. Efekt tego postępowania i koncepcja musi być zgodna z owym studium, które nie było udostępnione. Wyjaśnia, iż pierwotny Zamawiający w tym zakresie nie wyraził woli, aby udostępnić studium w tym postępowaniu jako załącznik do dokumentacji (…)".* Przełożyło się to, w ocenie Zamawiającego, na zaoferowanie ceny za koncepcje o ponad 65 % niższej od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w zakresie opracowania koncepcji za system informatyczny. Niższej od wartości szacunkowej w tym zakresie o ponad 36 %. Izba w tej kwestii stwierdza, że mimo, iż uzyskane wyjaśnienia są bezsprzecznie w zakresie kalkulacji ceny, w tym wypadku za koncepcje o wiele pełniejsze od wyjaśnień Odwołującego w sprawie KIO 437/121 zawierają również *„typową beletrystykę"*, a mało konkretów.

Wykazał również informację Zamawiający, w posiadaniu których był i nadal jest Odwołujący, a do której dostępu nie mieliby inni Wykonawcy. W tym zakresie chodziło o Studium Wykonalności o którym jest mowa powyżej, ale również wartość szacunkową, gdyż niewątpliwe wiedzę w tym zakresie miał przed terminem składnia ofert. W tym ostatnim wypadku potwierdził to dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie - kopia Planu zamówień publicznych

Ministerstwa Rozwoju na 2020 r. na okoliczność wartości zamówienia wskazanej w poz. 41.

Jednocześnie, Izba wskazuje za orzecznictwem w kontekście cytowanego przez Zamawiającego wyroku KIO z 19.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2037/18, że: *„Z powyższego stanowiska, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie wynika, że doktryna i orzecznictwo uznawały, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zawsze zakłóca konkurencję, lecz, że wykluczenie takiego wykonawcy należy traktować jako ostateczność i umożliwić mu wykazanie, że zakłócenie konkurencji zostało zniwelowane. Wracając do kwestii domniemania ujętego w treści normy zawartej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp można jednak założyć, jako wyjątek od zawartej tam zasady zakłócenia konkurencji ze względu na udział wykonawcy lub jego personelu w przygotowaniu postępowania, że do jego powstania nie dochodzi wówczas, gdy to podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania (a więc następczo) przez samego zamawiającego, co jednocześnie zwalnia wykonawcę od konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie."* (za wyrokiem KIO z dnia 25.10.2018 r., sygn.. akt: KIO 1974/18). W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający umożliwił Odwołującemu wytłumaczenie się z zaistniałej sytuacji, jednakże efekt tego należy uznać za niezadawalający. Z kolei rozprawa potwierdziła zasadność działania Zamawiającego w zastosowaniu ostatecznego środka w postaci wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na zakłócenie konkurencji które nie zostało zniwelowane ani przez Zamawiającego (z uwagi na jednoznaczne stanowisko pierwotnego Zamawiającego w kontekście tego postępowania), jak i przez samego Odwołującego, którego dowody i wbrew pozorom stanowisko z rozprawy wręcz potwierdziło istniejącą przewagę konkurencyjną po jego stronie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Niewątpliwie – Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania (Zał. nr 5 do SIWZ), w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i uznała za własne, że, składając takie oświadczenie Wykonawca miał świadomość, że udział w przedmiotowym postępowaniu może zakłócić konkurencję. Wiedząc o tym winien, dochowując należytej staranności złożyć oświadczenie, że zachodzą okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, tj. że jego udział w przygotowaniu postępowania mógł zakłócić konkurencję, wykazując jednocześnie, w jaki sposób w jego ocenie zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane. Jednak zaniechał ujawnienia tej informacji w tym oświadczeniu. Należy potwierdzić, że Wykonawca pozostawił niewypełniony fragment ww. oświadczenia, który odnosił się do wskazania podjętych środków naprawczych w przypadku wystąpienia podstaw wykluczenia z postępowania. Powyższe świadczy, z czym Izba się zgadza, o niedbalstwie (stopień winy) Wykonawcy przy wypełnianiu oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, ponieważ jak wskazano za orzecznictwem wyroku z KIO 13.07.2020 r. sygn. akt: 1077/20: *„okoliczności sprawy wskazują, że Wykonawca wprawdzie nie przewidział skutków swojego działania (o czym świadczyć może podjęta następczo próba wykazania, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji), chociaż powinien i mógł, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności, je przewidzieć. Jak wspomniano, skoro nieprawdziwa informacja dotyczyła sytuacji podmiotowej (…), to należało stwierdzić, że podejmowane w tym zakresie decyzje znamionuje istotność, której wymaga przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Tym samym wypełnione zostały wszystkie przesłanki opisane w tej regulacji prawnej, co skutkować powinno wykluczeniem (…) z Postępowania"*.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia zwłaszcza zarzutu pierwszego, ale również drugiego, Izba oddaliła także zarzut trzeci naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, jako niezasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 436/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 us 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 437/21:

Odwołujący TechKoncept B. H. - sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień Wykonawcy, ponieważ złożył on wyjaśnienia spełniające wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, zgodnie z instrukcja wskazaną przez Zamawiającego.

2) art. 5 i art. 6 K.C., art. 90 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z tym, że Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie przesłanek których nie przedstawił (nie wymagał) ani w SIWZ ani w wezwaniu do wyjaśnienia rzekomo rażąco niskiej ceny.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Nie było sporne między stronami, że w treści SIWZ określono, że w Rozdz. I ust. 4;*„(…)maksymalna liczba godzin roboczych w ramach świadczenia usługi asysty eksperckiej nie przekroczy 1 500 godzin. Godzina robocza została zdefiniowana w § 2 Istotnych postanowień umowy (IPU), stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, jako: „Okres wykonywania przedmiotu umowy przez każdego Eksperta trwający godzinę zegarową w dni robocze w ramach godzin pracy Zamawiającego"(…)"*.

Nadto, zgodnie z ust. 6 Rozdz. I Klauzula środowiskowa:*„Wytworzone w ramach realizacji przedmiotu zamówienia dokumenty, Wykonawca będzie dostarczał głównie w formie elektronicznej. W przypadku konieczności sporządzania dokumentacji w formie papierowej, celem zminimalizowania negatywnego wpływu realizacji przedmiotu zamówienia na środowisko naturalne, Zamawiający wymaga, aby wszystkie wykonane przez Wykonawcę dokumenty były wydrukowane dwustronnie na papierze ekologicznym, spełniającym warunki certyfikatu FSC lub innego równoważnego certyfikatu, tj. dokumentu wystawionego przez organizację niezależną od Wykonawcy, upoważnioną do wystawiania dokumentu w kraju pochodzenia surowca i potwierdzającego takie same warunki, jak określone w wymienionym certyfikacie FSC."*. Z kolei, według ust. 7 Klauzule społeczne: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia przestrzegał zasad godnej pracy, tj. równego traktowania, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną."*. Natomiast, zgodnie z ust. 8 Zatrudnienie na umowę o pracę: *„Zamawiający, stosowanie do art. 29 ust. 3a ustawy, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320) co najmniej 1 osoby wykonującej czynności administracyjno-biurowe, nieprzerwanie przez cały okres wykonywania tych czynności. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę, na którym podmiocie spoczywa powyższy obowiązek, poprzez odpowiednie wypełnienie pozycji nr 3 formularza ofertowego*

(Załącznik nr 3 do SIWZ). Brak powyższych informacji (niewypełnienie odpowiedniej kratki) oznaczać będzie, że to na Wykonawcy spoczywa powyższy obowiązek. Szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące powyższego obowiązku, w szczególności sposób dokumentowania zatrudnienia, uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę powyższych wymagań oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań, określone zostały w Istotnych postanowieniach umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SIWZ". Dodatkowo, w ust. 9 Spełnienie wymagań art. 29 ust. 5 Pzp: *„System, zbudowany w ramach realizacji projektu „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji (ZONE)" będzie spełniał wymagania w zakresie zapewnienia dostępności stron internetowych wg standardu WCAG 2.1 (ang. Web Content Accessibility Guidelines) na poziomie AA. Wymagania WCAG 2.1 dla systemów teleinformatycznych w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych muszą być stosowane zgodnie z 4 zasadami: postrzegania, funkcjonalności, zrozumiałości i kompatybilności."*

Z kolei, w Rozdz. II.TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA określono, *„Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie:*
1) w zakresie opracowania koncepcji – do 45 dni od zawarcia umowy,
2) w pozostałym zakresie – od dnia zawarcia umowy do 31.08.2023 r. lub do wyczerpania maksymalnej liczby godzin roboczych, tj. 1 500, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi jako pierwsze.". Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 2 do SIWZ. Natomiast, zgodnie z Rozdz. VII Opis sposobu obliczenia ceny: *„1. Wykonawca określa cenę ofertową za wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie tej ceny w tabeli znajdującej się z pozycji nr 1 formularza ofertowego (Załącznik nr 3 do SIWZ). Cenę ofertową należy przedstawić zarówno za realizację całego przedmiotu zamówienia, jak i w podziale na opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego, o której mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 1 SIWZ, oraz świadczenie usługi asysty eksperckiej, o której mowa w Rozdziale I ust. 3 pkt 2 SIWZ.*
2. Cena ofertowa:
1) stanowić będzie całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, na warunkach określonych w SIWZ; w cenie należy uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, które wynikają z Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, oraz sposobu jego realizacji zawartego w Istotnych Postanowieniach Umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SIWZ; w cenie należy uwzględnić wszystkie koszty związane z przeniesieniem autorskich praw majątkowych,
2) musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku,
3) musi zawierać podatek od towarów i usług wg stawki obowiązującej w dniu wyznaczonym na dzień składania ofert oraz inne ewentualne opłaty lub podatki.".

W pozostałym zakresie, w tym innych postanowień SIWZ, Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Odwołujący złożył ofertę za cenę oferty brutto: - 258 373,80 PLN w tym w zakresie:
- opracowania koncepcji systemu ZONE – 153 373,80 PLN, - świadczenia asysty eksperckiej – 105 000,00 PLN; eCone Consulting sp. z o.o. - 276 750,00 PLN w tym w zakresie:
- opracowania koncepcji systemu ZONE –55 350,00 PLN, - świadczenia asysty eksperckiej – 221 400,00 PLN; Eco5tech S.A. - 303 871,50 PLN w tym w zakresie: - opracowania koncepcji systemu ZONE – 104 611,50 PLN, - świadczenia asysty eksperckiej – 199 260,00 PLN; Krajowa Agencja Poszanowania Energii S.A.684 000 zł w tym w zakresie: - opracowania koncepcji systemu ZONE – 384 000,00 PLN, - świadczenia asysty eksperckiej – 300 000,00 PLN.

Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście wezwania z 15.01.2021 r. do wyjaśnień, a przede wszystkim oceny przez Zamawiającego uzyskanych w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień Odwołującego z 21.01.2021 r.

W dniu 15.01.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej w ramach których stwierdził: *„(…) Dokonując badania Pana oferty, Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania/należytego wykonania przez Pana przedmiotu zamówienia w zakresie świadczenia usługi asysty eksperckiej, za cenę zaoferowaną w ofercie, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Świadczenie usług asysty eksperckiej stanowi istotną składową część przedmiotu zamówienia, w związku z czym wycena tej części ma znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia, a jednocześnie stanowi przedmiot odrębnego wynagrodzenia.*

W złożonej ofercie zaoferował Pan świadczenie usług asysty eksperckiej za kwotę 105 000 zł brutto, która jest niższa o ponad:
1) 65% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania,
2) 48% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tym zakresie.

Jednocześnie zaoferowana cena całkowita oferty (258 373,80 zł brutto) jest o ponad 34% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 ustawy, wzywam Pana do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny za opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania ww. części zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania tej części zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.);
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.

Złożone wyjaśnienia muszą przedstawiać kalkulację ceny ofertowej w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie.

Wyjaśnienia należy przekazać Zamawiającemu najpóźniej do 21 stycznia br. Wyjaśnienia zostaną uznane za przekazane w terminie, jeżeli dotrą do Zamawiającego przed upływem wymaganego terminu.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. (…)".

W odpowiedzi Odwołujący w ramach wyjaśnień z 21.01.2021 r. stwierdził co następuje:

„I. Wyjaśnienie ogólne. Na otwarciu ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 369 000 PLN Brutto. Oferta Wykonawcy stanowi więc 70,02 % „budżetu". W postępowaniu złożono pięć ofert, z których jedna jest bardzo wysoka, a pozostałe cztery są do siebie dość zbliżone. Oferta Wykonawcy jest realna i

gwarantuje wykonanie zamówienia:
- jest realna, o podobnej wartości jak trzy inne.
- Wykonawca dysponuje stosowną wiedzą i personelem.
- Wykonawca posiada niezbędne zaplecze do realizacji zadania.
- Wykonawca dysponuje wystarczającymi środkami finansowymi. Zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny wskazano w poniższych punktach.

Szczegółową kalkulacje wykonano w pliku excel, którego kopię zawarto w niniejszych wyjaśnieniach. Uśredniony koszt pracy przyjęto na poziomie 51,22 i 54,55 PLN na godzinę, co daje wynagrodzenie o ponad 20% wyższe od średniej krajowej i jest prawie trzykrotnie wyższe od pensji minimalnej. W kalkulacji przedstawione także oszacowanie dla innych potencjalnych kosztów z wyliczeniem zysku firmy.

Według wyroków: Sygn. akt: KIO 709/20, Sygn. akt: KIO 715/20, Wykonawca ma prawo do przedstawienia kalkulacji w sposób własny, w sposób w jaki przygotował ofertę, (….)

W porównaniu do innych postepowań i oferowanych, zaoferowana cena jest ceną z zakresu średniego i nie odbiega od realiów rynkowych.

Zgodnie z Dyrektywą Klasyczną, Zamawiający nakazuje ocenę dostarczonych informacji w drodze konsultacji z oferentem. W razie dodatkowych pytań, służę wyjaśnieniami. (….)

II. Wyjaśnienie szczegółowe.

„Niższa cena Usług" w ofercie, poprzez optymalizację prac i procesów prowadzi do rynkowej Konkurencyjności Podmiotu. W przypadku Usług głównym elementem cenotwórczym jest doświadczenie personelu oraz jego umiejętności interpersonalne, umiejętność sprawnego i szybkiego reagowania, podejmowania dobrych decyzji w krótkim czasie. W przedmiotowym temacie dedykowany personel posiada kilkunastoletnie doświadczenie, a personel kluczowy ponad dwudziestoletnie doświadczenie. Personel nabywał doświadczenie w pracy na etacie bądź w realizacji projektów w dużych i znanych instytucjach. Doświadczenie to wynika też z zarządzania złożonymi projektami jak i doświadczeniem we wdrażaniu złożonych projektów pod presją czasu.

Personel posiada też wiedzę potwierdzoną licznymi uznawanymi certyfikatami, jak Prince2, ITIL, Audytor ISO 27001, i szkoleniami z przedmiotowych obszarów, w tym z realizacji zamówień publicznych.

Natomiast zasadniczą różnicą w prowadzeniu projektów „dużych" jak i „małych" jest to co podano na wstępie, doświadczenie personelu oraz jego umiejętności interpersonalne, jako umiejętności społeczne, komunikacyjne, interakcyjne, relacyjne, odporność na stres, itp.

1) oszczędność metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 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) [art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp];

1. oszczędność metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych,

Wykonawca działa w oparciu o metodykę kierowania projektami Prince2Agile oraz wytyczne metodyk ITIL i ISO 27001. W procesach i procedurach wewnętrznych wykorzystuje metodykę Scrum (Agile). Metodyki te usprawniają i uskuteczniają decyzyjność i działanie Wykonawcy. Wykonawca posiada i stosuje System Zarządzania i Bezpieczeństwa Informacji zgodny z ISO 27001 na dowód czego przedkłada kopie Certyfikatu.

2. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy,

Przedmiotowe zamówienie jest adekwatne do nabytego doświadczenia Wykonawcy i Personelu, realizowanych projektów, napotykanych problemów i adekwatne do wykształcenia posiadanego przez dedykowany personel.

3. oryginalność projektu wykonawcy,

Projekt Wykonawcy, ze względu na oferowanie Usług, rozumiany jako „pomysłowość", wiedza, doświadczenie Wykonawcy i jego personelu. Przedmiotowe zamówienie jest adekwatne do nabytego doświadczenia Wykonawcy, realizowanych projektów, napotykanych problemów i adekwatne do wykształcenia posiadanego przez dedykowany personel. Wykonawca działa w oparciu o metodykę kierowania projektami Prince2Agile oraz wytyczne metodyk ITIL i ISO 27001. W procesach i procedurach wewnętrznych wykorzystuje metodykę Scrum (Agile). Metodyki te usprawniają uskuteczniają decyzyjność i działanie Wykonawcy. Działania Wykonawcy są skutecznie, np. w zakresie pozyskiwania dofinansowań unijnych, przykładowo w niedawno opublikowanych wynikach konkursu dziesięć wspieranych projektów znalazło się w pierwszej szesnastce najlepiej ocenionych projektów.

4. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia,

Wykonawca dysponuje sprzętem niezbędnym do realizacji niniejszego zamówienia w tym pojazdem zasilanym lpg, generującym niższe koszty. Wykonawca w rozliczeniach z personelem przyjmuje uśrednioną stawkę godzinową znacznie wyższą od ustawowej płacy minimalnej.

2) pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp); Wykonawca nie wykorzystuje pomocy publicznej.

3) okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie fart. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzpl;

Wykonawca w rozliczeniach z personelem przyjmuje uśrednioną stawkę godzinową znacznie wyższą od ustawowej płacy minimalnej.

4) okoliczności wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska (art. 90 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp),

Wykonawca realizuje Usługi w zgodzie z przepisami prawa w tym z przepisami prawa dotyczącymi ochrony środowiska. Ewentualne koszty, w tym koszty utylizacji sprzętu i materiałów zostały uwzględnione w marży (zysku).

5) Wykonawca nie powierzy wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Wykonawca oszacował i skalkulował, że poziom zaangażowania Personelu jak i innych kosztów będzie proporcjonalny do realizowanych już usług, dla których oszacowanie było dokonane na potrzeby tamtych postepowań. Skalkulowano na podstawie realnych danych z kalkulacji do ofert z wygranych postępowań i realizowanych usług. Wykonawca dla każdego z Projektów prowadzi szczegółowe zestawienia kosztów.

III.Kalkulacje. [w zakresie usługi eksperckiej oraz opracowania koncepcji] (…..)

IV.Zaplecze, Dowody.

Dowodami w sprawie kalkulacji ceny mogą być cenniki czy oferty podwykonawców, w tym przypadku Wykonawca nie będzie nabywał żadnego wyposażenia do zaplecza ani akcesoriów.

Kosztami wykonawcy w niniejszym kontrakcie będzie głównie koszt Ekspertówi koszty „dojazdów", na co Wykonawca posiada też zabezpieczone środki.

Kluczowym Ekspertem będzie właściciel firmy.

Wykonawca posiada też w pełni zabezpieczone zaplecze do prowadzenia działalności: 3 laptopy, tablet, 5 telefonów, 3 modemy GSM-LTE, 2 urządzenia wielofunkcyjne, wirtualny faks, pocztę elektroniczną, dwa samochody, środki

finansowe.

Wykonawca przedkłada dowody dotyczące posiadanego zaplecza, kosztów prowadzenia działalności oraz referencje za zrealizowane zamówienia. (…)".

Następnie przedłożył jako element wyjaśnień skany potwierdzające że ma telefon w Orange na kartę na określony numer. Skany dwóch dowodów rejestracyjnych (jeden w przerejestrowaniu). Paragon potwierdzający tankowanie samochodu na LPG. Skan polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1037862654 z dowodem uiszczenia składki, certyfikat PN-EN ISO/IEC 27001:2017-06, Prince 2 Agile Practitioner, Prince 2 Fuondation Examination, ScrumMaster, Apollo13, TUV Auditor Wiodący systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji wg. ISO/IEC 27001, Auditor Wewnętrzny Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg. ISO/IEC 27001:2013; Pełnomocnik Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg. ISO/IEC 27001:2013, Inspektor Ochrony Danych, ITIL Fuondation Certyfikate, Kontrola Zarządcza i Zarzadzanie Ryzykiem, referencje z 31.01.2019 r., 25.11.2019 r., Lista projektów wybranych do dofinansowania w ramach konkursu zamkniętego i w inne listy (w sumie 5 dotyczy e-usług) oraz wydruk w zakresie posiadanych środków.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego oraz drugiego zarzutu, Izba z uwagi na ich charakter rozpoznała je łącznie uznając, iż w/w zarzuty za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutów i wniosków Odwołującego. Zgodnie generalnie z pierwszym z nich wnosił o ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Stwierdzić, należy, że ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Nie jest bowiem zadaniem Zamawiającego prowadzenie postępowania wyjaśniającego aż do zupełnego wyczerpania wszelkich wątpliwości w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia są na tyle ogólne, że mogą być podstawą do uznania zaistnienia braku współpracy ze strony Wykonawcy, czyli ich braku. Zgodnie bowiem z orzecznictwem z wyrokiem KIO z 13.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2197/19:*„Wprawdzie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp mowa jest tylko o obowiązku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże regulację tę należy odczytywać łącznie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ostatnim z wymienionych przepisów zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.".* Podobnie w wyroku KIO z 04.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1461/20. Dodatkowo, jak stwierdza się w orzecznictwie za wyrokiem KIO z 29.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1702/17:*„(…) Zastosowanie trybu wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. − Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) oznacza, że zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a wszczęcie wskazanej procedury niesie ze sobą istotne konsekwencje, w postaci obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty oraz wykazania, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, że cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym gwarantuje prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie zamawiający zawsze w takim przypadku ma obowiązek dokonać rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, nie może tym samym uznać, że wystarczające są jakiekolwiek wyjaśnienia ogólne, niepoparte dowodami".*

Jednocześnie nie liczy się ilość, ale jakość. Zgodnie bowiem z orzecznictwem:*„(…) O istocie wyjaśnień wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny nie świadczy ich obszerność lecz przedstawione konkretne okoliczności mające wpływ na sposób kształtowania ceny oferty".* (za wyrokiem KIO z 23.03.2017 r., sygn. akt: KIO 431/17).

Wyjaśnienia bowiem co prawda zawierają skany różnych dokumentów, ale w żaden sposób nie określają one, albo czynią to w sposób bardzo znikomy, ogólny i nieprecyzyjny, w jaki sposób ich treść przekłada się na oszczędny charakter zastosowanej metody, czy też wpływają one na specjalna sytuacje Wykonawcy, która pozwalała na zaoferowanie przez Wykonawcę niskiej ceny. Tym bardziej, że w ocenie Izby charakter usługi wręcz nakazywał, aby osoba, czy też osoby je realizujące wykazywały się określonym doświadczeniem co wymagał także Zamawiający w SIWZ i dysponowały stosownymi certyfikatami (warunki udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania – Rozdz. IV , czy też kryterium oceny ofert za dodatkowe doświadczenia zespołu – 40% wagi – Rozdz. VIII)Izba wskazuje za orzecznictwem wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 13.03.2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15:*„(…) warto przywołać wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2794/13, w którym Izba zauważyła, że »nie można z góry przesądzić, czy w danym przypadku konieczne było przedstawienie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów, czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany − wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych, energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, położenia siedziby blisko miejsca wykonania zamówienia, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych....«. Nawiązując do tego wyroku Sąd Okręgowy wskazuje, że wykonawca winien dążyć do wykazania wartości rynkowej poszczególnych elementów zamówienia, a tego bez wątpienia skarżący zaniechał"*

Nadto*: „Odnośnie kwestii ewentualnego dopytania w zakresie ceny rażąco niskiej, na którą możliwość wskazywał Przystępujący (Wnoszący Sprzeciw). Wymaga w tym zakresie podkreślenia za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15, że co do zasady: "(...)Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)". Z tym zastrzeżeniem, co jest istotne w tym stanie faktycznym - za wyrokiem KIO z 25.04. 2014 r., sygn. akt: KIO 725/14, że: "(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy". Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku KIO z 31.08. 2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17. W przedmiotowym stanie faktycznym Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to co zostało faktycznie złożone przez Przystępującego."* (za wyrokiem KIO z dnia 17.10.2020 r., sygn. akt: KIO 2394/20). Podobnie w wyroku KIO z 25.02.2020

r., sygn. akt: KIO 283/20

Rozprawa potwierdziła, że nie było żadnych przeszkód po stronie Odwołującego do przedstawienia pełniejszej i bardziej wyczerpującej kalkulacji. Zgodnie zaś z orzecznictwem *„Podobnie stwierdził, na rozprawie (co jest niedopuszczalne w zakresie ceny rażąco niskiej, gdyż wszelkiego rodzaju wyjaśnienia i dowody ponad to co jest w wyjaśnieniach składane na rozprawie nie mogą być brane pod uwagę zgodnie z orzecznictwem KIO oraz sądów powszechnych np.: w wyroku SO Warszawa-Praga w Warszawie z 09.04.2010 r., sygn. akt: IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: "złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że "dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy", jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, ze wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty."*) (za wyrokiem KIO z dnia 17.10.2020 r., sygn.. akt: KIO 2394/20) Zgodnie z orzecznictwem kalkulacja jest kluczowym elementemw zakresie wykazywania realności zaoferowanej ceny jako nie będącej rażąco niska. Podobnie w orzecznictwie: *„(…)Zamawiający wyraźnie podnosił na rozprawie że kluczowymi kosztami dla przedmiotowego postępowania są koszty pracy. Mimo to przeszedł to porządku dziennego nad faktem braku złożenia chociażby w tym zakresie stosownej kalkulacji, mimo że w wezwaniu wyraźnie jest mowa o kosztach pracy i dowodach. Izba podkreśla, że tego typu kalkulacja ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07. 2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, wyrokiem KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16, czy też wyrokiem KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17). (…)"*(za wyrokiem KIO z dnia 19.12.2017 r., sygn.. akt: KIO 2586/17).

Kalkulacja przedstawiona w wyjaśnieniach jest nie tylko niepełna, co zawiera istotne braki, co potwierdził de facto sam Odwołujący na rozprawie, dodając do tej kalkulacji zupełnie nowe brakujące elementy. Z jego stanowiska wynika także niezrozumienie, a przynajmniej wybiórcze rozumienie instytucji wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Twierdzi bowiem, że skoro składał wcześniej identyczne wyjaśnienia i były one akceptowane przez innych Zamawiających to są wystarczające: *„Taki sposób kalkulacji Wykonawca stosuję od samego początku prowadzenia firmy i nigdy nie było to „krytykowane", nieuznawane przez żadnego z Zamawiających"*. Wyjaśnienia musza być dostosowane, tak do zaoferowanej ceny, jak do przedmiotu zamówienia każdego zamówienia, której emanacją jest właśnie cena. Zgodnie bowiem z orzecznictwem: *„Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia."* (wyrok KIO z 15.04.2019 r., KIO 522/19). Podobnie miało miejsce w wyroku KIO z 05.10.2017 r., sygn. akt: KIO 1938/17.

Jednocześnie nie jest rolą Zamawiającego doliczanie na własną rękę do przedstawionej kalkulacji w wyjaśnieniach takich czy innych wartości (za protokołem: *„Wyjaśnia, iż owe 51 zł to koszt samego wynagrodzenia, stąd należy doliczyć też koszty związane z dojazdami, hotelami i delegacjami. Po doliczeniu dodatkowych elementów cenotwórczych otrzymamy kwotę na jednego pracownika jednej godziny asysty eksperckiej 70 zł brutto (70 x 150 = 105 000 zł brutto)."*, gdyż ciężar dowodu, co wynika z przepisu (art. 190 ust. 1a Pzp, art. 537 NPzp), spoczywa po stronie Wykonawcy. Nadto, zasada przejrzystości zmusza, aby Zamawiający kierował się taką argumentacją jaka została wyrażoną w wyjaśnieniach nie może dodawać sobie brakujących elementów, bo Odwołujący uważa że są one oczywiste, czy też notoryjne (art. 532 ust.1 NPzp). W takiej sytuacji żadne wyjaśnienia nie byłyby konieczne, co więcej wyjaśnienia są potrzebne także dla innych uczestników postępowania. Muszą być bowiem jasne motywy dla których Zamawiający nie uznał danej ceny za rażąco niską. Zgodnie bowiem z orzecznictwem: *„(…) Zamawiający nie może opierać się w ocenie otrzymanych wyjaśnień na własnej wiedzy („Według wiedzy zamawiającego firmy w zakresie zakupu kruszywa radzą sobie w różnoraki sposób i zakupują go w bardzo przystępnych cenach") lub też zaufaniu jakim darzy danego Wykonawcę. Postępowanie ma charakter transparenty. Zasada jawności wymaga czytelności czynników na jakich oparł się Zamawiający w ocenie złożonych wyjaśnień. Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 24.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1806/18: „Podnieść należy, że ocena ceny wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pod kątem jej rażąco niskiego charakteru może być dokonana wyłącznie na podstawie tychże wyjaśnień, które z kolei winny stanowić adekwatną do oczekiwań zamawiającego, wyartykułowanych w treści wezwania, odpowiedź.". Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko* wyrażone m.in. w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16;*„(…) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (….) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (….), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (….) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (…) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (…). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę (….) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (…)"*. (za wyrokiem KIO 04.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1461/20). Podobnie za wyrokiem KIO z 23.06.2017 r., sygn. akt KIO 1169/17, KIO 1170/17): *„(…) Nie jest rolą Zamawiającego przyporządkowywanie złożonych dowodów do twierdzeń Odwołującego, wyrażonych w wyjaśnieniach i przeprowadzanie ewentualnej symulacji kosztów w wariantach, które mógł uwzględnić Odwołujący. Z całą mocą należy podkreślić, że ciężarem dowodu w tym przedmiocie ustawodawca obarczył wykonawcę (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) i zastępowanie w tym względzie Wykonawcy przez Zamawiającego nie tylko nie jest uzasadnione, ale i niedozwolone.(…)"*.

Izba naturalnie abstrahuje od kwestii ewentualnej tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, która także trzeba wykazać i potwierdzić dowodami.

Izba ponownie podkreśla, że nie można uzupełnić wyjaśnień podczas rozprawy: *„(…)Stawki ZUS-owskie są ogólnie dostępne i można je z łatwością wyliczyć. Wylicza, iż 52 zł x 168 daje około 9 000 zł na osobę. Po odliczeniu składek ZUS i US zostaje około 6 000 zł na przysłowiowa rękę i jest to stawka, za która rozlicza się Odwołujący z osobami współpracującymi (…) Podkreśla, iż wyliczenia przedstawione w kalkulacji dołączonej do wyjaśnień są oparte na realnych kosztach, jak wskazywał, daje to 6 000 zł miesięcznie na jednego eksperta"*, a argumentacja z rozprawy Odwołującego potwierdziła, że nie było żadnych przeszkód do przedstawienia pełniejszych i czytelniejszych wyjaśnień. Zgodnie zaś z orzecznictwem (za wyrokiem KIOz 4 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2387/18:*„(…) Jak wynika z treści art. 90 ust. 2*

ustawy – Prawo zamówień publicznych, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy − Prawo zamówień publicznych, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że owo udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym".

Odnośnie kolejnego z zarzutów a zarazem wniosku sprowadzającego się de facto do tego, że wezwanie do wyjaśnień nie było dostatecznie wyczerpujące i związku z tym konieczności ponownego wezwania do wyjaśnień. W tym zakresie Izba wskazuje, że Odwołujący nie był jedynym Wykonawcą (Econe Consulting Sp. z o.o.) wezwanym do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Takiej samej treści wezwanie (z 13.01.2021 r.) było wystosowane do innego Wykonawcy, który nie miał problemu z przedstawieniem wyjaśnień (19.01.2021 r.), które są pełniejsze od wyjaśnień Odwołującego w szczególności w zakresie przedstawionej kalkulacji. Podobnie w orzecznictwie: *„(…)takie dodatkowe wezwanie byłoby możliwe, gdyby wezwanie było nieprecyzyjne, albo gdyby postanowienia SIWZ nie było jednoznaczne. Izba jednakże ustaliła, że inni Wykonawcy wezwani w tym samym zakresie oraz wedle tej samej treści jednoznacznie zrozumieli tak istotę wezwania, jak również doskonale wiedzieli co należy rozumieć (…)"* (za wyrokiem KIO z 17.10.2020 r., sygn. akt: KIO 2394/20).

Abstrahując od tego, że także zostały zakwestionowane przez Zamawiającego wbrew błędnemu stanowisku Odwołującego, czy też opinii w tym zakresie wyrażonej w odwołaniu: *„Zamawiający nie miał zastrzeżeń co do ceny tego wykonawcy. Cena Odwołującego jest jedynie około 7 % niższa od tej oferty"*.

Względem zaś samego wezwania bezsprzecznie zawierało ono wskazanie co do przedstawienia: *„(…) kalkulację ceny ofertowej w zakresie świadczenia usług asysty eksperckiej z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe, finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualnie inne okoliczności decydujące o obniżeniu ceny w tym zakresie (…)"*, a takich informacji nie przedstawiono, a przyjemniej przedstawiono w sposób niepełny. Dodatkowe wyjaśnienia wiązałyby się z koniecznością przebudowywania pierwotnych wyjaśnień w stopniu przekraczającym zwykłego dopytania. Dotyczy to tak kwestii doliczenia kosztów ZUS, US (danin publicznych), ale także kosztów zatrudnienia pracownika biurowego, którego zatrudnienie na umowę o prace przewidział Zamawiający w SIWZ (m.in. konieczność wyodrębnienia kosztów związanych z obowiązkiem zatrudnienia pracownika biurowego na umowę o pracę i określenia ilości roboczogodzin *„nieprzerwanie przez cały okres wykonywania tych czynności"*. Wyjaśnienia w tym zakresie z rozprawy są po pierwsze spóźnione, po drugie niewiarygodne świadczące raczej o argumentacji przedstawionej na potrzeby postępowania odwoławczego – ujęcie kosztów w zysku, zastępowanie pracownika administracyjnego przez właściciela). W tym ostatnim wypadku należy zauważyć, że Zamawiający zastrzegł w Rozdz. IV ust. 1 pkt. 1.2 po ppkt 3 *„Uwaga"* SIWZ, że dopuszcza, aby jedna osoba była wskazana w nie więcej niż 2 rolach, z wyłączeniem roli Koordynatora zespołu osób zdolnych do wykonania zamówienia (Koordynatora Zespołu Wykonawcy), która nie może być łączona z innymi rolami, a taką role miał pełnić właściciel obecny na rozprawie. Wydaje się również na podstawie stanowiska wyrażonego na rozprawie: *„(…) W zakresie kosztów związanych z delegacją nie posiada żadnej stałej umowy z hotelem lub hotelami, ma wiedzę co do tego, jakie hotele są w okolicy, w której realizowane byłoby zamówienie. Zwraca uwagę, że, z uwagi na trwającą pandemię, większość pracy wykonywana byłaby w sposób zdalny, tudzież jest możliwość organizowania telekonferencji poprzez darmowy program Zoom. Zwraca uwagę, że sam Zamawiający przewidywał, iż miejscem świadczenia usługa będzie siedziba danego wykonawcy. (…) Wyjaśnia, iż co prawda przewidywał prace innych ekspertów, jednakże raczej o charakterze pomocniczym, gdyż docelowo przewidywał, iż będzie to jedynie jego, jako właściciela firmy, praca. Zwraca uwagę, iż Zamawiający nie oczekiwał realizacji zamówienia w ten sposób, iż cały zespół wykonawcy stawiałby się osobiście w siedzibie Zamawiającego. Jakość nie zależy od ilości osób"*, że Wykonawca ryzyko określonych kosztów ujmował w sposób wybiórczy lub też dokonywał określonych założeń minimalnych nie ujmując wymaganych kosztów i tzw. ryzyk maksymalnych które mogę mieć miejsce w trakcie realizacji zamówienia, np. kosztów sporządzenia dokumentacji nie tylko w formie elektronicznej ale również papierowej, przestrzegania zasad godnej pracy, dokumentowania zatrudnienia, uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę powyższych wymagań, czy też świadczenia usługi asystenckiej nie tylko w siedzibie Wykonawcy, ale także w siedzibie Zamawiającego, albo w miejscu, które w ocenie Zamawiającego będzie najbardziej odpowiednie ze względu na charakter usługi, czyli *de facto* w dowolnym miejscu wskazanym przez Zamawiającego (ta ostatnia kwestia na str. 2 zał. nr 2 opisu przedmiotu zamówienia).

Względem istotności (według SIWZ, płatność) i celowości samego wezwania. Konieczne jest wskazanie, że Zamawiający wyraźnie w wezwaniu wskazał, że: *„W złożonej ofercie zaoferował Pan świadczenie usług asysty eksperckiej za kwotę 105 000 zł brutto, która jest niższa o ponad:*
1) 65% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania,
2) 48% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tym zakresie.
Jednocześnie zaoferowana cena całkowita oferty (258 373,80 zł brutto) jest o ponad 34% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. (…)". Nadto, określił w SIWZ konieczność wyceny zarówno za realizację całego przedmiotu zamówienia, jak i w podziale na opracowanie koncepcji systemu teleinformatycznego, o której mowa w Rozdz. I ust. 3 pkt 1 SIWZ, oraz świadczenie usługi asysty eksperckiej, o której mowa w Rozdz. I ust. 3 pkt 2 SIWZ określając tym samym kluczowe, tzn. istotne elementy przedmiotu zamówienia. Ustalił również że cena oferty będzie stanowić całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, na warunkach określonych w SIWZ; w cenie należy uwzględnić wszystkie koszty związanez realizacją zamówienia, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Zał. nr 2 do SIWZ, oraz sposobu jego realizacji zawartego w istotnych postanowieniach umowy, stanowiących Zał. nr 1 do SIWZ; w cenie należy uwzględnić również wszystkie koszty związane z przeniesieniem autorskich praw majątkowych. O istotności obu elementów świadczy również TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA w ramach którego określono, że *„Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie:*
1) w zakresie opracowania koncepcji – do 45 dni od zawarcia umowy,
2) w pozostałym zakresie – od dnia zawarcia umowy do 31.08.2023 r. lub do wyczerpania maksymalnej liczby godzin roboczych, tj. 1 500, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi jako pierwsze.".

W przedmiotowym zakresie, w pierwszej kolejności Izba podnosi za orzecznictwem: *„(…) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) przewiduje obowiązek zamawiającego wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy spełnione są przesłanki arytmetyczne, tj.*

przekroczony jest próg 30% w stosunku do wartości zamówienia albo do średniej arytmetycznej złożonych ofert, bądź gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego" (za wyrokiem KIO z 08.05.2018 r., sygn. akt KIO 769/18). Nadto, przywołać za orzecznictwem, że: *„(...) opieranie się wyłącznie na językowej wykładni ww. uregulowania [art. 90 ust. 1 ustawy Pzp − przyp. autora] i stosowanie tego rodzaju porównania [udział procentowego pozycji w całkowitej cenie oferty − przyp. autora] w celu ustalenia istotnych części składowych ceny (kosztu) oferty, bez odwołania się do innych kryteriów czy okoliczności, jest błędne. Wynika to z tego, że im bardziej dana część składowa ceny oferty jest zaniżona, tym mniejszy jest jej udział procentowy w całkowitej cenie oferty. Dokonanie oceny w ww. zakresie powinno zatem następować przy zastosowaniu różnych kryteriów, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy. Należy w tym miejscu przywołać uregulowanie zawarte w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. fragment, w którym ustawodawca wskazał, iż cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, mają budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W przypadku, gdy mamy do czynienia z zamówieniami o zróżnicowanym przedmiocie zamówienia, na który składają się np. różnorodne usługi lub dostawy, ww. uregulowanie należy odnosić także do możliwości wykonania poszczególnych, wyodrębnionych części zamówienia. Tym samym pojęcie „istotności" części składowej ceny lub kosztu należy interpretować również poprzez odniesienie się do „istotności" części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu.* (za wyrokiem KIO z 18.01.2019 r., sygn. akt KIO 2678/18). W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający był zarówno zobowiązany do wystosowania wezwania z uwagi na okoliczności natury arytmetycznej, jak i z uwagi na istotne elementy przedmiotu zamówienia.

Jeżeli Odwołujący nie uznawał tego elementu, tj. asysty eksperckiej za istotny mógł zakwestionować powyższe przynajmniej w swoich wyjaśnieniach z 21.01.2021 r., czego nie uczynił, jeżeli nie chciał składać środka ochrony prawnej, co jest praktykowane przez innych Wykonawców, z czym Izba się spotkała w swojej praktyce orzeczniczej.

Izba w przedmiotowej sprawie musiała zważyć kwestie braku odpowiedzi na to, co zawierało wezwanie, ogólnikowe wyjaśnienia z 21.01.2021 r. i tylko pozornie obszerne, z ewentualnym brakami, które nie miały charakteru istotnego samego wezwania
z 15.01.2021 r.

Jednocześnie należy pamiętać, że zgodnie z orzecznictwem - za wyrokiem KIOz 03.02.2016 r., sygn. akt: KIO 77/16): *„(…) art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. − Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) pozwala zamawiającemu na skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, jednak w sytuacji, gdy wykonawca złożył rzetelne, szczegółowe wyjaśnienia poparte dowodami, ale jakieś elementy tych wyjaśnień budzą jego wątpliwości, czy wymagają doprecyzowania. Jest to prawo zamawiającego, a nie jego obowiązek. Uprawnienie to nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, do czego mogłoby dojść, gdyby zamawiający zwracając się powtórnie o wyjaśnienia, sugerował wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć".*

Nadto, wobec nie podołania przez Odwołującego spoczywającego na nim ciężarowi dowodowemu w podstawowej nawet formie, tj. przedstawionej kalkulacji. W konsekwencji uznając niecelowość takiego ponownego wezwania z uwagi na okoliczności wskazane powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 437/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 us 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 436/21, sygn. akt: KIO 437/21 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący:

……