Sygn. akt: KIO 2556/21

WYROK

z dnia 7 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Entrast Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Dzielnej 60 (01-029 Warszawa), TROGON BC Sp. z o.o. z siedzibą w Słupach pod numerem 86 (10-381 Olsztyn) oraz K. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZOLTEK Design K. Z. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Iwaszkiewicza 22b/7 (10-089 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II z siedzibą w Krośnie z przy ul. Korczyńskiej 57 (38-400 Krosno)

przy udziale wykonawcy Red Code Sp. k. z siedzibą w Gdyni przy ul. Żołnierzy I Armii Wojska Polskiego 10 lok. B6 (81-383 Gdynia), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Entrast Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TROGON BC Sp. z o.o. z siedzibą w Słupach oraz K. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZOLTEK Design K. Z. z siedzibą w Olsztynie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Entrast Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TROGON BC Sp. z o.o. z siedzibą w Słupach oraz K. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZOLTEK Design K. Z. z siedzibą w Olsztynie na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II z siedzibą w Krośnie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2556/21

Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II z siedzibą w Krośnie zwany dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp", w trybie podstawowym pn.: Wyłonienie Inżyniera Kontraktu do realizacji projektu: Poprawa dostępności do świadczeń medycznych poprzez modernizację i rozwój e-usług w Wojewódzkim Szpitalu Podkarpackim im. Jana Pawła II w Krośnie II (o numerze: EZ/215/27/2021), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lipca 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00109412/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 30 sierpnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Entrast Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TROGON BC Sp. z o.o. z siedzibą w Słupach oraz K. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZOLTEK Design K. Z. z siedzibą w Olsztynie (zwani dalej: „odwołującym") wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy zaoferowana cena jest ceną rynkową, a odwołujący przedłożył kompleksowe wyjaśnienia wraz z dowodami;

- wyborze oferty wykonawcy Red Code Sp. k. z siedzibą w Gdyni (zwanego dalej jako: „Red Code"), podczas gdy złożona oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ") oraz podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną;

- zaniechaniu odrzucenia w postępowaniu oferty złożonej przez Red Code;

- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu ewentualnie, zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnień treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy przedłożone wyjaśnienia i wyliczenia budziły wątpliwości zamawiającego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż oferta odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia były zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w treści SWZ;

2) art. 226 ust, 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Red Code podczas gdy oferta Red Code jest w sposób oczywisty niezgodna z SWZ ponieważ nie zawiera wartości wynagrodzenia za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej dostaw, podczas gdy zamawiający zgodnie z treścią rozdziału XXII ust. 4 zastrzegł, że cena za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez wykonawcę w formularzu ofertowym, a także żadna cena jednostkowa, nie może mieć wartości 0,00 zł;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Red Code, podczas gdy Red Code w odpowiedzi na wezwanie zamawiający złożyła

wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny lakoniczne i niepoparte dowodami, a tym samym nie uzasadniające podanej w ofercie ceny;

4) art. 224 ust. 1 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 223 Pzp oraz art. 16 Pzp przez zaniechanie

wezwania odwołującego do wyjaśnień w sytuacji, w której przedłożone przez odwołującego wyliczenia i dowody w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, budziły wątpliwości zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Red Code jako oferty najkorzystniejszej w postepowaniu i ponowne badanie i ocenę ofert;

- odrzucenie oferty Red Code z postępowania;

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej ewentualnie wezwanie odwołującego do wyjaśnień treści złożonych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Red Code jako niezgodnej z warunkami zamówienia stwierdził, że zamawiający w treści formularza ofertowego wymagał, aby wykonawcy podali cenę za wykonanie usługi inżyniera kontraktu poprzez wskazanie łącznego zryczałtowanego wynagrodzenia, na które składa się:

- wynagrodzenie za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej dostaw;

- wynagrodzenie za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej usług.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że oferta złożona przez Red Code zawierała wskazanie łącznego wynagrodzenia za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu na kwotę 82 500 zł netto (101 475,00 zł brutto) oraz wskazanie, że cała kwota jest kwotą za wynagrodzenie za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej usług. Wykonawca Red Code nie wskazał, jaka część wynagrodzenia będzie związana z pełnieniem funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej dostaw. Treść oferty wskazuje, że wykonawca Red Code nie przewidział żadnego wynagrodzenia za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w części dotyczącej dostaw.

Zdaniem odwołującego na uwagę zasługiwała jednak reguła wprowadzona do postępowania przez zamawiającego w rozdziale XXII ust. 4 SWZ, który stanowi: „Cena za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, a także żadna cena jednostkowa, nie może mieć wartości 0,00 zł". Przy tak sformułowanym zapisie w treści SWZ nie ulegało wątpliwości, że oferta złożona przez Red Code jest niezgodna z warunkami zamówienia wskazanymi w treści SWZ. Brak podania wartości w formularzu ofertowym był równoznaczny z podaniem wartości na poziomie 0,00 zł. Treść formularza wskazywała na brak wyceny usług inżyniera w części dotyczącej dostaw, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia nakładał w tym zakresie szereg obowiązków na potencjalnych wykonawców. Na błędne rozumienie zapisów opisu przedmiotu zamówienia wskazał bezpośrednio w swoich wyjaśnieniach z dnia 2 sierpnia 2021 r. wykonawca Red Code, który stwierdził:

- zgodnie z opz przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług inżyniera kontraktu;

- zamówienie bezsprzecznie dotyczy usług inżyniera kontraktu;

- postepowanie nie jest podzielone na części;

- nie ma możliwości innego wypełnienia treści wzoru formularza oferty jak tylko przez wskazanie całej kwoty w pozycji dotyczącej pełnienia funkcji inżyniera kontraktu w części dotyczącej usług.

W opinii odwołującego przedłożone wyśnienia de facto potwierdzały, że wykonawca Red Code nie zapoznał się z treścią opisu przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że przedmiot zamówienia pełnienie funkcji inżyniera kontraktu jest usługą. Natomiast opis przedmiotu zamówienia wskazuje na podział obowiązków inżyniera kontraktu na te związane z zakupem usług oraz na takie, które będą się wiązały np. z dostawami sprzętu dla zamawiającego. Dlatego też zamawiający zażądał podziału wynagrodzenia w formularzu oferty nie na usługi i dostawy świadczone przez wykonawcę (jak próbuje to sugerować wykonawca Red Code), tylko wskazał literalnie:

- „wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części

dotyczącej dostaw w kwocie.....”
- „wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części

dotyczącej usług w kwocie.....”

W ocenie odwołującego potencjalny wykonawca nie miał, jak próbuje to sugerować wykonawca Red Code, wyceniać usług i dostaw, ale podać jaka jest cena jego usług w części dotyczącej dostaw, a jaka w części dotyczącej usług. Dlaczego taką konstrukcję przyjął zamawiający było poza zakresem odwołania na tym etapie. Może to być przydatne np. w sytuacji odstąpienia czy rozwiązania umowy. Niemniej co po raz kolejny podkreślił odwołujący - zamawiający me dopuścił w przedmiotowym postępowaniu wskazania składowej ceny na poziomie 0,00 zł. Zatem brak wskazania ceny jednostkowej w tym konkretnym przypadku winien skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Red Code. Zamawiający winien traktować wykonawców z poszanowaniem zasady równego traktowania z art. 16 Pzp. W tym zakresie nie można zgodzić się z opinią w zakresie złożonych wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2021 r. Opiniujący W. O. w zakresie ww. błędu w formularzu wskazał: Dodatkowo szereg orzeczeń KIO wskazuje, że odrzucenie takiej oferty mogłoby być ryzykowne dla Zamawiającego. Stąd można przyjąć, iż jest to pewnego rodzaju uchybienie ze strony wykonawcy ale jest ono neutralne ze względu na wynagrodzenie ryczałtowe, zapisy SWZ I PPU i nie ma moim zdaniem to wpływu na dalszą procedurę badania i oceny tej oferty. Takie stwierdzenie potwierdza brak znajomości SWZ i zapisu z rozdziału XXII ust. 4 SWZ, do którego opiniujący się nie odniósł i całkowicie go w swojej opinii pominął.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 16 Pzp odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że uzasadniając decyzję o odrzuceniu jego oferty zamawiający podał okoliczności, które w jego ocenie stanowią uzasadnienie dla braku wykazania rażąco niskiej ceny przez odwołującego. Ponieważ odwołujący kwestionował sposób dokonania oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, który w jego ocenie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, na potrzeby odwołania koniecznym było porównanie złożonych przez wykonawców wyjaśnień, do których zamawiający podszedł zupełnie inaczej, tj. w sposób jawnie dyskryminujący ofertę odwołującego. Różnica w cenie między złożonymi ofertami wynosiła 1000 zł netto. Już sam ten fakt powinien skłonić zamawiającego do refleksji co do odmiennej oceny ofert jako zawierających rażąco niską cenę. Tak niewielka różnica między złożonymi ofertami świadczyła raczej o ich rynkowym poziomie, ponieważ 1000 zł netto na tak dużym kontrakcie może świadczyć jedynie o mniejszym/większym zysku. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, iż oferta na kwotę 81 500 była rażąco niska, natomiast na kwotę 82 500 była już ofertą rynkową. Oczywistym jest zastosowanie przez zamawiającego różnych reguł do oceny złożonych przez wykonawców wyjaśnień, ponieważ przy zastosowaniu tych samych mierników obydwie oferty zostałyby potraktowane w podobny sposób.

Porównując złożone wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał, że złożył wyjaśnienia (11 stron), w których starał się wykazać wszelkie ponoszone koszty takie jak:

- koszty osobowe;

- koszty dojazdu;

- koszty wynajęcia pomieszczeń do prowadzenia działalności;

- sposoby zarządzania procesem świadczonych usług;

- oszczędności metody wykonania zamówienia;

- wybrane rozwiązania techniczne służące poprawie efektywności zamówienia;

- oryginalność usług oferowanych przez wykonawcę.

Dodatkowo odwołujący na miarę możliwości dołączył do wyjaśnień dowody, które w jego ocenie potwierdzają ich prawidłowość.

Wybrany przez zamawiającego wykonawca Red Code:

- złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na dwóch stronach;

- nie przedłożył na ich poparcie żadnych dowodów;

- nie wykazał kosztów związanych z prowadzeniem działalności;

- nie odniósł się do sposobu zarządzania procesem usług;

- nie odniósł się do sposobów uzyskania oszczędności w projekcie;

- nie wskazał żadnych rozwiązań technicznych służących poprawie efektywności zamówienia.

Co więcej analiza wyjaśnień złożonych przed wykonawcę Red Code wskazywała na rażące zaniedbania ze strony zamawiającego przy ich ocenie i prowadziła do następujących

wniosków:

a) koszty dojazdu - uzasadniając rzekome koszty dojazdu do siedziby zamawiającego Red Code do swoich wyliczeń przyjął dojazd z Tarnowa do Krosna uzasadniając to tym, że osoba wskazana do udziału w realizacji „pochodzi z Tarnowa". W ocenie odwołującego fakt pochodzenia pana Ł. K. z Tarnowa nie przesądzał w żadnym stopniu o możliwości dokonania kalkulacji dojazdów na trasie Tarnów-Krosno, a nie Gdynia (siedziba Red Code) Krosno. O kalkulacji dojazdów decyduje zamieszkanie/siedziba firmy, a nie miejsce pochodzenia. Co więcej na fakt pochodzenia pana Ł. K. z Tarnowa Red Code nie przedłożył żadnych dowodów. Prawidłowa kalkulacja winna zatem zakładać 680 km (odległość na trasie Gdynia-Krosno);

b) koszty dojazdu - koszt paliwa jako jedyny ponoszony przez wykonawcę również nie miał oparcia w treści wyjaśnień. W wyjaśnieniach wykonawca Red Code kalkulując koszty dojazdu uwzględnił tylko koszt paliwa. Mając na uwadze, że wykonawca nie załączył żadnych dowodów, ani nawet oświadczenia w tym zakresie, na dowód dysponowania własnym pojazdem prawidłowe ustalenie kosztów dojazdu winno być ustalone w oparciu o tzw. kilometrówkę, tak jak uczynił to odwołujący. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 3 i ust. 4 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej, które znajduje zastosowanie także do innych pracodawców, na wniosek pracownika pracodawca może wyrazić zgodę na przejazd w podróży krajowej lub podróży zagranicznej samochodem osobowym, motocyklem lub motorowerem niebędącym własnością pracodawcy. W takim przypadku pracownikowi przysługuje zwrot kosztów przejazdu w wysokości stanowiącej iloczyn przejechanych kilometrów rzez stawkę za jeden kilometr przebiegu, ustaloną przez pracodawcę, która nie może być wyższa niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 34a ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 1265 oraz z 2013 r. poz. 21);

c) w wyjaśnieniach wykonawca Red Code kalkulując koszty dojazdu nie uwzględnił podatku VAT w koszcie zakupu paliwa, zakładając pełne jego odliczenie. Zgodnie natomiast z art. 86a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2021 r. poz. 685) w przypadku wydatków związanych z pojazdami samochodowymi kwotę podatku naliczonego, o której mowa w art. 86 ust. 2, stanowi 50% kwoty podatku wynikającej z faktury otrzymanej przez podatnika. Odliczenie 100% podatku VAT od zakupionego paliwa możliwe jest na zasadach określonych w dalszych ustępach cytowanego przepisu, niemniej jednak wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek do jego zastosowania;

d) przyjęte przez wykonawcę Red Code w wyjaśnieniach wynagrodzenie Kierownika projektu i zarazem Architekta infrastruktury i bezpieczeństwa systemu na poziomie 4 100,00 zł brutto nie jest wynagrodzeniem rynkowym. Potwierdza to także sama treść wyjaśnień z których wynikało, że osoba wskazana do pełnienia tych funkcji obecnie jest zatrudniona u wykonawcy za wyższym wynagrodzeniem (powiększonym o premię uznaniową). Zupełnie absurdalne jawią się wyjaśnienia w zakresie, w jakim z powołaniem na bogate doświadczenie zawodowe oraz bardzo dobrą znajomość projektu zamawiającego dedykowana osoba miałaby nie otrzymywać premii. Równie nielogiczne było stanowisko zamawiającego zawarte w opinii z dnia 12 sierpnia 2021 r. zgodnie z którym osoba ta

otrzymuje wynagrodzenie w postaci premii za usługi doradcze świadczone wobec innych klientów wykonawcy. Umknęło bowiem zamawiającemu, że zaangażowanie dedykowanej osoby w projekt zamawiającego określono na pełny etat, zatem nie jest możliwe zlecanie jej innych obowiązków w godzinach nadliczbowych. W tych okolicznościach wypłata premii z tytułu usług świadczonych dla innych klientów nie będzie możliwa.

Zdaniem odwołującego pomimo tak licznych nieścisłości w zaledwie dwustronicowych wyjaśnieniach niepopartych żadnymi dowodami zamawiający uznał je za wystarczające i w konsekwencji wybrał ofertę Red Code jako najkorzystniejszą. Na uwagę zasługuje fakt oparcia się zamawiającego na opinii w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wydanej przez W. O.. Analiza opinii wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców z następujących względów:

a) w przypadku wyjaśnień Red Code opiniujący stwierdził: Kalkulacja zysku z oferty

(8024,84) jest stosunkowo niska ale z mojego doświadczenia rentowność takich usług w

ostatnich latach ciągle spada... Dla porównania w przypadku wyjaśnień odwołującego autor

opinii stwierdził: Kalkulacja zysku z oferty (7.976,10 zł) jest bardzo niska a po dokonaniu

własnych przeliczeń jest jeszcze niższa (niewiele ponad 6 tys. zł)... - zatem w przypadku oferty Red Code zysk na poziomie 8024,84 był akceptowalny, natomiast w przypadku oferty odwołującego zysk na poziomie 7.976,10 zł był nieakceptowalny;

b) w przypadku wyjaśnień Red Code opiniujący stwierdził: Koszty pośrednie zostały wyliczone w kwocie netto. Nie wskazano wprawdzie co wchodzi w Ich zakres ale można podaną kwotę uznać za miarodajną a być może nawet nadmiarową. Mając na uwadze obecny sposób realizacji projektów, postęp w zakresie łączności i wymiany danych, elektronizację szeregu procesów - założona kwota moim zdaniem bez problemu pokrywa możliwe w tego typu usługach koszty pośrednie - zatem opiniujący uznał koszty pośrednie na poziomie 200 zł (niepoparte dowodami) za wystarczające z niewyjaśnionych powodów. Natomiast w przypadku wyjaśnień odwołującego wskazujących poszczególne pozycje opiniujący każdą okoliczność rozpatruje następująco: wskazane umowy mające potwierdzić, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską mają inne terminy realizacji (o wiele krótsze) oraz prawdopodobnie inne zakresy czynności oraz inne wymagania np. co do zaangażowania personelu czy liczby delegacji. Nie mogą być zatem uznane jako argumenty wyjaśniające kalkulacje w przedmiotowym postępowaniu - zatem w przypadku braku informacji i dowodów w wyjaśnieniach Red Code - założenia były prawidłowe, natomiast w przypadku wystąpienia samego domniemania innego zakresu czynności w dowodach przedstawionych przez odwołującego - był to argument za uznaniem ceny za rażąco niską;

c) opiniujący uznał koszty dojazdu do siedziby zamawiającego wykazane przez Red Code na poziomie 2520 zł za wystarczające, natomiast nie przekonały go koszty dojazdu odwołującego uwzględnione w kalkulacji na poziomie 7 000,00 zł.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, odwołujący wyjaśnił, że zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na rażąco niską cenę wskazał na rzekome rozbieżności w wyliczeniach dokonanych przez odwołującego. W ocenie odwołującego, jeżeli w złożonych wyjaśnieniach pewne kwestie były dla zamawiającego niejasne, winien on wezwać wykonawcę do wyjaśnienia pojawiających się wątpliwości, w przeciwieństwie do sytuacji, w której wykonawca składa jedynie wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami.

W ocenie odwołującego gdyby zamawiający wezwał odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących wątpliwości wynikających z treści złożonych wyjaśnień, miałby szansę wykazać:

- dlaczego w kalkulacji przyjął 10 spotkań w siedzibie zamawiającego - zamawiający w treści SWZ nie wymagał organizacji wizyt w swojej siedzibie. Spotkania mogą być i są obecnie organizowane w formule on-line;

- dlaczego przyjęta liczba godzin jest prawidłowa - zamawiający w istocie posługiwał się różnymi pojęciami na określenie poziomu zaangażowana osób biorących udział w realizacji wskazując zamiennie 1/2 etatu i 1/2 czasu pracy;

- dlaczego i z jakiej omyłki bierze się różnica w wyliczeniach biegłego oraz samego odwołującego.

Przy czym na uwagę szczególną zasługiwał fakt, iż główną przesłanką stanowiącą o uznaniu oferty odwołującego za rażąco niską jest wyliczenie zysku przez zamawiającego na poziomie 6 677,33 zł a nie jak wskazał w wyjaśnieniach odwołujący w kwocie 7 976,10 zł. Zatem zamawiający wskazał (za autorem opinii), że wykonawca osiągnie zysk z tego zamówienia, w jego ocenie jednak tak mały zysk przesądza o konieczności odrzucenia oferty jako zawierającą rażąco niską cenę. Natomiast zysk wskazany przez odwołującego w wyjaśnieniach przekracza 20 000,00 zł.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Red Code jako oferty z rażąco niską ceną odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez Red Code zajmują dwie strony. Nie zawierają żadnych dowodów na poparcie wskazanych w tych wyjaśnieniach twierdzeń. W ocenie odwołującego tak lakoniczne wyjaśnienia winny skutkować

odrzuceniem oferty Red Code.

Zamawiający w dniu 4 października 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie odwołujący zawarł argumentację dla tego wniosku.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie także w dniu 4 października 2021 r. złożył pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

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

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Red Code Sp. k. z siedzibą w Gdyni (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 4 października 2021 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ") wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez odwołującego;
- ofertę złożoną przez przystępujacego;
- pismo z dnia 28 lipca 2021 r. skierowane do przystępującego;
- odpowiedź przystępującego z dnia 2 sierpnia 2021 r. na powyżej wskazane wezwanie;
- pism z dnia z dnia 3 sierpnia 2021 r. skierowanych do odwołującego i przystępującego w sprawie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 4 sierpnia 2021 r. złożone przez przystępującego;
- wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 6 sierpnia 2021 r. złożone przez odwołującego wraz z załącznikami;
- informację z dnia 24 sierpnia 2021 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucenia oferty;

2) złożony na rozprawie przez odwołującego wydruk informacji z portalu LinkedIn;

3) złożony na rozprawie przez przystępującego formularz ofertowy, który został złożony przez odwołującego w innym postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale XXII SWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny. Zgodnie z ust. 1, 4 i 5 przedmiotowego rozdziału:

1. Cenę należy rozumieć jako cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178 z późn.

zm.).

(...)

4. Zamawiający zastrzega, że cena za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, a także żadna cena jednostkowa, nie może mieć wartości 0,00 złotych.

5. Cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe.

Wzór formularza ofertowego stanowił załącznik nr 1 do SWZ. Punkt 1 formularza posiadał następującą treść:

1. SKŁADAMY OFERTĘ na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia:

łączne, zryczałtowane wynagrodzenie w kwocie ..... zł netto (słownie:

.....), plus należny podatek VAT w wysokości.....zł, co daje kwotę

brutto.....(słownie:.....), na które składa się:

a) wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w

plus należny podatek VAT w wysokości ..... zł, co daje kwotę brutto

b) wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w

części dotyczącej usług w kwocie.....zł netto (słownie:.....), plus

należny podatek VAT w wysokości ..... zł, co daje kwotę brutto

Cena podana w pkt. 1 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy.

Opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 6 do SWZ. Zgodnie z rozdziałem III ust. 1 lit. r) opisu przedmiotu zamówienia jednym z obowiązków kierownika projektu (koordynatora zespołu IK) było:

Koordynator zespołu jest zobowiązany do organizacji spotkań roboczych z Zamawiającym w cyklu co najmniej dwa razy w miesiącu. W przypadku dużego natężenia prac, odbiorów, kontroli spotkania powinny się odbywać w ilości niezbędnej do sprawnej realizacji projektu

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i przystępujący. Odwołujący pkt 1 formularza ofertowego wypełnił w następujący sposób:

1. SKŁADAMY OFERTĘ na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia:

łączne, zryczałtowane wynagrodzenie w kwocie 81 500,00 zł netto (słownie: osiemdziesiąt jeden tysięcy pięćset złotych 00/100), plus należny podatek VAT w wysokości 18 745,00 zł, co daje kwotę brutto 100 245,00 zł (słownie: sto tysięcy dwieście czterdzieści pięć złotych 00/100), na które składa się:

a) wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej dostaw w kwocie 40 000,00 zł netto (słownie: czterdzieści tysięcy złotych 00/100), plus należny podatek VAT w wysokości 9 200,00 zł, co daje kwotę brutto zł (słownie: czterdzieści dziewięć tysięcy dwieście złotych 00/100.),

b) wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej usług w kwocie 41 500,00 zł netto (słownie: czterdzieści jeden tysięcy pięćset złotych 00/100), plus należny podatek VAT w wysokości 9 545,00 zł, co daje kwotę brutto 51 045,00 zł (słownie: pięćdziesiąt jeden tysięcy czterdzieści pięć złotych 00/100).

Cena podana w pkt. 1 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy.

Przystępujący pkt 1 formularza ofertowego wypełnił w następujący sposób:

1. SKŁADAMY OFERTĘ na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia:

łączne, zryczałtowane wynagrodzenie w kwocie 82.500 zł netto (słownie: osiemdziesiąt dwa

tysiące pięćset), plus należny podatek VAT w wysokości 18.975,00 zł, co daje kwotę brutto 101.475,00 (słownie: sto jeden tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć), na które składa się:
a) wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części

dotyczącej dostaw w kwocie ..... zł netto (słownie: .....), plus należny

podatek VAT w wysokości ..... zł, co daje kwotę brutto .....

(słownie:.....),

b) wynagrodzenie za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej usług w kwocie 82.500 zł netto (słownie: osiemdziesiąt dwa tysiące pięćset), plus należny podatek VAT w wysokości 18.975,00 zł, co daje kwotę brutto 101.475,00 (słownie: sto jeden tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć).

Cena podana w pkt. 1 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy.

Pismem z dnia 28 lipca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie

art. 223. ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że przystępujący w złożonej ofercie nie podał w pkt. 1 lit. a) formularza oferty wynagrodzenia za pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej dostaw i poprosił o wyjaśnienie na jakiej podstawie wynagrodzenie to zostało pominięte.

Przystępujący pismem z dnia 2 sierpnia 2021 r. złożył wyjaśnienia na powyżej wskazane wezwanie.

W dniu 3 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał zarówno przystępującego jaki i odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Oba wezwania były co do meritum tożsame. Zamawiający wezwał obu wykonawców do wyjaśnień działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp. Ponadto zamawiający w treści wezwań wskazał, że:

Przy czym biorąc pod uwagę rodzaj zamówienia (usługi) wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia co najmniej w zakresie wskazanym poniżej:

1) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pismem z dnia 4 sierpnia 2021 r. W treści wyjaśnień przedstawił założenia dotyczące skalkulowania zaoferowanej ceny oraz przedstawił kalkulację pozycji kosztowych. Do wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów.

Odwołujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pismem z dnia 4 sierpnia 2021 r. W treści wyjaśnień opisał następujące czynniki wpływające na atrakcyjność jego ceny: zarządzanie procesem świadczonych usług, oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność usług świadczonych przez wykonawcę oraz koszty pracy. Odwołujący do wyjaśnień załączył dowody.

W dniu 24 sierpnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę złożoną przez przystępującego. Ponadto w treści zawiadomienia przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp - 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;

- 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- 223 Pzp - 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.;

- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

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

Pierwszy zarzut opisany w uzasadnieniu odwołania dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Odnośnie przedmiotowego zarzutu w pierwszej kolejności skład orzekający stwierdził, przyznając słuszność argumentacji zamawiającego, że przewidziany przez zamawiającego w formularzu ofertowym sposób oznaczenia wysokości wynagrodzenia przez wykonawców składających oferty przez wskazanie oznaczonej kwoty i dokonanie jej rozbicia na części przypadające za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w zakresie dostaw oraz dla realizacji projektu w zakresie usług, w żadnym wypadku nie mógł być uznany za obejmujący ceny jednostkowe. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 178), cena jednostkowa towaru (usługi) to cena ustalona za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach. W przypadku zaś przyjętego przez zamawiającego w formularzu ofertowym sposobu określenia przez wykonawców oczekiwanego przez nich wynagrodzenia, nie oznaczono żadnych ilości/liczb wyrażonych w jednostkach miar, które pozwalałyby na przyjęcie, że części przypadające za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w zakresie dostaw oraz dla realizacji projektu w zakresie usług są cenami jednostkowymi. Wobec tego Izba przyjęła, że ogólne postanowienie zawarte w rozdziale XXII ust. 4 SWZ w zakresie w

jakim odnosiło się ono do cen jednostkowych, nie znajdowało wprost zastosowania w postępowaniu odnośnie stricte cen jednostkowych, ponieważ cena ofertowa nie składała się z cen jednostkowych. Przystępujący przy tym oznaczył w formularzu ofertowym cenę za realizację przedmiotu zamówienia, wskazując, iż jest to kwota 82 500 zł netto (101 475,00 zł brutto), zatem w żadnym wypadku wykonawca ten nie wskazał wartości 0,00 zł, a wobec tego niezasadne byłoby odrzucenie jego oferty.

Nie uszło uwadze Izby, że zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2021 r. wezwał przystępujacego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wypełnienia formularza ofertowego. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia, szeroko uzasadniając przyczyny, które legły u podstaw przyjętego przez niego sposobu wypełnienia formularza ofertowego. Na marginesie należało dodać, że odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu nie kwestionował okoliczności samego wezwania i nie stawiał zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp.

Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych w dniu 2 sierpnia 2021 r. wskazał w szczególności, że złożona przez niego oferta dotyczyła łącznego zryczałtowanego wynagrodzenia za wszystkie usługi wynikające z SWZ. Mając przy tym na uwadze postanowienia zawarte w opisie przedmiotu zamówienia przystępujący uznał, że przedmiotem zamówienia były usługi w pełnym jego zakresie wynikającym z SWZ, jednocześnie zaznaczając, że ze względu na brak „dostaw" w zakresie usług Inżyniera Kontraktu, nie wypełnił części formularza ofertowego dotyczącej pkt 1 lit. a), przenosząc koszty związane z nadzorem nad dostawami do pkt 1 lit. b) formularza ofertowego ze względu na charakter usługowy w tym zakresie. Ponadto nie ulegało wątpliwości, że nadzór nad dostawami jest usługą Inżyniera Kontraktu. Przystępujący zaznaczył także, że w zawartej w SWZ instrukcji wypełniania dokumentów, w tym oferty, nie było wymogu podzielenia kwoty zamówienia na składowe, a wobec tego nawet niewypełnienie składowych kwoty głównej czyniło ofertę ważną, ponieważ zawierała ona wszystkie koszty wynikające z SWZ. Co więcej, w rozdziale XXII SWZ zamawiający nie określił na jakich zasadach ma nastąpić podzielenie wynagrodzenia ryczałtowego na dwie składowe określone w formularzu ofertowym. W żadnym zaś załączniku do SWZ oraz w samym dokumencie SWZ brak było jakichkolwiek zastrzeżeń, że w przypadku niewypełnienia pkt 1 lit. a) formularza, oferta będzie podlega odrzuceniu. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach zwrócił także uwagę na brak technicznej możliwości wyliczenia i podzielenia wynagrodzenia za przedmiot zamówienia na dwie składowe, przedstawiając w tym zakresie dość szczegółową argumentację, która została przez zamawiającego uznana za słuszną.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba nie znalazła powodów do kwestionowania argumentacji przystępującego oraz stwierdzenia nieprawidłowości w czynności zamawiającego. Tym samym skład orzekający przyznał rację zamawiającemu, który w odpowiedzi na odwołanie uznał w całości za zasadne stanowisko przedstawione przez przystępującego w m.in. w zakresie trudności w oszacowaniu podziału wynagrodzenia na dwie składowe (usługi i dostawy) na etapie składania oferty, przyjmując, w świetle złożonych przez przystępującego wyjaśnień i treści postanowień dokumentów zamówienia objętego postępowaniem oraz projektu umowy, że podział kwoty wynagrodzenia ryczałtowego na dwie wartości w momencie składania oferty ma znaczenie drugorzędne lub pomocnicze. O pomocniczym charakterze podziału wynagrodzenia na dwie wartości świadczył m.in. § 7 projektu umowy, gdzie nie zostało przewidziane rozbicie łącznego wynagrodzenia ryczałtowego na dwie wartości, jak również przyjęty sposób płatności. Również w pozostałych dokumentach zamówienia brak było jakiegokolwiek powiązania z przewidzianym w formularzu ofertowym podziałem wynagrodzenia na dwie wartości. Co przy tym istotne, w dokumentach zamówienia zamawiający nie zastrzegł, iż w przypadku niewypełnienia pkt 1 lit.

a) formularza, oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Nie sposób było też zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż treść oferty wskazuje, że wykonawca Red Code nie przewidział żadnego wynagrodzenia za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w części dotyczącej dostaw. Odwołujący pominął, że przystępujący wyjaśnił przyczyny, które legły u podstaw braku podania kwoty wynagrodzenia za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej dostaw. W wyjaśnieniach tych przystępujący wprost wskazał, że w zakresie zamówienia dotyczącego podkategorii ze wzoru oferty dotyczącej ust. 1 pkt. a: „wynagrodzenie za pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla realizacji projektu w części dotyczącej dostaw", ze względu na brak „dostaw" w zakresie usług inżyniera kontraktu, części tej nie wypełni. Natomiast koszty związane z nadzorem nad dostawami przeniesie do pkt. b, ze względu na charakter usługowy w tym zakresie. Nadzór nad dostawami jest to usługa inżyniera kontraktu, a taka według nas powinna znaleźć się w

pkt. b oferty.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp podniesiony w pkt 2 petitum odwołania oraz opisany w pkt II uzasadnienia odwołania. Przy

czym na rozpoznania przedmiotowego zarzutu zupełnie bezużyteczny okazał się dowód przedstawiony na rozprawie przez przystępujacego w postaci formularza ofertowego złożonego przez odwołującego w innym postępowaniu na okoliczność tego, że cena ofert w podobnych postępowaniach jest rozbijana, a nie ma konieczności wypełniania części formularza dotyczącego dostaw. Okoliczności wynikające z innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających co do zasady nie mogą być probierzem prawidłowego zachowania zamawiającego, szczególnie w sytuacji gdy składający dowód nie wykazał podobieństwa pomiędzy stanami faktycznymi zaistniałymi w obu sprawach.

Kolejne dwa zarzuty przedstawione w uzasadnieniu odwołania dotyczyły z jednej strony zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, a z drugiej strony odrzucenia oferty odwołującego jako rażąco niskich. Izba zdecydowała się połączyć stanowisko w zakresie rozpoznania przedmiotowych zarzutów, ponieważ argumentacja odwołującego dla tych zarzutów skupiła się w znacznej mierze na porównaniu jego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z wyjaśnieniami przystępujacego.

Na wstępie skład orzekający uznał, że zamawiający zasadnie wskazał, iż różnica w cenie zaproponowanej przez odwołującego i przystępujacego (w wysokości jedynie 1 000 zł netto) nie mogła sama w sobie potwierdzać, że oferta odwołującego znajdowała się na rynkowym poziomie i nie zawierała rażąco niskiej ceny. Istotna była bowiem struktura podanej przez danego wykonawcę ceny, a w szczególności, czy cena ta uwzględniała wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego w SWZ - z zastrzeżeniem, iż kalkulacja ceny była sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co przesądzało iż stawki dla każdego z wykonawców mogły być zróżnicowane. Dodatkowo, sposób rozliczenia o charterze ryczałtowym, zakładał pewną dowolność w kalkulacjach, z zastrzeżeniem iż dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia niejako dowolność tę sprowadzał do wyceny nałożonych wprost obowiązków, jak i kalkulacji ryzyk związanych z realizacją. Nie miała przy tym znaczenia tak podkreślana przez odwołującego liczba stron złożonych przez wykonawców wyjaśnień. Oczywistym jest, że to nie obszerność wyjaśnień, a ich merytoryczna zawartość decyduje o uznaniu bądź nie, złożonych wyjaśnień za wystarczające - ponieważ taka niejako „automatyczna" ocena istnienia rażąco niskiej ceny może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który z zachowaniem reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od innych konkurencyjnych podmiotów.

W ocenie Izby wyjaśnienia odwołującego nie mogły zaś zostać uznane za wystarczające z następujących przyczyn, które zostały opisane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia

24 sierpnia 2021 r.:

a) odwołujący nie uwzględnił kosztów spotkań roboczych w ilości co najmniej 30 (tj. 2 razy w miesiącu przez okres realizacji przedmiotu zamówienia mający wynosić 15 miesięcy), który to wymóg wynikał z rozdziału III pkt 1 lit. r) opisu przedmiotu zamówienia. Co przy tym istotne, zamawiający zastrzegał jednocześnie, iż w przypadku dużego natężenia prac, odbiorów, kontroli spotkania powinny odbywać się w ilości niezbędnej do sprawnej realizacji projektu. Odwołujący zatem z wymaganych przez zamawiającego podstawowych 30 spotkań roboczych, przewidział w ramach ceny ofertowej 10 wizyt, w tym jeden wyjazd na kontrolę projektu.

Izba nie wzięła przy tym pod uwagę argumentacji odwołującego podanej na rozprawie, że spotkania, o których mowa w rozdziale III pkt 1 lit. r) opisu przedmiotu zamówienia, nie muszą odbywać się w siedzibie zamawiającego czy też osobiście, gdyż można będzie je prowadzić zdalnie w trybie telekonferencji. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny odwołujący nie wspomniał o zdalnej możliwości prowadzenia takich spotkań, stąd zamawiający słusznie założył, że odwołujący przewidział ich liczbę w sposób nieodpowiadający postanowieniem SWZ, przez co mogło to mieć wpływ na cenę oferty. Brak informacji czy też nieścisłości w treści wyjaśnień rażąco niskiej w zakresie istotnych elementów cenotwórczych, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie mogą być powodem do powstania kolejnych wątpliwości wymagających ponownych wyjaśnień. Braki lub nieścisłości powinny skutkować uznaniem, że wykonawca udzielający wyjaśnień nie udźwignął ciężaru wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

b) w zakresie kosztów osobowych odwołujący wskazał, że wynagrodzenie poszczególnych osób zaangażowanych w realizację zamówienia będzie płatne dopiero po wypracowaniu zysku, wskazując przy tym, że zysk ten będzie wynosił 20%. Odwołujący winien zatem wykazać oraz wyliczyć jak ten zysk przekłada się na wynagrodzenie poszczególnych osób. Ponadto odwołujący nie wskazał kosztów wynagrodzenia jednej z osób przeznaczonej do realizacji zamówienia. Jak słusznie argumentował zamawiający, uzasadnianie braku wynagrodzenia należnego osobom wykonującym zamówienie, pełnieniem przez dane osoby funkcji członka zarządu, czy też statusem wspólnika spółki jest nieuprawnione. Każdej bowiem osobie winno przysługiwać wynikające z ceny oferty wynagrodzenie za wykonywane

w ramach umowy czynności, względnie odwołujący powinien przedstawić wyliczenia jak uzyskany z realizowanej umowy zysk przekładałby się na wynagrodzenie poszczególnych osób. W wyjaśnieniach złożonych przez odwołującego nie było zaś stosownych informacji w tym zakresie.

c) wskazywany przez odwołującego zysk z realizacji zamówienia nie został wyliczony w oparciu o kwotę oferty tak, aby wykazać i jednocześnie potwierdzić jego wysokość i przełożenie tego zysku na wynagrodzenie osób zaangażowanych w realizację zamówienia. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że założył średniej wielkości zysk brutto z realizacji projektu w wysokości około 30% liczony od kosztów bezpośrednich, powiększonych o ryzyka (kwota została podana na str. 9 wyjaśnień w pkt 4). Jednakże podana przez odwołującego w punkcie 4 kwota brutto zysku była sprzeczna z kwotą zysku brutto wskazaną przez odwołującego w tabeli zamieszczonej bezpośrednio pod punktem 4 na str. 9 wyjaśnień. Odwołujący wskazał zatem dwie różne kwoty określające „zysk brutto". Podobnie w przypadku marży, odwołujący również podał odmienne wartości - w punkcie 3 na str. 9 wyjaśnień marża ta określona została na poziomie min. 30%, a w tabeli zamieszczonej pod pkt 4 (także na str. 9), wysokość marży określono już na poziomie 22%. Powyżej wskazane rozbieżności potwierdziły brak należytej wyceny oferty i wskazywały na niedoszacowanie lub błędne założenia przy wycenie przedmiotu zamówienia.

Stwierdzone nieścisłości miały charakter bezsporny, jednakże zdaniem odwołującego w związku z tymi nieścisłościami po stronie zamawiającego powinien zaktualizować się obowiązek wezwania do złożenia kolejnych wyjaśnień. Izba po raz kolejny wskazuje, że nieścisłości w treści wyjaśnień rażąco niskiej w zakresie istotnych elementów cenotwórczych, nie mogą być powodem do powstanie kolejnych wątpliwości wymagających ponownych wyjaśnień. Stwierdzenie nieścisłości co do istotnych składników ceny powinno skutkować uznaniem, że wykonawca udzielający wyjaśnień nie udźwignął ciężaru wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Powyżej przytoczone okoliczności potwierdziły, w ocenie składu orzekającego, zasadność podjętej przez zamawiającego czynności o odrzuceniu oferty odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia wskazywały na niedoszacowanie wymienionych powyżej elementów składających się na zaoferowaną cenę. Ponadto wyjaśnienia potwierdziły, że odwołujący nie dokonał należytej kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, o czym świadczyły niedokładne wyliczenia w zakresie zysku, marży, czy też ilości spotkań roboczych.

W pozostałej części uzasadnienia orzeczenia Izba przyjęła za własne stanowisko zamawiającego, który słusznie wyjaśnił, że odnosząc się do twierdzeń odwołującego zawartych w odwołaniu stwierdzających, że zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień dopuścił się nierównego traktowania wykonawców w zakresie przedstawionej przez nich kalkulacji zysków, uznając zysk przystępującego na poziomie 8 024,84 zł, ale nie uznając już zysku podanego przez odwołującego, określonego na poziomie 7 976,10 zł (a wedle przeliczeń zamawiającego 6 677,33zł), należało dodatkowo zwrócić uwagę, że zysk wskazany przez przystępującego w całości przypada jednemu wykonawcy, zaś zysk określony przez odwołującego jest zyskiem konsorcjum trzech podmiotów. Przy czym w zakresie zysku należało przypomnieć o powyżej opisanych nieścisłościach, które wskazywały na niedoszacowanie oferty odwołującego.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego oferty przystępującego Izba uznała, że w kontekście argumentacji podniesionej przez odwołującego, nie można było uznać, że oferta przystępujacego była rażąco niska. Jak wskazano powyżej odwołujący w swojej argumentacji skupił się w zasadzie na porównywaniu złożonych przez siebie wyjaśnień z wyjaśnieniami złożonymi przez przystępującego. Porównywanie wyjaśnień obu ww. wykonawców nie mogło być dla odwołującego korzystne, szczególnie zważywszy na fakt, że w wyjaśnieniach przystępujacego Izba nie zauważyła nieścisłości lub braków, czego nie dało się stwierdzić w stosunku do wyjaśnień odwołującego. Pozostała część stanowiska odwołującego obejmowała zaś gołosłowne twierdzenia. W tym kontekście Izba stwierdziła, że o ile to na przystępującym w przedmiotowej sprawie, w świetle przepisu art. 224 ust. 5 w zw. z przepisem art. 537 pkt 1 Pzp spoczywał ciężar dowodu, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu wykazania, że zamawiający zaniechał prawidłowej oceny. Ciężarowi temu odwołujący nie sprostał. Przedstawione w odwołaniu informacje i wyliczenia nie zawierały dowodów ani podstaw ich dokonania, stanowiąc próbę polemiki z ustaleniami zamawiającego. Jedynym dowodem złożonym przez odwołującego był wydruk informacji z portalu Linkedln rzekomego konta profilowego, które miało dotyczyć osoby wskazanej przez przystępującego w formularzu ofertowym jako kierownik projektu oraz architekt infrastruktury i bezpieczeństwa systemu. Dowód miał potwierdzać nieprawdziwość założeń przystępującego co do kosztów dojazdu na trasie Tarnów - Krosno, ponieważ zdaniem odwołującego trasa jaką musiałaby pokonać osoba wymieniona przez przystępujacego w formularzu ofertowym powinna być dużo

dłuższa (Gdynia - Krosno) i rozpoczynać w siedzibie przedsiębiorstwa przystępującego. Dowód złożony przez odwołującego okazał się całkowicie nieprzydatny dla rozstrzygnięcia z uwagi na zakwestionowanie jego treści przez osobę wymienioną w formularzu ofertowym przystępującego, która reprezentowała także przystępującego na posiedzeniu i rozprawie. Pełnomocnik przystępującego oświadczył na rozprawie, że mieszka w Tarnowie, nigdy nie wykonywał wymienionych w treści dowodu funkcji w firmach wyszczególnionych na kolejnych jego stronach oraz nigdy nie miał założonego konta czy też profilu na portalu LinkedIn. Izba nie miała powodu kwestionować oświadczeń pełnomocnika przystępującego szczególnie, że zamawiający nie odniósł się do nich w żaden sposób.

Jak słusznie zwrócił uwagę zamawiający niezłożenie dowodów wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny nie może skutkować automatycznym uznaniem oferty za podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający zobowiązany jest bowiem w pierwszej kolejności przeanalizować i ocenić otrzymane wyjaśnienia m.in. pod kątem ich wiarygodności i dopiero w przypadku uznania, że nie odzwierciedlają one rzeczywistego stanu rzeczy, powinien odrzucić ofertę. Istotne jest również, że nie istnieje jeden określony z

góry wzór ani schemat konstruowania wyjaśnień, zaś każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej oraz funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że wyjaśnienia przystępującego potwierdziły brak rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujacego.

Jeśli chodzi o ostatni podniesiony w odwołaniu zarzut Izba sygnalizowała już powyżej, że braki czy też nieścisłości w treści wyjaśnień rażąco niskiej w zakresie istotnych elementów cenotwórczych, nie mogą być powodem do powstanie kolejnych wątpliwości wymagających ponownych wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie wezwanie odwołującego do

ponownych wyjaśnień lub do wyjaśnienia treści wyjaśnień doprowadziłoby do nieuzasadnionego przyznania kolejnej „szansy" odwołującemu do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy, jak wykazano powyżej, już pierwsze wyjaśnienia odwołującego były wadliwe, i potwierdzały, że nie dokonał on należytej kalkulacji ceny ofertowej.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 223 Pzp oraz art. 16 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego na rozprawie).

Przewodniczący: .....