Sygn. akt: KIO 1061/22

WYROK

z dnia 10 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Klinkierowa 7 60-104 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Trzcianka (ul. Sikorskiego 7 64-980 Trzcianka),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Klinkierowa 7 60-104 Poznań) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza na rzecz zamawiającego Gmina Trzcianka (ul. Sikorskiego 7 64-980 Trzcianka) od odwołującego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego

kwoty 1 045 zł 50 gr (słownie: jeden tysiąc czterdzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

Sygn. akt: KIO 1061/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Trzcianka na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: Zakup systemu do obsługi sesji Rady Miejskiej Trzcianki". Numer referencyjny: RI.271.18.2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP nr 2022/BZP 00057772/01 z dnia 2022-02-15.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy MWC sp. z o.o. i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 8. PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z uznaniem, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny oferty nie potwierdziły, że nie była ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień oraz potwierdzały, że cena oferty Odwołującego ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia i osiągnięcie zysku,

b) art. 224 ust. 14 PZP przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty, mimo stwierdzenia przez Zamawiającego wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia;

c) art. 16 pkt 1 PZP, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w dalszej części Odwołania, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3. nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy MWC sp. z o.o.,

4. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, względnie do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco nisko ceny, w którym Zamawiający wskaże konkretne elementy oferty, które budzą jego wątpliwości i zakres w jakim oczekuje wyjaśnień od Odwołującego,

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w postaci kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą, wg faktury złożonej na rozprawie.

Wskazał, że (...) Odwołujący w ramach działalności gospodarczej realizuje zamówienia publiczne z zakresu e-usług i ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Gdyby Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego uzyskałaby ona największą liczbę punktów. W przypadku nieuwzględnienia Odwołania, Odwołujący nie będzie mógł realnie uzyskać Zamówienia. Odwołujący zatem poniesienie szkodę w związku z odrzuceniem jego oferty przez Zamawiającego".

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów wskazał w szczególności (cyt.):

W dniu 12 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty MWC sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający podał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w toku złożonych wyjaśnień, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił, że podana cena oferty gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, w szczególności nie przedstawił na to wystarczających dowodów. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty, a odrzucenie oferty Odwołującego dokonane zostało z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów PZP. Tym samym z naruszeniem przepisów PZP doszło do

wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MWC sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

***

W dniu 25 marca 2022 r. Zamawiający wysłał do Odwołującego krótkie, kilkuzdaniowe pismo wzywające Odwołującego „do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty." Zamawiający wskazał, że „zaoferowana cena wykonania zamówienia podlega wyjaśnieniom jako rażąco niska, w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia" i wezwał Odwołującego „do uszczegółowienia oferty, z uwzględnieniem i udokumentowaniem zasadności zastosowanych cen."

Odwołujący złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, jednak Zamawiający uznał,

że Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia.

Abstrahując od treści złożonych wyjaśnień, które potwierdzają możliwość prawidłowego wykonania zamówienia i osiągnięcie zysku (o czym niżej), Odwołujący w pierwszej kolejności podnosi, że Zamawiający sformułował wezwanie do złożenia wyjaśnień w sposób ogólnikowy, niewskazując jakich konkretnych wyjaśnień oczekuje (nie wskazał, który konkretnie element oferty budzi jego wątpliwości), co nie może obciążać Odwołującego, a Zamawiającemu odbiera uprawnienie do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do mechanizmu wyjaśnień, warto przywołać wnioski z orzecznictwa, na które wskazał J. Dolecki w publikacji pt. Cena rażąco niska, Zamówienia Publiczne. Podniósł w nich iż „w treści wezwania zamawiający powinien wskazać co najmniej:

1) okoliczności, które stanowią faktyczną podstawę do skierowania wezwania;

2) elementy, w odniesieniu do których oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji;

3) wskazanie okoliczności przewidzianych w art. 90 ust. 2 p.z.p., które zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny;

4) możliwość dostarczenia przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dowodów

umożliwiających dokonanie poprawnej oceny wskazanej w ofercie ceny - art. 90 ust. 3 p.z.p. - obecnie jest to już obowiązek, a nie możliwość;

5) termin, do którego wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia.

Wynika z tego, że wezwanie zawsze powinno być konkretne, precyzyjne, szczegółowe, zawierać podstawę prawną wezwania. Przygotowując wezwanie, zamawiający zawsze powinien pamiętać, że ocena udzielonych wyjaśnień zawsze następuje w granicach zakreślonych treścią wezwania (tak: wyr. SO w Krakowie z 13.03.2012 r., XII Ga 73/12, LEX nr 1714129) i wykonawca może odnieść się tylko do wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu elementów."

Nie można z pewnością o wezwaniu Zamawiającego, które dokładnie miało następującą treść: „Na podstawie art 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), w związku z ofertą złożona dnia 23 lutego 2022 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Open Nexus, zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty. Zaoferowana cena wykonania zamówienia podlega wyjaśnieniom jako rażąco niska, w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym proszę o uszczegółowienie oferty, z uwzględnieniem i udokumentowaniem zasadności zastosowanych cen."

- stwierdzić, że jest konkretne, precyzyjne i szczegółowe.

„Przyjmuje się, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy tylko to jest możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych powinno mieć formę konkretnych zagadnień (pytań), które budzą wątpliwości zmawiającego i które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez zamawiającego, które zostają przedstawione wykonawcy, powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien oczekiwać od wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający

zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty (...)"

Zamawiający nie wskazał Odwołującemu, która z pozycji oferty budzi jego uzasadnione wątpliwości, a tym samym nie może twierdzić, że wyjaśnienia Odwołującego były ogólnikowe. Odwołujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na ogólnikowo sformułowane wezwanie, z którego w zasadzie nie wynika czego oczekiwał Zamawiający. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprawidłowej treści wezwania, bowiem udzielił wyjaśnień zgodnie z wezwaniem - tak jak zrozumiał zwrot „uszczegółowienie oferty" - podał szczegóły kalkulacji i przedstawił dowody.

W odniesieniu do samego sformułowania „uszczegółowienia oferty” z wezwania Zamawiającego, Odwołujący podnosi, że przepis art. 224 ust. 1 PZP nie stanowi o uprawnieniu Zamawiającego do żądania uszczegółowienia oferty - nie wiadomo nawet co Zamawiający miał na myśli poprzez formułowanie tego zwrotu „uszczegółowienie” w kontekście art. 224 ust. 1 PZP. Wezwanie do uszczegółowienia oferty, jest zatem zdaniem Odwołującego jest sprzeczne z art. 224 ust. 1 PZP. Zgodnie z art. 187

PZP wezwanie do uszczegółowienia oferty dotyczący postępowań prowadzonych w ramach dialogu konkurencyjnego - art. 187 PZP - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ. Z pewnością zatem Zamawiający nie miał uprawnienia do wzywania do uszczegółowienia oferty na podstawie art. 224 ust. 1 PZP nie wskazując przy tym co miał na myśli poprzez uszczegółowienie oferty.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z formularzem oferty, na jego ofertę składały się następujące elementy:

Lp.	Produkt	Ilość
1.	System informatyczny - Oprogramowanie do obsługi rady miejskiej	1
2.	System transmisji obrad rady miejskiej	1
3.	Szybkoobrotowa kamera IP	2
4.	Zestaw komputerowy do zarządzania transmisją	1
5.	Tablety	21
6.	Access point do tabletów	1
7.	Jednostka centralna systemu konferencyjnego	1
8.	Jednostka przewodniczącego	1
9.	Jednostka radnego	20
10.	Ładowarka akumulatorów	3
11.	Access point do jednostek bezprzewodowych	1

W odniesieniu do każdej z pozycji oferty Odwołujący wskazał cenę netto, wartość podatku VAT i cenę brutto. Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie wskazał który z elementów oferty budzi jego uzasadnione wątpliwości jeśli chodzi o możliwość zrealizowania projektu. Z tego powodu Zamawiający nie może oceniać negatywnie wyjaśnień Odwołującego, a odrzucenie oferty Odwołującego jest co najmniej przedwczesne.

W wyroku KIO z 30.01.2020 r., KIO 82/20, LEX nr 2911982, Izba uznała, że zamawiający powinien i był w stanie wyodrębnić najbardziej znaczące pod względem ceny grupy kosztów i w przypadku, gdyby był zainteresowany ich poziomem w ofercie odwołującego się, mógł to wyraźnie wskazać w treści wezwania. „Skoro pytanie zamawiającego nie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy - tych elementów, które mogą budzić wątpliwości zamawiającego - i było ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to w konsekwencji niewskazane było stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie mógł zatem wyciągać wobec takiego wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty.”

Analogiczne stanowisko zajęła KIO w sprawie KIO 70/17 uzasadniając, że: „Zamawiający sformułował wezwanie w sposób ogólny, nie żądając wyjaśnień w jakimś szczególnie określonym zakresie kosztów. (...) Skoro jednak złożone wyjaśnienia budzą dalsze wątpliwości, to nie stanowi to jednak wystarczającej podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę muszą ten fakt potwierdzać, aby dana oferta mogła zostać odrzucona. (.)Zwrócić należy uwagę na fakt istotny w tej sprawie, tj. że wezwanie zostało sformułowane przez Zamawiającego w sposób ogólny, w oparciu o brzmienie przepisu. Zamawiający nie sformułował w tym wezwaniu swoich wątpliwości w jakimkolwiek zakresie. Wykonawca w odpowiedzi na tak ogólne wezwanie mógł przyjąć za wystarczające wyjaśnienia w takiej formie i w taki sposób, który w ocenie Odwołującego był wystarczający dla wykazania realności zaoferowanej ceny. Wobec dalszych wątpliwości wynikających z treści złożonych w tej formie wyjaśnień, Zamawiający

był zobowiązany do ponownego wezwania T. do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących jego wątpliwości kwestii. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony Zamawiającego, umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości.

W związku z powyższym odrzucenie oferty (...) należało uznać za przedwczesne. W konsekwencji należało też stwierdzić naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie w postępowaniu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy."4

„Stosownie do ust. 5 komentowanego przepisu ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nie oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest składanie wyjaśnień co do wszystkich składowych mających wpływ na cenę lub koszt oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego przede wszystkim w zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień. Wobec tego zamawiający musi dołożyć szczególnej staranności przy formułowaniu pytań do wykonawcy. Okoliczność, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, nie zwalnia zatem zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach których następnie zamawiający będzie dokonywał oceny oferty wykonawcy. Nie można uznać za prawidłowe działania zamawiającego, który formułuje lakoniczne wezwanie, a potem podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie swoich oczekiwań, które nie zostały wyartykułowane w treści wezwań wystosowanych do wykonawcy."

Skoro zatem Zamawiający nie sformułował w sposób dostatecznie szczegółowy wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Odwołujący miał prawo przyjąć za wystarczające wyjaśnienia w takiej formie w jakiej je złożył w dniu 30 marca 2022 r., a Zamawiający nie miał prawa do odrzucenia oferty Odwołującego powołując się na ogólnikowość wyjaśnień.

W szczególności, co wynika także z przywołanego wyżej wyroku KIO 70/17, jeśli Zamawiający, który wysłał tak ogólnikowe wezwanie do złożenia wyjaśnień, ma wątpliwości w jakimkolwiek zakresie, powinien wezwać Odwołującego ponownie do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących jego kwestię wątpliwości. Powszechnie już KIO i sądy dopuszczają możliwość ponownego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jeśli po złożeniu wyjaśnień Zamawiający wciąż ma wątpliwości - i to nawet w sytuacji, w której pierwsze wezwanie Zamawiającego było szczegółowe i konkretne. Szczególnie uzasadnione było to w sytuacji, w której Zamawiający popełnił błąd formułując pierwsze wezwanie w

sposób lakoniczny i kompletnie niezrozumiały.

***

Z przyczyn, o których mowa powyżej, Zamawiający nie może twierdzić - jak uzasadnia w oświadczeniu o odrzuceniu oferty - że zestawienie, mające charakter zestawienia własnego, nie poparte żadnymi dowodami nie stanowi dla Zamawiającego wiarygodnej kalkulacji kosztów, dającej gwarancję realnego i rzetelnego wykonania zamówienia. Skoro Zamawiający nie wzywał wprost do wykazania sposobu kalkulacji ceny nie może twierdzić, że przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja jest niewystarczająca.

Oświadczenia własne Odwołującego nie są wyłączone z katalogu dowodów, którymi wykonawcy mogą uzasadniać zaoferowaną cenę. Na gruncie komentowanego przepisu aktualne pozostaje twierdzenie zawarte w uzasadnieniu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 40/14), wydane na gruncie stanu prawnego sprzed ostatniej nowelizacji ustawy Pzp, zgodnie z którym pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko; za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy".

Zamawiający w uzasadnienia oświadczenia o odrzuceniu oferty odnosił się do wskazanych niżej następujących okoliczności, którego jego zdaniem przeczą możliwości wykonania projektu za wskazaną przed Odwołującego cenę. Odwołujący zaprzecza, aby Zamawiający mógł wysnuć z jego wyjaśnień wnioski, które sformułował w uzasadnieniu i potwierdza, że możliwym jest wykonania zamówienia za wskazaną przez niego cenę.

A. KWESTIA ZAPOTRZEBOWANIA NA 13 OSOBODNI I KOSZTY WYNAGRODZEŃ

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty, zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie nie są przekonujące. Po pierwsze budzi wątpliwość podstawa oszacowania czasu, jaki Wykonawca będzie musiał poświęcić na wsparcie techniczne oferowanego systemu. Wykonawca nie wspomniał na czym opierał swoje wyliczenia (np.

czas poświęcony na wdrożenie systemu w innej jednostce) ani nie przedstawił na to żadnych dowodów. A twierdzenia Wykonawcy, że produkt jest intuicyjny i że racjonalnie ma on prawo zakładać, że 13 osobodni będzie wystarczające, Zamawiający nie uznaje za satysfakcjonujące wyjaśnienie."

Wynika z tego, że Zamawiający nie przesądził jednoznacznie, że wyjaśnienia Odwołującego przeczą możliwości wykonania umowy uwzględniając koszty pracowników odpowiadające 13 osobodniom, bo potwierdził wprost, że ma w tym zakresie wątpliwości.

Jak wynika ze stanowiska KIO w sprawie KIO 70/17, „skoro jednak złożone wyjaśnienia budzą dalsze wątpliwości, to nie stanowi to jednak wystarczającej podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę muszą ten fakt potwierdzać, aby dana oferta mogła zostać odrzucona." Jeśli Zamawiający ma wątpliwości w tym zakresie oznacza to, że Odwołujący nie potwierdził ostatecznie i bezwzględnie rażąco niskiej ceny, a tym samym jego oferta nie mogła zostać odrzucona.

W związku z tym, skoro z powodów wyżej określonych oferta Odwołującego nie mogła zostać odrzucona kwestia analizy przez Zamawiającego wydruków z portalu Sedlak &Sedlak ma znaczenie drugorzędne.

Ponadto, Odwołujący nie ma obowiązku przedstawiania umów o pracę załogi w ramach składania wyjaśnień, co jest spójne ze stanowiskiem KIO w tym obszarze: „W ust. 3 komentowanego przepisu określa się „podstawowy" katalog informacji będących elementem składowym wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Mogą one dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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, które ustalone zostały na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wobec powyższego nasuwa się pytanie, czy odnośnie do wymienionych w ust. 3 okoliczności składających się na wyjaśnienia wykonawca powinien zawsze dołączać dowody. Wydaje się uzasadnione przyjęcie, że tak nie musi być. Na potwierdzenie takiego wniosku można przykładowo przywołać stanowisko zawarte w wyroku KIO z 10.08.2018 r., KIO 1453/18, LEX nr 2567877. Izba nie podzieliła w nim argumentacji odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Jej zdaniem nie sposób z góry przesądzić, czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów, czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Jeżeli złożone wyjaśnienia rozwieją wątpliwości zamawiającego, a szczegółowa kalkulacja przedstawia realne stawki rynkowe kosztów pracy czy też wynagrodzenia, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia konkretnych umów o pracę. Gdyby wykonawca prezentował wartości zaniżone lub z pogranicza minimalnego wynagrodzenia dla poszczególnych osób z personelu, wtedy faktycznie zasadne byłoby potwierdzenie w postaci załączenia stosownych umów. Natomiast w sytuacji, gdy prezentowane stawki są rynkowe, nie sposób wymagać, aby podmiot załączał każdorazowo do wyjaśnień owe umowy."

Odwołujący przedłożył kalkulację oferty i wydruki stanowiące, że przyjęte przez niego

w ofercie stawki odpowiadają wynagrodzeniu rynkowemu oraz oświadczył, że takie bądź zbliżone wynagrodzenie stosuje względem swoich pracowników. Oświadczenie Zamawiającego ma moc dowodową, a jeśli Zamawiający miał dalsze wątpliwości co do tego wynagrodzenia powinien - o ile już - wzywać Odwołującego do dalszych wyjaśnień, chociaż zdaniem KIO - wynikającym z powyżej przywołanego orzeczenia - w przypadku stawek takich jak te obowiązujące u Odwołującego (dalekie od minimalnego wynagrodzenia, można byłoby nawet kwestionować istnienie po stronie Zamawiającego prawa do żądania okazania mu umów). Znamiennym jest natomiast, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 25 marca 2022 r. nie wzywał Odwołującego do wykazywania kosztów osobowych, a jedynie do uszczegółowienia oferty, w której koszty osobowe nie były wskazane jako odrębna pozycja. Zamawiający nie może w tej sytuacji twierdzić, że oczekiwał od Odwołującego innych wyjaśnień i dowodów i odrzucić oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnia, że na chwilę obecną z systemu radni.info korzysta 60 jednostek administracji publicznej (gminy, powiaty i miasta). Z raportu z systemu Help Desk Odwołującego za rok 2021 wynika, że w roku 2021 r. do Odwołującego wpłynęło łącznie 35 zgłoszeń dotyczących systemu radni.info (zgodnie z załącznikiem). Wynika z tego, że po wdrożeniu systemu średnia ilość zgłoszeń serwisowych w roku od jednego klienta to 0,6 zgłoszenia. Średni czas rozwiązywania zgłoszeń biorąc pod uwagę intuicyjność oprogramowania, to około 7 minut. Oznacza to, że do utrzymania systemu w okresie roku wystarczy 2 osobodni. 11 dni zostało rozpisane w kalkulacji na potrzeby innych działów Odwołującego zgodnie z kalkulacją przedstawioną w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego.

Szacowanie, którego dokonał Odwołujący, opierało się nie tylko na raporcie serwisowym, ale także:

a) na postanowieniach OPZ i projektu umowy z Zamawiającym.

Z dokumentów przetargowym wynika, że Zamawiający określił, że wymaga wsparcia w ciągu roku jedynie w zakresie:

"Udostępnianie pomocy i informacji technicznej poprzez pocztę elektroniczną oraz telefonicznie od poniedziałku do piątku w godzinach od 08:00 - 16:00, obejmujące rejestrację przypadków niepoprawnego działania Aplikacji oraz udzielanie wyjaśnień i porad związanych z użytkowaniem Aplikacji." (postanowienie § 2 ust. 10 projektu Umowy).

W żadnym innym miejscu (zarówno projekt umowa jak i OPZ) Zamawiający nie wskazał iż oczekuje np. asysty podczas sesji rady, nie wskazał nawet iż liczy na asystę podczas pierwszej sesji rady (co Odwołujący i tak uwzględnił w wycenie wliczając 1 dzień w dniach dla DWO - Dział Wdrożeń Oprogramowania).

b) specyfice produktu

Specyfika produktu wynika z charakteru pracy radnych i rady. Zgodnie z informacjami znajdującymi się na stronie
Rada Miejska Trzcianki obradowała łącznie 11 razy w 2021 roku, 13 razy w 2020 roku oraz 16 razy w 2019 roku, oznacza to iż średnio na rok Rada Miejska obraduje 13 razy w ciągu roku. Uwzględniając fakt iż jest to okres w którym następuje moment wzmożonej pracy zarówno radnych jak i Pracowników Biura Rady w Systemie (prowadzenie sesji na żywo), to nawet gdyby założyć, że przed każdą sesją rady Gmina Trzcianka potrzebuje pomocy ze strony Działu Wsparcia Technicznego Odwołującego, przy założeniu, że Odwołujący przeznaczył 2 osobodni (16 roboczogodzin) na każdą sesję, oznaczałoby to, że Zamawiający mógłby rozmawiać z serwisantem przez ponad 1 h i 23 minuty. Biorąc pod uwagę raport Systemu Obsługi Serwisowej (załącznik do odwołania) żaden klient do tej pory aż tak dużej uwagi nie potrzebował.

Warto również dodać iż uwzględniając marżę która wynika z przedstawionych wyliczeń dołączonych do wyjaśnień, to nawet gdyby Odwołujący miał dokonać jakiejś omyłki w obliczeniach, to musiałby pomylić się o 96 dni pracy Działu Wsparcia Technicznego. Dopiero wówczas jeśli czas pracy DWT miałby wynosić więcej niż 96 dni, Odwołujący poniósłby jakąś stratę na realizacji projektu (co jest niemożliwe uwzględniając zapisy umowy wskazane wyżej jak i fakt iż w ramach kontraktu Zamawiający uzyskuje wsparcie techniczne na 1 rok).

B. STOSUNEK KOSZTÓW PRACOWNICZYCH DO OGÓŁU KOSZTÓW

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego powołuje się na sprzeczność argumentacji Odwołującego i wskazuje, że „Wykonawca z jednej strony stwierdza, że koszty pracownicze stanowią „znaczną cześć wykonawcy”, podczas gdy z przedstawionego wyliczenia wynika, że stanowią one niespełna 6% kosztów. To zdanie należy czytać z kolejnym, z którego wynika oszacowanie 13 osobodni. Zasadniczo w utrzymaniu systemów

koszty pracownicze stanowią znaczną cześć kosztów Odwołującego, co czyni pierwsze zdanie uwagą ogólną. W tym konkretnym przypadku, z przyczyn o których mowa wyżej, w tym w związku z obowiązkiem utrzymaniem systemu zaledwie przez rok, wystarczające jest natomiast tylko 13 osobodni, co wynika z dalszego uzasadnienia. Oczywistym jest, że dla tego danego przypadku koszty pracownicze nie stanowią znacznej części kosztu, co wynika przecież z przedłożonej kalkulacji. Jeśli Zamawiający zauważał sprzeczność między jednym zdaniem wyjaśnień, a pozostałymi twierdzeniami, w tym kalkulacją, powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia tej rozbieżności.

C. CHMURA OBLICZENIOWA

Chmura obliczeniowa jest dużo bardziej oszczędnym wariantem niż utrzymywanie infrastruktury u Zamawiającego. Nawet jeśli Zamawiający byłby w stanie udostępnić odpowiednią infrastrukturę oraz łącza o odpowiedniej przepustowości to postawienie systemu u Zamawiającego zajęłoby Odwołującemu od 10 do 12 osobodni pracowników DPO (najdroższa grupa specjalistów) na odpowiednie skonfigurowanie i uruchomienie całości. Każde zgłoszenie serwisowe jeśli miałoby miejsce wiązałoby się dla Odwołującego z działaniem równolegle na kilku środowiskach (tym które znajduje się u Odwołującego w chmurze oraz tym które posiada Klient) jeśli konieczne byłoby wydanie jakichś poprawek. Zastosowanie chmury obliczeniowej niweluje te koszty. Jednocześnie koszty związane z amortyzacją sprzętu czy obsługą informatyczną o której wspomina Zamawiający są dzięki "chmurze" rozkładane na inne projekty prowadzone przez Odwołującego. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymaga utrzymania systemu jedynie przez rok, koszty chmury obliczeniowej, które przy 60 różnych projektach prowadzonych przez Odwołującego są minimalne, zostają skompensowane w innych projektach, dla których okres utrzymania system jest dłuższy i które Odwołujący już realizuje.

ZASTRZEŻENIE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

Oświadczam, że treść Załącznika stanowiącego wydruk z systemu HelpDesk obejmuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), zwanej dalej również „uznk”, oraz wnoszę o ich nieudostępnianie na podstawie art. 18 ust. 3 PZP. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Informacje wskazane w załączniku mają charakter informacji technicznych z których wynikają cechy systemu oferowanego przez Odwołującego, co można odczytać analizując rodzaj zgłoszeń na Help Desk i skutek tych zgłoszeń. Informacje te stanowią zatem część specyfikacji oprogramowania i wynikają z nich także informacje jakich zmian serwisowych dokonuje Odwołujący. Zasadne jest uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego informacji składających się na specyfikację/ opis oferowanego oprogramowania. Ujawnienie informacji o działaniu/braku działania oprogramowania stanowiłoby nieuzasadnioną przewagę konkurencji. Tym samym zastrzeżone informacje przedstawiają dla Odwołującego wymierną wartość gospodarczą. Informacje zastrzeżone posiadają dla Odwołującego wartość gospodarczą, rozumianą w aspekcie, iż ich rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa w danym segmencie rynku. Zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Odwołujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

POLITYKI BEZPIECZEŃSTWA ODWOŁUJĄCEGO

Zastrzeżone jako poufne informacje chronione są również poza sposobami opisanymi konkretnie w każdym z punktów, również w sensie organizacyjnym, zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa informacji stosowanymi przez Odwołującego, w sprawie uchwalenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Sputnik Software Sp. z o. o., sposób, w jaki w praktyce są chronione informacje w Sputnik Software Sp. z o. o., zarówno w postaci dokumentów papierowych, jak i zawartych na elektronicznych nośnikach informacji oraz informacji w postaci cyfrowej, określone są w wyżej wymienionym dokumencie.

Zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. W praktyce informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są chronione u Odwołującego poprzez przechowywanie papierowych egzemplarzy dokumentów zawierających dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w pomieszczeniach, do których dostęp jest kontrolowany (pomieszczenia są chronione i monitorowane, można się do nich dostać jedynie z wykorzystaniem przepustki), jak i w formie elektronicznej poprzez umieszczenie informacji na nośnikach danych zabezpieczonych przed nieuprawnionym dostępem za

pomocą haseł, a także odpowiednim oprogramowaniem (DLP, antywirusowym, firewall).

Wobec powyższego Odwołujący jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji, nie ujawnił wskazanych informacji do wiadomości publicznej, a także z zachowaniem należytej staranności podjął kroki zmierzające do zachowania ich w tajemnicy. W tych okolicznościach zastrzeżenie poufności informacji oraz wniosek o ich nieudostępnianie jest uzasadnione w świetle art. 18 ust. 3 ustawy PZP.

W konkluzji wniósł jak na wstępie odwołania, zastrzegając sobie prawo do przedstawienia na rozprawie kolejnych dowodów na swoje twierdzenia, w ramach przedstawionych w odwołaniu zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 4.05.22) wniósł o jego oddalenie oraz przeprowadzenie postępowania dowodowego z dokumentów przytoczonych w niniejszej odpowiedzi, na okoliczności w niej zawarte. W uzasadnieniu stwierdził w szczególności, że (cyt.):

1) - nie zgadza się z zarzutem, dotyczącym tego że treść wezwania do złożenia wyjaśnień była ogólnikowa, (...) sformułowana w sposób lakoniczny i kompletnie niezrozumiały. W treści tego wezwania z dnia 25 marca 2022 r. Zamawiający wzywał:

„Na podstawie art 224 ustawy (...) - Prawo zamówień publicznych (...) w związku z ofertą złożona dnia 23 lutego 2022 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Open Nexus, zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty. Zaoferowana cena wykonania zamówienia podlega wyjaśnieniom jako rażąco niska, w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym proszę o uszczegółowienie oferty, z uwzględnieniem i udokumentowaniem zasadności zastosowanych cen". Z przytoczonego wezwania wyraźnie wynika, że Zamawiający chciał wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny oferty, czyli jej składowych i tego, jakie czynniki miały na nią wpływ. Notabene oferta zawierała jedynie 11 pozycji, nie był to rozbudowany kosztorys, jak w przypadku chociażby robót budowlanych. Przygotowując ofertę Odwołujący z pewnością przeprowadzał kalkulacje, a miały na nie wpływ jakieś konkretne czynniki, uwarunkowania, umowy z dostawcami itp. Zamawiający nie mógł wymienić całego katalogu sytuacji, które mogły mieć wpływ na wyliczenie ceny. Zamawiający dał Odwołującemu możliwość wskazania, w którym konkretnie miejscu lub na jakim etapie mógł on obniżyć cenę swojej oferty, bez szkody dla prawidłowej realizacji zamówienia. Istniałoby w tym konkretnym przypadku ryzyko, że w kontekście tak literalnego sposobu odczytywania wezwania przez Odwołującego, mogłoby wręcz wypaść na jego niekorzyść". Wskazał na wyrok KIO 373/14 przytaczając: „To bowiem Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzać, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Wyjaśnienia zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności";

2) - nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że wezwanie z dnia 25 marca 2022 r. było sformułowane w sposób kompletnie niezrozumiały. Wezwanie, sformułowane w języku polskim, zawierało podstawę prawną i faktyczną, było w nim skonkretyzowane wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty oraz wezwanie do przedłożenia dowodów w tym zakresie. Tu wskazał na wyrok KIO 1362/19 cytując: „Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, powinny w związku z tym zostać rzetelnie opracowane, powinny być konkretne i wyczerpujące. Stanowią one bowiem podstawę oceny w zakresie prawidłowości ceny oferty, a zatem powinny rozwiewać wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami (...). Zamawiający nie wskazał Odwołującemu, która z pozycji oferty budzi jego uzasadnione wątpliwości, gdyż, jak wyjaśnione zostało powyżej, oferta w niniejszym postępowaniu zawierała jedynie 11 pozycji, a Zamawiający dał w ten sposób Odwołującemu możliwość samodzielnego wskazania, w której pozycji udało mu się obniżyć cenę, lub dzięki jakim uwarunkowaniom czy indywidualnym rozwiązaniom mógł to uczynić. Jeśli Odwołujący kalkulował cenę oferty, na dzień składania ofert musiał wiedzieć, w której pozycji poczynił oszczędności lub wiedzieć z jakiego powodu może zaoferować konkurencyjną cenę. Zamawiający oczekiwał wyłącznie takiej informacji wraz z dowodami na jej potwierdzenie. Odwołujący błędnie założył, że ogólnie sformułowane wezwanie nie zobowiązuje go do wyczerpującej, rzetelnej i popartej dowodami odpowiedzi;

3) - w odniesieniu do sformułowania „uszczegółowienie oferty", użytego przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wyjaśnia, że interpretacja Odwołującego jest niczym nieuzasadniona. Słowo „uszczegółowienie" jest powszechnie używane w codziennym życiu i doszukiwanie się w nim błędu Zamawiającego sugerując, że słowo to jest zastrzeżone jedynie do innego trybu postępowania, jest nadużyciem. Ponadto w dialogu konkurencyjnym, w którym jak wskazuje Odwołujący, ustawa pzp zakłada możliwość wezwania do uszczegółowienia oferty, jest też mowa o jej wyjaśnieniu i ulepszeniu. Przywołanie Odwołującego jest więc w tym przypadku wybiórcze. Gdyby Zamawiający użył wszystkich trzech określeń być może Odwołujący mógłby mieć wątpliwości co do tego, czy Zamawiający stosuje odpowiednie przepisy, choć literalnie były one wymienione w przedmiotowym wezwaniu;

4) - w związku z przywołanym przez Odwołującego wyrokiem KIO 82/20 z 30.04.2020 r. na potwierdzenie stanowiska Izby, że wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinno być sformułowane w sposób konkretny, wskazuje, że w przywołanym wyroku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotyczyły robót budowlanych, a w tezie orzeczenia czytamy, że: Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, w

szczególności, gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną. W przypadku postępowania na: „Zakup systemu do obsługi Rady Miejskiej Trzcianki" mamy do czynienia z dostawą sprzętu komputerowego na skalę jednej niewielkiej gminy, a wartość zamówienia to koszt 130 000 zł netto. Brak przedstawienia Zamawiającemu uprawdopodobnionych przyczyn obniżenia ceny oferty w stosunku do ceny szacowanej na podstawie cen rynkowych, zdaniem Zamawiającego, jest celowym działaniem Odwołującego, które ma na celu unikanie udzielenia prawdziwych wyjaśnień, bo wskazywałyby one na brak możliwości zrealizowania zamówienia za wskazaną w

ofercie cenę, a w konsekwencji nie dawałyby gwarancji należytego wykonania umowy. Stanowisko Odwołującego budzi również poważne wątpliwości w świetle sprawowanej asysty/wsparcia technicznego, które wydaje się być niedoszacowane, a w konsekwencji może wpływać na jakość i sprawność funkcjonowania systemu. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego przyjął on założenie, że jego zdaniem zbyt ogólnie sformułowane wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie zobowiązuje go do złożenia szczegółowych wyjaśnień, jednak warto podkreślić przy tym, że nie zwalnia to Odwołującego z podania przyczyny obniżenia ceny i poparcia tego dowodami lub takiego wyjaśnienia, które uprawdopodabniałoby złożone oświadczenia. Tymczasem Odwołujący, jak niejednokrotnie już było podkreślone, nie przedstawił dowodów ani na potwierdzenie złożonych oświadczeń, ani na to, z czego wynika cena złożonej oferty;

5) - nie zgadza się ze stwierdzeniem, że oświadczenia Odwołującego winien uznać za dowody w sprawie. W wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 25 marca 2022 r. Zamawiający wyraźnie wyartykułował, że wzywa do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty, (.) wraz z udokumentowaniem zasadności zastosowanych cen". Tymczasem wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były, jak opisano już powyżej, bardzo ogólne, lakoniczne, niespójne i nie potwierdzone dowodami, których w konsekwencji Zamawiający nie uznał;

6) - wyjaśnienia dotyczące chmury obliczeniowej

Zastrzeżenia Zamawiającego budzą wyjaśnienia dotyczące chmury obliczeniowej. W piśmie dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 30 marca 2022 r. Odwołujący pisze, że jej posiadanie: „przyczynia się do zmniejszania kosztów związanych z uruchomieniem Systemu (.) a Koszty jego utrzymania są natomiast dzielone na wiele projektów rozwijanych przez Wykonawcę". Podobnie w odwołaniu do KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r. Odwołujący pisze, że: koszty chmury obliczeniowej są minimalne, zostają skompensowane w innych

projektach, dla których okres utrzymywania systemu jest dłuższy, i które Odwołujący już

realizuje. Tym samym w obu przypadkach Odwołujący przyznaje, że koszty utrzymania chmury nie są zerowe, a próżno ich szukać w przedstawionej tabeli (kalkulacji), czy w złożonych wyjaśnieniach. Ponadto brak również dowodów w tym zakresie. W wyjaśnieniu

RNC z dnia 30 marca 2022 r., Odwołujący bardzo ogólnie wyjaśniał, że wykorzystanie własnej chmury obliczeniowej stanowi połączenie wymaganego przez Zamawiającego rozwiązania technicznego i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, które umożliwiły wykonawcy zaoferowanie korzystnej ceny. Nie wskazuje jednak na poziom oszczędności i nie popiera go dowodami. Również w kalkulacji przedłożonej wraz z wyjaśnieniami próżno szukać pozycji, która wskazywałaby na poziom kosztów, i z której można by wywnioskować ich poziom;

7) - dowód w postaci wydruków z porównywarki internetowej:

Odwołujący w treści odwołania pisze, że kwestia analizy przez Zamawiającego wydruków z portalu Sedlak& Sedlak ma znaczenie drugorzędne i nie ustosunkował się do tego „dowodu", załączonego do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tymczasem, zgodnie z wyrokiem z 23 października 2020 r. KIO 2432/20: Dowód ten (wydruki - raporty płacowe z porównywarki internetowej -przyp. Zamawiającego) Izba uznała za nieprzydatny (...). Odwołujący do wyjaśnień powinien dołączyć dowody potwierdzające, że ustalone przez niego stawki są realnie u niego stosowane np. przez przesłanie przykładowych, zanonimizowanych umów, raportów płacowych lub innych dokumentów potwierdzających stosowaną przez niego praktykę w zakresie tych stawek.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący, podobnie jak w przywołanym wyroku KIO, załączył do wyjaśnień jedynie wydruki i wyjaśnienie, że takie stawki obowiązują jego pracowników. Podkreślić należy, że raporty dotyczą młodszych specjalistów, czyli osób dopiero zdobywających doświadczenie zawodowe, do czego Odwołujący nie odniósł się

w złożonych wyjaśnieniach. Ponadto Odwołujący sam sobie zaprzecza podnosząc z jednej strony, że Zamawiający nie miał prawa wezwać go do wyjaśnienia kosztów związanych z zatrudnieniem lub opłaceniem pracowników ani dowodów na tę okoliczność, czego faktycznie Zamawiający nie zrobił. Z drugiej strony sam Odwołujący przywołał argumentację w tym zakresie, załączając wydruki z porównywarki internetowej i udzielając wyjaśnień, nie popartych odniesieniem do rzeczywistych warunków zatrudnienia i płac w swojej firmie. Zamawiający faktycznie oczekiwał wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oferty, to Odwołujący wskazał argumenty, których nie poparł dowodami i tylko na ten aspekt Zamawiający zwrócił uwagę;

8) - obliczenie osobodni, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia:

W wyjaśnieniach RNC, przesłanych Zamawiającemu 30 marca 2022 r., Odwołujący stwierdza, że do wykonania Zamówienia w zakresie wsparcia technicznego konieczne będzie 13 osobodni. Te wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi wyliczeniami ani dowodami, które byłyby wiarygodne i dawałyby pewność, że wskazana ilość osobodni będzie wystarczająca do prawidłowego wykonania zamówienia. W odwołaniu do KIO Odwołujący wyjaśnia, że właściwie dla wykonania zamówienia wystarczą 2 osobodni dla programistów i 11 osobodni dla pozostałych pracowników. Jednak wyjaśnienia w tym zakresie nadal nie są przekonujące dla Zamawiającego. Odwołujący, w swoich wyliczeniach, bierze pod uwagę wyłącznie czas pracy programisty, pomijając konieczność pozostawania w gotowości w razie problemów z systemem. Według Specyfikacji Warunków Zamówienia (zał. nr 4 do SWZ - wzór umowy) Zamawiający wymaga: Udostępnianie pomocy i informacji technicznej poprzez pocztę elektroniczną oraz telefonicznie od poniedziałku do piątku w godzinach od 08:00 - 16:00, obejmujące rejestrację przypadków niepoprawnego działania Aplikacji oraz udzielanie wyjaśnień i porad związanych z użytkowaniem Aplikacji. W ocenie Zamawiającego powoływanie się na fakt obsługiwania jeszcze 60 innych Zamawiających nie ma wpływu na fakt, że w zadeklarowanym czasie wsparcia technicznego jeden pracownik powinien być w gotowości udzielenia wsparcia w czasie rzeczywistym, chociażby w czasie trwania obrad. Wyliczenie Odwołującego - odmiennie zinterpretowane w odpowiedzi na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (13 osobodni) niż w odwołaniu do KIO (2 osobodni), są dla Zamawiającego co najmniej niespójne. Twierdzenie, że podczas każdej sesji rady kontakt z pomocą techniczną przez 1,23 min będzie aż nadto wystarczający nie jest w ocenie Zamawiającego właściwą kalkulacją. Na podstawie dotychczasowego doświadczenia w zakresie korzystania z intuicyjnego oprogramowania do obsługi pracy Rady Miejskiej, gmina Trzcianka szacuje, że pracownicy biura rady, administrator oraz radni Rady Miejskiej będą wymagać wzmożonego kontaktu z pomocą techniczną i merytoryczną. Gmina Trzcianka korzysta z oprogramowania do obiegu dokumentów dla radnych oraz prowadzi transmisje sesji Rady Miejskiej od początku 2016 roku. Na przestrzeni 6 lat użytkownicy korzystali ze wsparcia merytorycznego o wiele częściej, niż szacuje firma Sputnik. Najwięcej zgłoszeń przypada na początkowy okres użytkowania aplikacji oraz po istotnych aktualizacjach funkcjonalności. Przeprowadzenie szkolenia nie daje gwarancji, że użytkownicy nie będą potrzebowali wsparcia w identycznej tematyce. Sesja rady miejskiej nie może się odbywać bez transmisji na żywo. Z tego względu niezbędna jest gotowość producenta do interwencji technicznej i merytorycznej w czasie rzeczywistym, bez żadnej zwłoki w godzinach od 12:30 (sesje rozpoczynają się zazwyczaj o godz. 13:00) do 16:00 (koniec świadczenia usługi pomocy technicznej). Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której kilka urzędów, w tym samym czasie, obsługiwanych jest przez jedną osobę, powodując tym samym ryzyko oczekiwania na interwencję w trakcie obrad Rady Miejskiej. Taką obsługę można zapewnić wyłącznie poprzez zarezerwowanie bloku 3,5 roboczogodziny na wyłączność gminy Trzcianka, minimum jeden raz w każdym miesiącu roku. Pomoc techniczna winna być w gotowości do udzielenia pomocy technicznej w takim czasie. Nawet jeśli rzeczywisty czas interwencji wynosiłby tylko 10 minut, pozostały czas jest tym, w którym pomoc techniczna winna pozostawać w gotowości, a więc około 3,5 godziny. Mnożąc tą wielkość przez 12 sesji w

roku uzyskamy wynik 42 godzin czyli ponad 5 osobodni. Jest to wynik, który różni się zarówno od pierwszej, jak i od drugiej kalkulacji Odwołującego i w ocenie Zamawiającego budzi poważne wątpliwości co do rzetelności przedstawionych wyjaśnień;

9) - nie zgadza się z zarzutem naruszenia art 226 ust 1 pkt 8 ustawy pzp), którego treść wyraźnie wskazuje, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stanowisko Odwołującego, zawarte w odwołaniu z dnia 19 kwietnia 2022 r. mówiące o tym, że wyjaśnienia: były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień, nie tłumaczą ani braku podstawowych wyjaśnień dotyczących reguł, jakimi kierował się Odwołujący, dokonując szacowania wartości złożonej oferty, ani braku dowodów, potwierdzających wyłącznie oświadczenia Odwołującego w zakresie ceny. W swojej odpowiedzi Odwołujący kilkakrotnie oświadcza, że jego oferta ma charakter rynkowy i nie jest rażąco niska, jednak nie przedstawił na dowód wiarygodnych wyjaśnień, wyliczeń czy dokumentów, które uprawdopodobniałyby te twierdzenia. Jedyne dowody, bo tak nazywa je w swoich wyjaśnieniach sam Odwołujący, przedstawione na potwierdzenie swojego stanowiska to wydruki z porównywarki internetowej, dotyczące średniego wynagrodzenia za pracę poszczególnych rodzajów pracowników branży IT. Odwołujący w żaden sposób, z wyjątkiem własnych twierdzeń, nie uprawdopodobnił, że takie właśnie stawki obowiązują pracowników przez niego zatrudnionych, dlatego w ocenie Zamawiającego nie stanowią one dowodu (dowód: pismo Odwołującego z dnia 30 marca 2022 r.);

10) - nie zgadza się z zarzutem naruszenia art 224 ust 1 i 4 ustawy pzp. Przywołany przepis dotyczy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co Zamawiający uczynił, natomiast ust. 4 przywołanego przepisu mówi: W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust 1 , co najmniej w zakresie określonym w ust 3 pkt 4 i 6 (zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (.) oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego). Tak więc przywołany przepis nie znajduje w tym przypadku zastosowania, bo postępowanie na: Zakup systemu do obsługi Rady Miejskiej Trzcianki, zostało zakwalifikowane jako dostawa. Zamawiający nie żądał od Odwołującego dowodów, o których mowa w przywołanych przepisach (art. 224 ust. 4).

Wyjaśnienia Odwołującego nie wskazywały na szczególne warunki, indywidualne rozwiązania, które miałyby wpływ na obniżenie wartości zaoferowanej ceny. Ogólnikowe deklaracje i brak dowodów na rynkowy charakter cen, a także nierzetelność kalkulacji i twierdzeń, chociażby w zakresie roboczodni, gdzie Odwołujący przedstawia nie tylko różne, ale i przeciwstawne twierdzenia, utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, że wyjaśnienia dotyczące RNC są niewystarczające. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 kwietnia 2019 r. KIO 480/19: Czynność skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust 1 ustawy pzp może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy złożone pierwotnie wyjaśnienia budzą w pewnym zakresie dalsze skonkretyzowane wątpliwości zamawiającego lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień. Procedura ponownego wezwania Wykonawcy nie ma zastosowania w sytuacji, gdy

uprzednio złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a Wykonawca nie podjął próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje

prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, w piśmie z dnia 30 marca 2022 r., złożył wyjaśnienia o bardzo niskim stopniu szczegółowości, nie załączając żadnych wiarygodnych, uprawdopodabniających je dokumentów. Natomiast wydruk z systemu HelpDesc, złożony dopiero w odwołaniu do KIO, zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa, a mimo to zanonimizowany w kluczowym zakresie, pozwalającym zweryfikować prawdziwość przedłożonych danych (adresata udzielonej pomocy i dane pracownika, a także czas udzielonej pomocy) stanowi, w ocenie Zamawiającego, wyjaśnienie co najmniej nieprzydatne, a na pewno spóźnione;

11) - nie zgadza się z zarzutem naruszenia art 16 ust 1 ustawy pzp. Zamawiający, zgodnie z przepisami dał Odwołującemu możliwość wyjaśnienia RNC, a ostateczna decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty wynika z niestaranności, jaką Odwołujący wykazał się w zakresie złożonych wyjaśnień, które nie mogły zostać zaakceptowane przez Zamawiającego. Drugi zarzut dotyczący wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Zamawiający również uznaje za chybiony. Zgodnie z procedurą, Zamawiający dokonuje wyboru oferty spośród ofert, które nie podlegały odrzuceniu, a w tym przypadku po odrzuceniu oferty Odwołującego pozostała tylko jedna oferta Wykonawcy, który został wybrany jako ten, który zaoferował najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia;

12) - brak ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień

Ponowne wezwanie w tym przypadku, w ocenie Zamawiającego, nie było uzasadnione, gdyż

nie sprowadzałoby się do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień, a do złożenia całkiem nowych dowodów (te złożone po pierwszym wezwaniu były nieprzydatne), a tym samym naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący otrzymał możliwość wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jednak nie skorzystał z niej, formułując odpowiedź lakoniczną, nie popartą wiarygodnymi dowodami:

1. wydruki z porównywarki - tego nie można uszczegółowić, a nie stanowią one dowodu - w tej sytuacji Odwołujący musiałby złożyć nowy dowód w postaci raportów płacowych lub zanonimizowanych umów z pracownikami, a jak już wiadomo z treści odwołania złożonego przez Odwołującego do KIO, nie uważa on za swój obowiązek przedstawiania takich dokumentów

2. sposób obliczenia osobodni - w wyjaśnieniach po pierwszym wezwaniu oszacowany na 13 osobodni i zaliczony jako znaczny koszt po stronie Odwołującego. Po odrzuceniu oferty i

wskazaniu przez Zamawiającego, że koszt ten w skali całego przedsięwzięcia to

zaledwie 6% Odwołujący w złożonym do KIO odwołaniu wyjaśnia, że:

Zasadniczo w utrzymaniu systemów koszty pracownicze stanowią znaczną część kosztów Odwołującego, co czyni pierwsze zdanie uwagą ogólną. W tym konkretnym przypadku, z przyczyn o których mowa wyżej, w tym, w związku z utrzymaniem systemu zaledwie przez rok, wystarczające jest natomiast 13 osobodni. Oczywistym jest, że dla tego danego przypadku koszty pracownicze nie stanowią znacznej części kosztu, co wynika przecież z przedłożonej kalkulacji. W odwołaniu złożonym do KIO 19.04.2022 r. Odwołujący złożył odmienne wyjaśnienia, w których pisze że: na chwilę obecną z systemu radni.info korzysta 60 jednostek administracji publicznej (gminy, powiaty, miasta). Z raportu HelpDesk Odwołującego za rok 2021 wynika, że w roku 2021 do Odwołującego wpłynęło łącznie 35 zgłoszeń, dotyczących systemu radni.info (zgodnie z załącznikiem). Wynika z tego, że po wdrożeniu systemu średnia ilość zgłoszeń serwisowych w roku od jednego klienta to 0,6 zgłoszenia. Średni czas rozwiązywania zgłoszeń biorąc pod uwagę intuicyjność oprogramowania, to około 7 minut. Oznacza to, że do utrzymania systemu w okresie roku wystarczy 2 osobodni. Zamawiający nie zgadza się z taką argumentacją. Po pierwsze powoływanie się na to, ile obecnie jednostek obsługuje Odwołujący jest niezasadne, bo z przedstawionego zestawienia nie wynika, czy są to jednostki w pierwszym roku wdrożenia systemu, czy te które już zostały wdrożone. Ma to istotne znaczenie dla wyliczenia czasu, niezbędnego wsparcia technicznego w okresie wdrożenia systemu, który to właśnie okres wymaga wzmożonej asysty technicznej. Ponadto z przedstawionego wydruku z systemu HelpDesk nie wynika ile czasu Odwołujący przeznaczył na poszczególne konsultacje czy modyfikacje. Wydruk jest zanonimizowany w taki sposób, że Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania przedstawionych w nim danych, które zdaniem Zamawiającego nie stanowią w tym przypadku danych wrażliwych i nie wymagają anonimizacji, a jeśli już to nie przed Zamawiającym, bo składanie w uzasadnieniu dokumentów, z których nic nie wynika, w kwestii uprawdopodobnienia dowodzonych twierdzeń, jest bezzasadne. Zamawiający nie rozumie i nie podziela stanowiska Odwołującego, który podkreśla, że Zamawiający oczekuje wsparcia technicznego zaledwie przez rok i jedynie w zakresie Udostępnienia pomocy i informacji technicznej poprzez pocztę elektroniczną oraz telefonicznie od poniedziałku do piątku w godzinach od 8:00 - 16:00 (.). Zdaniem Zamawiającego oczekiwania w powyższym zakresie są dość standardowe, a wdrożenie nowego systemu do obsługi Rady Miejskiej stanowi wyzwanie logistyczne i merytoryczne dla wielu osób, w tym radnych. Stąd ten aspekt jest dla Zamawiającego wysoce istotny, a niespójne wyjaśnienia Odwołującego, zdaniem Zamawiającego, budzą poważne zastrzeżenia, co do możliwości właściwego wykonania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców. Termin na zgłoszenie przystąpienia - stosownie do postanowień art. 525 ust.1 Pzp - upływał w dniu 25 kwietnia 2022 r.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy MWC sp. z o.o. i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

d) art. 226 ust. 1 pkt 8 z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym uznaniem, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny oferty nie potwierdziły, że nie była ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy

wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień oraz potwierdzały, że cena oferty Odwołującego ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia i osiągnięcie zysku,

e) art. 224 ust. 1 i 4 z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty, mimo stwierdzenia przez Zamawiającego wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia;

Także wskazał na naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp, albowiem zdaniem Odwołującego wskazanymi naruszeniami Zamawiający nie zapewnił zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie wskazanych powyżej zarzutów.

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa na: „Zakup systemu do obsługi sesji Rady Miejskiej Trzcianki”.

Zgodnie z Formularzem oferty (zał. nr 1 SWZ) wykonawcy byli zobowiązani w jego punkcie 1 podać: (.)

1. Oferujemy wykonanie zamówienia w zakresie objętym Specyfikacją Warunków Zamówienia, dla przedmiotu zamówienia: Zakup systemu do obsługi sesji Rady Miejskiej Trzcianki, za cenę:

netto.....zł (słownie złotych.....)

brutto.....zł (słownie złotych.....)

Lista elementów zamówienia

Lp.	Produkt	Ilość	Cena netto	Vat	Brutto
1	System informatyczny - Oprogramowanie do obsługi rady miejskiej	1			
2	System transmisji obrad rady miejskiej	1			
3	Szybkoobrotowa kamera IP	2			
4	Zestaw komputerowy do zarządzania transmisją	1			
5	Tablety	21			
6	Access point do tabletów	1			
7	Jednostka centralna systemu konferencyjnego	1			
8	Jednostka przewodniczącego	1			
9	Jednostka radnego	20			
10	Ładowarka akumulatorów	3			
11	Access point do jednostek bezprzewodowych	1			

Odwołujący Sputnik w zakresie tego punktu podał:

1. „Oferujemy wykonanie zamówienia w zakresie objętym Specyfikacją Warunków Zamówienia, dla przedmiotu zamówienia: Zakup systemu do obsługi sesji Rady Miejskiej Trzcianki, za cenę: netto 88 564,00 zł (słownie złotych osiemdziesiąt osiem tysięcy pięćset sześćdziesiąt cztery złote 00/100) brutto 108 933,72 zł (słownie złotych sto osiem tysięcy dziewięćset trzydzieści trzy złote 72/100)”.

Dalej przedstawił Listę elementów zamówienia, która to lista co do cen została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Lp.	Produkt	Ilość	Cena netto	Vat (23%)	Brutto
1	System informatyczny - Oprogramowanie do obsługi rady miejskiej	1	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
2	System transmisji obrad rady miejskiej	1	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
3	Szybkoobrotowa kamera IP	2	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
4	Zestaw komputerowy do zarządzania transmisją	1	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
5	Tablety	21	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
6	Access point do tabletów	1	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
7	Jednostka centralna systemu konferencyjnego	1	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
8	Jednostka przewodniczącego	1	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
9	Jednostka radnego	20	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
10	Ładowarka akumulatorów	3	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa
11	Access point do jednostek bezprzewodowych	1	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa	Tajemnica przedsiębiorstwa

W wezwaniu z dnia 25 marca 2022 r. skierowanym do Odwołującego na podstawie art 224 ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający podał, co następuje:
(.) w związku z ofertą złożona dnia 23 lutego 2022 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Open Nexus, zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty. Zaoferowana cena wykonania zamówienia podlega wyjaśnieniom jako rażąco niska, w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym proszę o uszczegółowienie oferty, z uwzględnieniem i udokumentowaniem zasadności zastosowanych cen.

Wyjaśnienia należy złożyć, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, kwalifikowanym lub podpisem osobistym, w terminie do dnia 30 marca 2022 r. za pośrednictwem: platformazakupowa.pl".

Izba, mając na uwadze stan faktyczny tej sprawy i w kontekście zastrzeżenia kluczowych elementów formularza oferty, zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie jest zasadna zarzucana w odwołaniu ogólnikowość treści wezwania do złożenia wyjaśnień, jego lakoniczność i niezrozumiałość. Zamawiający przyjął zastrzeżone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa bez sprzeciwu i zdaniem Izby treść wezwania z dnia 25.03. 2022r. została dostosowana szczegółowością do treści możliwego do ujawnienia tego punktu Formularza oferty, a nie jak stwierdził Odwołujący, że jego wyjaśnienia w zakresie ceny

oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

Niewątpliwie z treści wezwania wynika, że Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, a które to elementy zamieszczone zostały w 11 pozycjach według Listy elementów zamówienia (w zakresie zastrzeżonym, co do cen tych elementów). Odwołujący podnosząc zarzut niezrozumiałości wezwania nie precyzuje na czym miałaby ona polegać. Odwołujący nie kwestionuje samego wezwania i dostępności takich informacji jak ceny oferty konkurencyjnej i wartości zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że w konkurencyjnej ofercie MWC sp. z o.o. wskazano w punkcie 1 cenę za przedmiot zamówienia jak i ceny (bez zastrzeżeń) według tabeli dla 11 pozycji z Listy elementów zamówienia. Według dokumentacji Zamawiającego, „Oszacowania wartości zamówienia dokonano: 1. na podstawie: analizy cen rynkowych w oparciu o cenniki dostawców, uwzględniając możliwy wzrost cen spowodowany inflacją 2.w dniu: 2021-12-28; 3. na kwotę netto: 130 081,30 zł; 4. na kwotę brutto: 160 000 zł".

Odwołujący - w tym stanie faktycznym - w składanych wyjaśnieniach w zakresie ceny oferty powinien odnieść się do jej części składowych obejmujących 11 pozycji i te wyjaśnienia powinny zostać rzetelnie opracowane, a dane powinny być konkretne i wyczerpujące dla każdej z pozycji, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Odwołujący dysponując wymienionymi powyżej danymi miał niewątpliwie możliwość - jak wskazywał Zamawiający - samodzielnego wskazania, w której pozycji udało mu się obniżyć cenę, lub dzięki jakim uwarunkowaniom czy indywidualnym rozwiązaniom mógł to uczynić. Odwołujący kalkulując cenę oferty, na dzień składania ofert musiał wiedzieć, w której pozycji poczynił oszczędności lub wiedzieć z jakiego powodu może zaoferować konkurencyjną cenę. Zamawiający miał prawo oczekiwać takiej właśnie informacji wraz z dowodami na jej potwierdzenie. Odwołujący, pomijając w wyjaśnieniach wykreowane przez siebie utrudnienia poprzez zastrzeżenie pozycji kalkulacyjnych, błędnie założył, że ogólnie sformułowane - jego zdaniem - wezwanie uprawnia go do składania ogólnych wyjaśnień nie popartych skonkretyzowanymi dowodami.

Tym samym należy zgodzić się z Zamawiającym, że kwestionowane wezwanie, zawierało podstawę prawną i faktyczną, było w nim skonkretyzowane żądanie do wyjaśnienia ceny oferty - jej elementów oraz przedłożenia dowodów w tym zakresie. Jak podano w wezwaniu - co wymaga podkreślenia - żądanie dotyczyło udokumentowania zasadności zastosowanych cen, a zatem elementów według Listy. Także w uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający prawidłowo podał, że wykonawca twierdząc w wyjaśnieniach, że „Zaoferowana cena wykonania przedmiotu zamówienia ustalona została w sposób rzetelny.

Obejmowała koszty wykonania określonych prac jak również zysk w należytej wysokości" oraz, że „Wykonawca potwierdza niniejszym, iż złożona oferta sformułowana została w oparciu o kompleksową analizę kosztów" przedstawił zestawienie własne, z kwotami dla 14 pozycji, które nie dotyczą tych wszystkich pozycji, które obejmowała Lista elementów zamówienia. Dla tych danych nie przedstawił dowodów. Uwzględnione w tej tabeli koszty pracy za osobodzień pracowników obsługi (programistów) miały wynikać z 5 wydruków z porównywarki internetowej, dotyczących średniego wynagrodzenia za pracę poszczególnych rodzajów pracowników branży IT. Niewątpliwie przedstawione na potwierdzenie stosowania cen rynkowych wydruki nie stanowią dowodu, nie potwierdzają, że takie lub zbliżone stawki stosuje wobec jego pracowników wykonawca. Jak wskazał Zamawiający, „Załączone wydruki stanowiły jedynie orientacyjne raporty płacowe dla poszczególnych stanowisk (w dodatku młodszych specjalistów, czyli osób dopiero rozpoczynających pracę), a samo twierdzenie Wykonawcy, że stosuje takie lub wyższe stawki nie stanowi dla Zamawiającego żadnego dowodu, że tak właśnie jest. Wykonawca winien, zdaniem Zamawiającego, przedstawić jako potwierdzenie odpowiednio zanonimizowane umowy o pracę poszczególnych pracowników, czego nie uczynił". Tym samym Zamawiający nie mógł takich wyjaśnień uznać za wiarygodną kalkulację kosztów, dającą gwarancję realnego i rzetelnego wykonania zamówienia.

Podobnie należy ocenić argumentację dotyczącą oszczędności i minimalizacji kosztów wykonawcy dotyczącą chmury obliczeniowej SAAS. W tym przypadku - jak podał Zamawiający - bazowanie na własnej chmurze obliczeniowej nie stanowi wyłącznie przychodu, bo utrzymanie infrastruktury informatycznej wymaga nakładów tj. chociażby amortyzacja sprzętu, koszty obsługi informatycznej itp. Zatem także, co do tej okoliczności, wykonawca złożył wyjaśnienia w sposób ogólnikowy, nie wskazuje na poziom oszczędności, a nade wszystko nie poparł ich wiarygodnymi i adekwatnymi dowodami.

Podobnie co do podstawy oszacowania czasu, jaki wykonawca będzie musiał poświęcić na wsparcie techniczne oferowanego systemu. Wykonawca powyższe szacunki

przedstawił w oderwaniu od wymaganego w paragrafie 2 pkt 10 Wzoru umowy stanu gotowości w każdym tygodniu od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 16.00. Tu również wyliczeń (np. co do czasu poświęconego na wdrożenie systemu w innej jednostce) nie poparł dowodami.

Izba ponownie zwraca uwagę, że w zdaniu trzecim wezwania z dnia 25 marca 2022 r. wskazując na oczekiwane uszczegółowienie oferty Zamawiający zwracał uwagę na uwzględnienie i udokumentowanie „zasadności zastosowanych cen".

Co do załączonych do odwołania wydruków z systemu HelpDesc (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), niewątpliwie ich przedłożenie w odwołaniu jako uzupełnienie wyjaśnień RNC (rażąco niskiej ceny) jest spóźnione. Jednocześnie Izba zgodziła się z

Zamawiającym, że niewątpliwie zastrzeżenie w nich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a jednocześnie zanonimizowanie w kluczowym zakresie podanych w nich danych, (adresata udzielonej pomocy i danych pracownika, a także czasu udzielonej pomocy) nie pozwalałoby zweryfikować przydatności przedłożonych danych jako dowodu dotyczącego RNC.

W konkluzji Izba stwierdza, że odrzucenie oferty wykonawcy Sputnik Software sp. z o. o. z Poznania na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp było uzasadnione. Zamawiający nie był zobowiązany wzywać Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie

ceny oferty przed odrzuceniem tej oferty, albowiem jak wskazał „Wykonawca nie udowodnił,

że podana cena oferty gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, w szczególności nie przedstawił na to wystarczających dowodów" i z tych powodów „odrzuca ofertę Sputnik

Software sp. z o. o., ze względu na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Tym samym wskazywane naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp z powodu jego nie zastosowania jest niezasadne Z kolei ust.4 przepisu art. 224 Pzp w tej sprawie nie ma

zastosowania, albowiem przedmiotem tego zamówienia jest dostawa, a wskazany przepis odnosi się do robót budowlanych i usług.

Wobec powyższych ustaleń, także podnoszony zarzut naruszenia art 16 ust 1 ustawy Pzp jako nie zasadny podlega oddaleniu. Zamawiający bowiem dał Odwołującemu możliwość wyjaśnienia RNC, a ostateczna decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty jest prawidłowa. Podobnie - w tych okolicznościach - prawidłowa jest decyzja o wyborze oferty wykonawcy MWC sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Izba zwraca też uwagę, że formułując stanowisko w uzasadnieniu zmuszona była uwzględniać poczynione przez Odwołującego (i nie zakwestionowane, w tym także przez Zamawiającego) zastrzeżenia, co do treści oferty i wyjaśnień z dnia 30 marca 2022 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437). Izba w tej sprawie nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu w kwocie 1045, 50 zł, które zostały wymienione w fakturze Kancelarii radcy prawnego. Jako ich podstawę ich ustalenia - na pytanie Izby - wskazano na rozporządzenie 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. Zgodnie z punktem 2 § 5 powołanego rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (rozporządzenie Pzp): „Do kosztów postępowania odwoławczego,

zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: (.) 2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, (.). Przepisy Pzp nie wskazują w tym zakresie na przepisy powoływanego przez wnioskodawcę rozporządzenia w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Wymagany jest według rozporządzenia Pzp spis kosztów, który w tej sprawie nie został przedłożony, co uniemożliwiało Izbie ocenę zasadności wnioskowanych wydatków poniesionych w związku z dojazdem. W tym przypadku Izba miała również na uwadze - odpowiednio - stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale (Uchwała SN z 29.6.2016 r., III CZP 26/16) w zakresie art. 98 § 1KPC. W tej Uchwale SN podał: „Kosztami przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym - jeżeli ich poniesienie było niezbędne i celowe w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c. - są koszty rzeczywiście poniesione”. Co do metody ustalania SN m.in. wskazał, że rozporządzenie dotyczące podróży służbowych może (..) mieć zastosowanie do radców prawnych w relacjach z pracodawcą, jeżeli radca prawny, zatrudniony na podstawie umowy o pracę, wykonuje obsługę prawną swego pracodawcy (art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 507). Zasady ustalania kosztów i rozliczeń przewidzianych w tych rozporządzeniach nie mogą być jednak przenoszone na grunt postępowania cywilnego”. Tym samym podobnie, nie ma podstaw do stosowania według rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego (.) automatyzmu z rozporządzenia dotyczącego podróży służbowych dla ustalania przez Krajową Izbą Odwoławczą - na gruncie postępowania odwoławczego - kosztów przejazdu pełnomocnika strony w oderwaniu od kosztów poniesionych w rzeczywistości, a zatem kosztów uzasadnionych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.