

Sygn. akt: KIO 1767/22

WYROK

z dnia 19 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 15 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 4 lipca 2022 r. przez wykonawcę Trogon BC Sp. z o.o., Słupy 86, 10-381 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu, ul. Namysłowska 8, 50-304 Wrocław

przy udziale wykonawcy Stowarzyszenie SWI, ul. Mokotowska 1, 00-640 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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) 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 1767/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1

ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Świadczenie usług Inżyniera Projektu związanych z przewidywaną realizacją projektu „Zintegrowanej platformy zarządzania JST - projekt pilotażowy” w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014 - 2020 (POPC) - Działanie 2.4 „Tworzenie usług i aplikacji wykorzystujących e-usługi publiczne i informacje sektora publicznego, numer referencyjny CUI-ZZ.3200.9.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00172578/01.

W dniu 4 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Trogon BC Sp. z o.o., w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP

poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia były zgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści SWZ oraz treści wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny,

2) art. 224 ust. 1, 2, 6 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 oraz art. 16 ustawy PZP

poprzez 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,

3) art. 239 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez wybór oferty złożonej przez Stowarzyszenie SWI, podczas gdy oferta nie jest ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, ewentualnie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zarzut nr 1: Zdaniem Odwołującego ocena wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinna być dokonywana przez pryzmat treści wezwania do wyjaśnień oraz treści oferty złożonej w postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jest błędne. Na uwagę zasługuje zwłaszcza to, że: 1) w treści wezwania Zamawiający nie wskazał żadnego algorytmu, który wykonawca zobowiązany jest zastosować do przedstawienia kalkulacji ceny, w szczególności nie wskazał takiego algorytmu dla prawa opcji, 2) nie żądał od Odwołującego przedłożenia dowodów, w tym dotyczących prawa opcji, 3) nie kwestionował żadnych składowych ceny ofertowej, w szczególności nie wskazał, że jego wątpliwości budzi wynagrodzenie w części dotyczącej prawa opcji, nie wskazał również, aby jego wątpliwości budziły składowe ceny wskazane w części dotyczącej prawa opcji.

Jak kontynuował Odwołujący, pomimo sformułowania lakonicznego wezwania Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację wykonania zamówienia w zakresie zamówienia podstawowego. Odwołujący załączył również dowody w postaci oświadczeń osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie wykazał zastrzeżeń co do sposobu obliczenia wynagrodzenia w części dotyczącej zamówienia podstawowego. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło jedynie wyliczenia kosztu w przypadku prawa opcji.

Żadna ze wskazanych w ofercie składowych ceny w zakresie prawa opcji nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, dlatego Odwołujący uznał, iż ogólny zakres wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tego składnika zamówienia będzie wystarczający.

Zdaniem Odwołującego opis prawa opcji w dokumentacji zamówienia był na tyle ogólny, iż Zamawiający nie może na etapie wyjaśnień budować dodatkowych wymagań co do liczby godzin czy też stawki osób skierowanych w tym zakresie do realizacji przedmiotu

zamówienia.

Odnosząc się do zauważonych przez Zamawiającego błędów w kalkulacji, zdaniem Odwołującego, nie mogą one świadczyć o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez Odwołującego, skoro po ich poprawieniu koszty maleją. Zamawiający winien ocenić istotność takiego błędu dla treści wyjaśnień, ewentualnie zwrócić się do Odwołującego o dodatkowe wyjaśnienia.

Odwołujący nie zgodził się również z twierdzeniami Zamawiającego, zgodnie z którymi wykonawca winien do wyliczenia wynagrodzenia w zakresie prawa opcji przyjąć albo średnią arytmetyczną stawek poszczególnych osób wskazanych za zamówienie podstawowe albo wartość stawki kierownika projektu. Zamawiający nie wskazał w treści wezwania, w jaki sposób Odwołujący ma dokonać wyliczeń w części dotyczącej prawa opcji. Zatem brak takich wyliczeń nie może być traktowany jako potwierdzenie braku należytej staranności po stronie Odwołującego.

Odwołujący wskazał również, że wskazanie terminu, przez który obowiązuje stawka wynagrodzenia jest działaniem naturalnym. Chodzi jedynie o to, że jeżeli w okresie związania stawką zostanie podpisana umowa, to stawka ta będzie obowiązywała przez cały okres realizacji zamówienia. W związku z tym, argumenty Zamawiającego dotyczące zbyt krótkiego terminu ważności stawek wynagrodzenia wskazanych oświadczeniach osób skierowanych do realizacji zamówienia, które zostały załączone jako dowody do wyjaśnień ceny, są nietrafione.

Zarzut nr 2:

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 są dla Zamawiającego niejasne, winien on wezwać wykonawcę do wyjaśnienia pojawiających się wątpliwości. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących wątpliwości wynikających z treści złożonych wyjaśnień, Odwołujący miałby szansę wykazać jakie stawki przyjął do wyliczenia prawa opcji oraz przedstawić stosowne dowody w tym zakresie. Niemniej nie należy tracić z pola widzenia faktu, iż prawo opcji zostało opisane tak ogólnie, że praktycznie każde wyjaśnienia mogą być przez Zamawiającego zakwestionowane. Dlatego w sytuacji, w której Zamawiający nie kwestionuje liczby godzin oraz nie kwestionuje stawki już przyjętej przez Odwołującego, wyjaśnienie winny zostać przyjęte.

Pismem procesowym z dnia 12 lipca 2022 r. stanowisko procesowe zostało również przedłożone przez przystępującego Stowarzyszenie SWI. Wskazywał on, co następuje: Zgodnie z informacjami jakie uzyskał Przystępujący, czynność odrzucenia oferty TROGON BC Sp. z o.o., jest jak najbardziej uprawniona a twierdzenia Odwołującego zawarte w treści odwołania nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania.

Przystępujący nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego jakoby Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 z dnia 7 czerwca 2022 r. „nie wskazał algorytmu, który wykonawca jest zobowiązany zastosować do przedstawienia kalkulacji ceny, w szczególności nie wskazał algorytmu dla prawa opcji”.

Zamawiający w wezwaniu wyraźnie wskazał, iż wzywa do wyjaśnień w zakresie sposobu obliczania ceny, w szczególności do:

- wskazania ilości godzin przewidzianych do realizacji, dla każdej osoby w ramach określonej w SWZ roli, stawki za jedną roboczegodzinę pracy specjalisty (zgodnie z rolami wskazanymi w SWZ),

- poziomu zakładanego zysku

- wszystkich kosztów administracyjnych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający odniósł się wprost do zaoferowanej przez Odwołującego ceny tj. do

kwoty 145 000,00 zł brutto, która to kwota stanowi cenę za wykonanie zarówno podstawowego zakresu jak i za wykonanie opcjonalnego zakresu przedmiotu zamówienia. Podobnie z treści załącznika nr 1 do SWZ formularza oferty wynika, iż ceną badaną przez Zamawiającego w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień była cena za wykonanie całego zamówienia (w tym zamówienia opcjonalnego), wobec czego Zamawiający nie musiał, a nawet nie mógł wskazać, iż wymaga odmiennego sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny w odniesieniu do zamówienia podstawowego i zamówienia opcjonalnego.

Zdaniem Przystępującego, zaniechanie obowiązku wskazania ilości godzin - dla każdej osoby wykonującej zamówienie opcjonalne oraz wskazanie jednakowej (najniższej) stawki roboczogodziny dla wszystkich osób wykonujących zamówienie opcjonalne, należy uznać, zgodnie z decyzją Zamawiającego, za brak należytej staranności Odwołującego, a nawet za brak złożenia wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień.

Po pierwsze w zakres zamówienia opcjonalnego wchodzi czynności, co do których konieczne jest zaangażowanie prawie wszystkich specjalistów wskazanych do wykonania zamówienia a na pewno zaangażowanie kierownika projektu, co do którego przyjęto określoną stawkę (nieznaną Przystępującemu) wyższą niż stawka roboczogodziny przyjęta dla zamówienia opcjonalnego. Po drugie z dołączonych do wyjaśnień Odwołującego oświadczeń niektórych osób skierowanych do realizacji zamówienia jednoznacznie wynika, że stawka, która została założona przy kalkulacji jest wiążąca jedynie przez 90 dni liczonych od dnia złożenia oferty przez Odwołującego, dlatego trudno uznać stawkę nawet w wysokości wskazanej w wyjaśnieniach do kalkulacji zakresu podstawowego za wiążącą przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, tym bardziej w zakresie prawa opcji. Z informacji jakie uzyskał Przystępujący nie wynika, że Odwołujący uwzględnił w kalkulacji ryzyko związane ze zmianą stawek po upływie wskazanego w oświadczeniach okresu.

Wobec powyższego, zdaniem Przystępującego, Zamawiający miał prawo oczekiwać, iż wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny będą obejmować wykazanie, że wysokość żądanego wynagrodzenia za wykonanie opcji składającego się na cenę zamówienia zostanie wyjaśniona a jego wartość udowodniona. Trudno wobec tego zarzucić Zamawiającemu niewłaściwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawioną przez Odwołującego.

Za nieuzasadniony Przystępujący uznał również zarzut Odwołującego, że „Zamawiający, nie żądał od Odwołującej przedłożenia dowodów potwierdzających kalkulację dokonaną w części dotyczącej opcji”. Zamawiający nie miał obowiązku w wezwaniu wskazać, że wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną kwotą budzi wynagrodzenie w części dotyczącej prawa opcji.

Odnosnie zarzutu nr 2 Przystępujący wskazał, że Odwołujący składając wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy PZP, nie wykazał, w sposób niebudzący wątpliwości, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, zwłaszcza w zakresie części składowej ceny oferty jaką jest wynagrodzenie za zamówienie opcjonalne, a zatem nie było podstaw do skierowania kolejnego wezwania.

Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie Odwołującego nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 224 ustawy PZP. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ustawy Pzp, musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty.

Przystępujący wskazał również, że w świetle, zgromadzonej dokumentacji a także argumentów wskazanych zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego powyżej, decyzja Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa i w pełni uzasadniona. W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, oferta Stowarzyszenia SWI słusznie uznana za niepodlegającą odrzuceniu oraz uzyskująca najwyższą sumę punktów w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, została prawidłowo uznana za najkorzystniejszą, wobec czego zarzut Odwołującego należy uznać za pozbawiony podstaw.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcę Stowarzyszenie SWI. Przystąpienie zostało zgłoszone w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, a w szczególności w oparciu o treść wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny z dnia 7 czerwca 2022 r., odpowiedzi na ww. wezwanie wraz z załącznikami z dnia 10 czerwca 2022 r. oraz uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 27 czerwca 2022 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Świadczenie usług Inżyniera Projektu związanych z przewidywaną realizacją projektu „Zintegrowanej platformy zarządzania JST - projekt pilotażowy” w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014 - 2020 (POPC) - Działanie 2.4 „Tworzenie usług i aplikacji wykorzystujących e-usługi publiczne i informacje sektora publicznego, numer referencyjny CUI-ZZ.3200.9.2022.

Zgodnie z sekcją 3.2.2 SWZ przedmiot zamówienia będzie realizowany w ramach zamówienia podstawowego oraz prawa opcji. W sekcji 3.2.3 oraz 3.2.4 opisane zostały elementy składające się na zamówienie podstawowe oraz opcję z zastrzeżeniem, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wymagania jakościowe, znajdują się w projekcie umowy (wraz z jej załącznikami) stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ.

Zgodnie z sekcją 6.2.4 punkt 2 SWZ Zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wymagał by wykonawca składający ofertę dysponował zespołem osób zdolnych do realizacji zamówienia, w skład którego wchodzić będzie co najmniej jeden ekspert przypisany do każdej z ról, tj.: kierownik projektu, developer mikrousług, analityk systemów IT, inżynier DevOps, specjalista ds. bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych, inżynier ds. sieci IT, architekt systemów IT oraz tester systemów IT.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 6 czerwca 2022 r. w postępowaniu wpłynęło 7 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego, opiewające odpowiednio na kwotę 145.000,00 zł (85.000,00 zł za realizację zamówienia podstawowego i 60.000,00 zł za realizację prawa opcji) oraz 310.083,00 zł (170.000,00 zł za realizację zamówienia podstawowego i 140.083,00 zł za realizację prawa opcji).

Wezwaniem z dnia 7 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zgodnie z treścią wezwania: „Zamawiający, na podstawie art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zmian.), wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wskazanej w ofercie tj. cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia”.

„Zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający żąda wyjaśnień jeżeli cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek i/lub od średniej arytmetycznej cen w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu. Cena oferty złożonej przez Wykonawcę to: 145 000,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w postępowaniu, po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych to: 465 609,98 zł. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek to: 400 426,50 zł.

Oferta Wykonawcy stanowi 31,14 % średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu i 36,12 % wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Stąd cena zaoferowana w ofercie jest o ponad 30% niższa od wartości wskazanych w ustawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu obliczania ceny, w szczególności do wskazania ilości godzin przewidzianych do realizacji, dla każdej osoby w ramach określonej w SWZ roli, oraz stawki za jedną roboczogodzinę pracy specjalisty (zgodnie z rolami wskazanymi w SWZ). Wykonawca musi również wskazać poziom zakładanego zysku oraz wszystkie koszty administracyjne związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia w zakresie sposobu obliczania ceny należy złożyć w terminie do dnia 10.06.2022r. do godz. 10:00, za pośrednictwem platformy zakupowej na której składana była oferta”.

Pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu.

Odwołujący pismem z dnia 10 czerwca 2022 r. przedłożył wymagane wyjaśnienia wraz załącznikami. Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, że „przedstawiona w dalszej części dokumentu szczegółowa kalkulacja ceny i przedstawione dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (załącznik nr 1 - uzupełniony formularz przez Wykonawcę, oraz oświadczenia zespołu ekspertów oraz oferty podwykonawcze) w rozumieniu zapisów ustawy

z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153,

poz. 1503 ze zm.) i jako taka podlega zastrzeżeniu. Kalkulacja ujawnia sposób kalkulowania ceny (uzupełniony plik xlsx / pdf - załącznik nr 1 do niniejszego pisma) oraz dane finansowe i organizacyjne stanowiące podstawę do dokonania takiej kalkulacji i jako taka podlega zastrzeżeniu”.

Odwołujący przedstawił również uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27 czerwca 2022 r. opublikowanym m. in. na stronie BIP Zamawiającego, powiadomił on o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

PZP. Zgodnie z uzasadnieniem:

„W zakresie realizacji zamówienia w ramach prawa opcji, Wykonawca wskazał w kalkulacji wyłącznie 6 pozycji (w załączeniu), zakładając że:

- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego ilość godzin - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego stawka godzinowa - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego SUMA - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Koszty Organizacyjne - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Zysk - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Suma Wsparcie merytoryczne na czas trwania postępowania - 60 000,00

Należy zauważyć, że przyjęte założenia i sposób sporządzanie kalkulacji wskazuje na brak należytej staranności. Wykonawca, dokonując obliczeń wartości (ceny), dodał wszystkie elementy wskazane powyżej w tym: ilość godzin i stawkę za jedną roboczogodzinę, stosując

wzór: ilość godzin + stawka godzinowa + SUMA + koszty organizacyjne + zysk = 60 000 zł

Prawidłowy wzór, do obliczenia ceny, powinien obejmować faktyczne koszty, tj. SUMA (ilość godzin * stawka godzinowa) + koszty + zysk = Tajemnica przedsiębiorstwa.

O ile ilość godzin, jakie przyjął Wykonawca do obliczania ceny, ze względu na ryczałtowy charakter umowy, nie budzą wątpliwości Zamawiającego, o tyle zastosowany wzór nie potwierdza wysokości zaoferowanej kwoty, ponadto przyjęta stawka godzinowa stoi w sprzeczności z pozostałymi dowodami złożonymi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z przedstawionymi dowodami, stawka godzinowa u poszczególnych specjalistów waha się od Tajemnica przedsiębiorstwa do Tajemnica przedsiębiorstwa (na podstawie tabeli 1. realizacja części podstawowej zamówienia), natomiast Wykonawca do kalkulacji przyjął stawkę najniższą, tj.: Tajemnica przedsiębiorstwa za jedną roboczogodzinę, którą zamierza przeznaczyć jedynie dla dwóch z ośmiu specjalistów (pozostali mają stawkę wyższą niż Tajemnica przedsiębiorstwa).

Należy podkreślić, że funkcja „Inżynier Projektu” odnosi się do realizacji całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) i jest to funkcja pełniona przez cały zespół ekspertów, ze szczególną rolą kierownika projektu. W OPZ wymieniono szereg czynności w ramach zapewnienia asysty w ośmiu aspektach wykonania prawa opcji, wymagającej wiedzy, doświadczenia i kompetencji osób zdolnych do realizacji zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, przy braku rozpisania godzin w ramach realizacji poszczególnych ról, należy przyjąć:

a) średnią wartość arytmetyczną stawek poszczególnych osób lub

b) wartość stawki co najmniej kierownika projektu

O takim sposobie kalkulacji świadczą dowody w postaci oświadczeń osób - dowód przekazany wraz z wyjaśnieniem sposobu obliczania ceny, oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, gdzie jednoznacznie wskazano, że zasoby będą realizować

zadania w zakresie wskazanym w dokumentacji przetargowej czyli w okresie realizacji

całego przedmiotu zamówienia, a nie tylko zamówienia podstawowego.

Biorąc powyższe pod uwagę należy przyjąć, że kwota na realizację przedmiotu objętego prawem opcji wyniesie:

a) przy założeniu średniej arytmetycznej stawki osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia:

- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego ilość godzin - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego stawka godzinowa - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego SUMA - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Koszty Organizacyjne - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Zysk - Tajemnica przedsiębiorstwa

- Suma Wsparcie merytoryczne na czas trwania postępowania - Tajemnica przedsiębiorstwa

Zatem faktyczny koszt realizacji zamówienia w ramach prawa opcji jest o Tajemnica przedsiębiorstwa wyższy niż zakładany przez Wykonawcę.

b) Przy założeniu stawki tylko kierownika projektu:

- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego ilość godzin - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego stawka godzinowa - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Opcja z tytułu świadczonego nadzoru autorskiego SUMA - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Koszty Organizacyjne - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Zysk - Tajemnica przedsiębiorstwa
- Suma Wsparcie merytoryczne na czas trwania postępowania - Tajemnica przedsiębiorstwa

Zatem faktyczny koszt realizacji zamówienia w ramach prawa opcji jest o Tajemnica przedsiębiorstwa zł wyższy niż zakładany przez Wykonawcę.

Jednocześnie należy zauważyć, że z treści oświadczeń niektórych osób skierowanych do realizacji zamówienia, jednoznacznie wynika, że stawka (oświadczenia dotyczą rozpiętości kwot od Tajemnica przedsiębiorstwa - do Tajemnica przedsiębiorstwa w zależności od specjalisty), która została założona przy kalkulacji jest wiążąca jedynie przez Tajemnica przedsiębiorstwa dni liczonych od dnia złożenia oferty przez Wykonawcę Trogon BC Sp. z o.o. (pkt 3. Oświadczenia). Zatem trudno uznać stawkę nawet tą użytą do kalkulacji zakresu podstawowego za wiążącą przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji (termin realizacji 31.12.2023 r.). Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ryzyka związanego ze zmianą stawek po upływie Tajemnica przedsiębiorstwa dni liczonych od dnia złożenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający nie uznaje za wystarczające dowody przedstawione przez Wykonawcę, w sprawie rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia w ramach prawa opcji.

Tym samym, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę”.

Jednocześnie, zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27 czerwca 2022 r., za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego Stowarzyszenie SWI uzyskując najwyższą sumę punktów w kryteriach wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP 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.

Zgodnie z ustępem 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

W rozpatrywanym stanie faktycznym nie ulega wątpliwości, że wezwanie Zamawiającego było zasadne. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek to: 400 426,50 zł. Natomiast średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu to 499 496, 83 zł. Zatem cena oferty Odwołującego jest o ok. 63,8% mniejsza od pierwszej z ww. wartości i o ok. 70,97% niższa od drugiej z nich. W związku z powyższym, wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień zaoferowanej ceny było w pełni uzasadnione.

W pierwszej kolejności należy przyznać rację Odwołującemu, że faktycznie ocena wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinna być dokonywana również przez pryzmat treści wezwania do ich złożenia. Jednakże wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień nie powinien zapominać, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa właśnie na nim. Zatem przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny w pierwszej kolejności uwzględniać wątpliwości wyrażone przez zamawiającego w treści wezwania, a także uzasadniać swoją treścią oraz załączonymi dowodami realność zaoferowanej ceny lub jej istotnej części składowej. Pamiętać bowiem należy, że jako rażąco niska podlega również odrzuceniu oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy PZP).

Przechodząc zatem do analizy zasadności postawionych zarzutów w rozpatrywanym stanie faktycznym należy stwierdzić, co następuje. W treści wezwania z dnia 7 czerwca 2022 r. Zamawiający oprócz ogólnej formuły wezwania do wyjaśnień w oparciu o art. 224 ustawy PZP wskazał na konkretne elementy, które w wyjaśnieniach powinny się znaleźć, tj.:

- wskazania ilości godzin przewidzianych do realizacji, dla każdej osoby w ramach określonej w SWZ roli, oraz stawki za jedną roboczogodzinę pracy specjalisty (zgodnie z rolami

wskazanymi w SWZ),

- poziom zakładanego zysku,

- wszystkie koszty administracyjne związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w przedłożonej odpowiedzi oprócz wyjaśnień o charakterze ogólnym podkreślających jego bogate doświadczenie, posiadane know-how i konkurencyjność proponowanych przez niego rozwiązań, odniósł się do elementów treści art. 224 ust. 3 ustawy PZP jak np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, oryginalność projektu wykonawcy, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, zgodność z przepisami dot. kosztów pracy i ochrony środowiska, pomocy publicznej oraz załączył dowody w postaci: formularza kalkulacyjnego i oświadczeń kadry skierowanej do realizacji zamówienia, zawierającej deklaracje co do stawki, za którą dane osoby zobowiązały się do wykonywania określonych ról w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

W ww. formularzu przedstawił on kalkulację dla zadania podstawowego, z podziałem żądanym przez zamawiającego, tj. wyszczególnił każdą z ról w ramach wymaganego zespołu ekspertów z określeniem stawki godzinowej oraz ilości roboczogodzin w podziale na

zadania i na role. Wskazany został również poziom zakładanego zysku, a także koszty organizacyjne.

Została również przedstawiona kalkulacja dla zamówienia opcjonalnego, dużo mniej szczegółowa niż dla zadania podstawowego. Wykonawca ograniczył się tylko i wyłącznie do wskazania ilości godzin, jednej stawki godzinowej, kosztów organizacyjnych oraz zysku. Ponadto wskazane wyliczenia były błędne, gdyż po zsumowaniu nie dawały kwoty takiej, jaka dla zamówienia opcjonalnego widniała w ofercie.

W tym miejscu należy wskazać, iż nie ma racji Odwołujący twierdząc, że Zamawiający nie wskazał w treści wezwania szczegółowego sposobu przygotowania kalkulacji dla prawa opcji. Wezwanie nie ograniczało się tylko do zamówienia podstawowego. Dotyczyło zaoferowanej ceny za cały przedmiot zamówienia, a zatem również ceny za realizację zamówienia opcjonalnego. Również twierdzenia o tym, że prawo opcji zostało opisane ogólnie, nie są trafione. Zakres zadań dotyczących zamówienia opcjonalnego został szczegółowo opisany w OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy. Analiza postanowień OPZ prowadzi do wniosku, że w realizacji zakresu opcjonalnego zamówienia niezbędny będzie udział personelu wymaganego do realizacji zamówienia podstawowego. Nie można więc dziwić się Zamawiającemu, że kierując wezwaniem do złożenia wyjaśnień ceny oczekiwał on rozbicia stawek godzinowych dla poszczególnych osób wchodzących w skład zespołu, gdyż jest to główny koszt oferowanej usługi.

Nie można również przyjąć argumentacji Odwołującego, że już w ofercie wskazał on szczegółowe ceny jednostkowe w zakresie zamówienia opcjonalnego, a zatem ogólny charakter udzielonych wyjaśnień należy uznać za wystarczający. Zamawiający zobowiązał Odwołującego wezwaniem do wyjaśnienia całości ceny. Zatem poszczególne ceny jednostkowe składające się na całość ceny za realizację prawa opcji powinny zostać przez Odwołującego rozpisane zgodnie z żądaniem Zamawiającego - w rozbiciu na poszczególne role wskazane w SWZ z uwzględnieniem stawek godzinowych, czego Odwołujący zaniechał.

Należy podkreślić, że w momencie, w którym wykonawca zostaje wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy PZP, ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska przechodzi na tego wykonawcę. Nie ma zatem uzasadnienia dla działania wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ogranicza sporządzenie szczegółowej kalkulacji tylko do zamówienia podstawowego i tylko dla zamówienia podstawowego przedkłada dowody na potwierdzenie realności zaoferowanej przez niego ceny. Pomimo generalnej lakoniczności wezwania Zamawiającego, zawarł on w treści wezwania kilka elementów szczegółowych i odniósł je do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, tj. do ceny w wysokości 145 000,00 zł, na którą to składa się realizacja zamówienia podstawowego i opcjonalnego. Zatem przedkładając stosowne wyjaśnienia powinny one czynić zadość wymaganiom Zamawiającego zarówno w stosunku do zamówienia podstawowego jak też opcjonalnego. Nie ma zatem uzasadnienia dla tak ogólnie przedstawionej kalkulacji dla zamówienia opcjonalnego i uznać należy, iż kalkulacja taka nie uzasadniała podanej w ofercie ceny za realizację zamówienia opcjonalnego. Przygotowana ona została również bez zachowania należytej staranności, gdyż obliczenia w kalkulacji obarczone były błędem.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że w opisywanym stanie faktycznym Zamawiający powinien był żądać od niego dodatkowych wyjaśnień. Wskazać należy, że czynnikiem decydującym o tym, czy dopuszczalne jest powtórne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponownie wezwać do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 ww. ustawy, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, w tym zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty (tak: wyrok z dnia 31 stycznia 2022 r., KIO 125/22).

Zdaniem Izby wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie uzasadniały zaoferowanej ceny i brak było podstaw do skierowania do niego ponownego wezwania skoro nie zastosował się

on w pełni do treści wezwania pierwszego.

Na marginesie jedynie wskazać należy, iż założenia i obliczenia Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty stanowią swego rodzaju próbę uzupełnienia kalkulacji Odwołującego i wskazania, jak mogłaby ona wyglądać przy uwzględnieniu założeń przyjętych przez Odwołującego dla kalkulacji dla zamówienia podstawowego. Oczywiście założenia Zamawiającego mają charakter czysto hipotetyczny, jednak uwypuklają nierealność przyjętych przez Odwołującego założeń dla realizacji zamówienia opcjonalnego przy przyjęciu przez niego określonych stawek dla zamówienia podstawowego.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje również kwestia oświadczeń kadry Odwołującego, w których zobowiązali się oni do wykonania czynności stanowiących przedmiot zamówienia za określoną stawkę, wskazując przy tym termin, w którym uważają się za związanych wskazanymi stawkami. Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było bowiem niewykazanie realności ceny zaoferowanej za realizację zamówienia opcjonalnego. Stawki dotyczące poszczególnych osób referowały natomiast do wartości wskazanych przez Odwołującego w kalkulacji dla zamówienia podstawowego. Tylko dwie z nich określone były na poziomie takim, jaki przyjął Odwołujący do realizacji zamówienia opcjonalnego, jednak jak mowa była wcześniej, z analizy postanowień OPZ wynika, że do realizacji zamówienia opcjonalnego konieczny będzie udział całego wymaganego personelu, a zatem uznać należy, że nie można tychże oświadczeń odnosić do kalkulacji przedstawionej dla zamówienia opcjonalnego.

Uwzględniając powyższe okoliczności odwołanie zasługiwało na oddalenie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: