

Sygn. akt: KIO 2694/22

WYROK

z dnia 26 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2022 r. przez odwołującego: Nefeni Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Klinkierowa 7, 60-104 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Zamość (ul. Peowiaków 92, 22-400 Zamość),

przy udziale wykonawcy: MWC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Kowalewicka 12, 60-002 Poznań) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Nefeni 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;

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 2022 r., poz. 1710 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 2694/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 11 października 2022 r. przez wykonawcę Nefeni Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Zamość na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1170 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: Zakup sprzętu i oprogramowania do Urzędu Gminy Zamość w ramach projektu „Cyfrowa Gmina” z podziałem na części: Część 2: System obsługi Rady Gminy”. Numer referencyjny: RI.271.49.2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w BZP nr 2022/BZP 00327987/01 z dnia 2022-08-31.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

a) art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z ust. 1 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, w zw. z art. 266 PZP - ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty MWC sp. z o.o. w sytuacji gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez MWC sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 5 listopada 2021 r. nie uzasadniały zaoferowanej ceny, a w konsekwencji nie obalały domniemania rażąco niskiej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty MWC sp. z o.o.

b) art. 204 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP i art. 224 ust. 5 i ust. 6 PZP w zw. z art. 266 PZP przez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty MWC sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta MWC sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

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

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty MWC sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP oraz powtórzenie czynności odrzucenia ofert.

2) 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 jest drugą ofertą w postępowaniu. 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 zarzutów (cz. B. odwołania) podał:

(...)

W toku postępowania, pismem z dnia 13 września 2022 r. Zamawiający wezwał MWC sp. z o.o. do wyjaśnienia ceny oferty. Z pisma Zamawiającego wynikało wprost żądanie udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający wskazał: „w trakcie oceny przedstawionych przez Państwa wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty zamawiający, działając zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, weźmie pod uwagę przedstawione przez Państwa dowody na poparcie wyjaśnień. Zamawiający oczekuje przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów jakie poniósłby wykonawca należycie wykonując przedmiot umowy z uwzględnieniem wszystkich obowiązków wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.”

W odpowiedzi na to wezwanie, w swoich wyjaśnieniach MWC sp. z o.o. wskazała, że:

„ 1. Oferowane przez nas oprogramowanie e-Sesja to nasz autorski, kompletny system informatyczny, zlokalizowany na naszej infrastrukturze. Ze względu na to, iż spełnia on wymogi opisane przez Zamawiającego, nie wymaga dodatkowych nakładów programistycznych czy rzeczowych, które miałyby wpływ na wyższą cenę zakupu usługi. Ponadto wszelkie koszty związane z wytworzeniem oferowanego rozwiązania zostały już poniesione przez Wykonawcę.

2. Firma MWC posiada prawa majątkowe i autorskie dla oferowanego systemu, co powoduje, że nie musi ponosić kosztu zakupów licencji czy know-how przy realizacji usługi, względem podmiotów trzecich.

3. System e-Sesja jest systemem gotowym (opis systemu można znaleźć na stronie

internetowej), który funkcjonuje już na rynku od ponad 10 lat. Cena, za którą system jest oferowany innym podmiotom jest tożsama lub zbliżona do zaoferowanej przez nas ceny w niniejszym postępowaniu.

4. Oferowana przez nas cena nie odbiega znacząco od kwot zaproponowanych przez innych Oferentów biorących udział w niniejszym zapytaniu ofertowym.”

Na tym Wykonawca MWC sp. z o.o. zakończył swoje wyjaśnienia. Wykonawca nie podał obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty. MWC sp. z o.o. ograniczyła się do ogólnych stwierdzeń dotyczących oferowanego produktu, a w szczególności nie wypełniła zobowiązania nałożonego przez Zamawiającego wprost i nie przedstawiła żadnej kalkulacji oferty ani kosztów, nie przedstawiła żadnych dowodów pozwalających na stwierdzenie, że zaoferowana cena umożliwiła prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zamawiający odnosił się wprost na postanowienia z PZP i podał, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności w zakresie:

- 1) związanych zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 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, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 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 z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Żaden z tych czynników nie został opisany przez MWC sp. z o.o., w szczególności ten

odnoszący się do kosztów osobowych - pracowników, którzy będą odpowiedzialni za wykonanie zamówienia. Wyjaśnienia MWC sp. z o.o. ograniczają się do czterech zdań i w żaden sposób nie można ich uznać za dowód na to, że zaoferowana cena pozwala na wykonanie zamówienia. Nie wynika z wyjaśnień jak MWC sp. z o.o. obliczyła cenę, którą zaproponowała Zamawiającemu, a temu mają służyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. MWC sp. z o.o. podała, że za podobną cenę realizuje inne zamówienia i nawet w tym zakresie nie przedstawiła żadnych dowodów. Nadto jak wynika z wyjaśnień MWC sp. z o.o. uważa, że wszystkie koszty związane z oprogramowaniem zostały już przez nią poniesione, że produkt jest kompletny zapominając najwyraźniej o tym, że OPZ wymaga 12-miesięcznego wsparcia produktu, co oznacza konieczność ponoszenia co do zasady kosztów osobowych przez te 12-miesiące w odniesieniu do potencjalnych zgłoszeń Zamawiającego w okresie serwisowania. Zamawiający wymaga w OPZ wdrożenia systemu, przeprowadzania szkolenia, co musi oznaczać powstanie kosztów osobowych (wynagrodzenia, delegacji, kosztów dojazdu), które MWC sp. z o.o. całkowicie pominął nawet nie poświęcając im uwagi nawet w tych czterech lakonicznych punktach wyjaśnień. Zamawiający wymagał także utrzymania systemu w infrastrukturze wykonawcy, co bezsprzecznie wiąże się z kosztem. Nic o tych kosztach jakie miałyby ponieść MWC sp. z o.o. nie wynika z wyjaśnień. Wykonawca wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny swojej oferty nie może odpowiadać całkowicie dowolnie, nie konkretyzując założeń przyjętych przy obliczaniu ceny oferty, istotnych dla możliwości należytego wykonania umowy za cenę podaną w ofercie. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem złożenie wyjaśnień konkretnych, należycie umotywowanych, przekonujących, że cena jego oferty została obliczona poprawnie i nie jest

ceną rażąco niską. Takie oczekiwania dotyczące wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę pozostaje w zgodzie z wynikającym z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązkiem dowodowym spoczywającym na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Tym samym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień o charakterze ogólnym lub zaniechanie złożenia dowodów naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia za niewystarczające dla uzasadnienia ceny.

Należy też zauważyć w tym miejscu, że ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych obejmuje dwa aspekty: formalny i materialny. Aspekt formalny polega na ocenie zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania, gdyż wyjaśnienia ceny lub kosztu powinny być adekwatne do treści wezwania. Aspekt materialny natomiast obejmuje badanie treści wyjaśnień i załączonych dowodów w kontekście ich realności, spójności, potwierdzenia prawidłowego obliczenia badanej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych.

Wyjaśnienia MVC sp. z o.o. nie spełniają ani wymagań formalnych ani materialnych.

Wykonawca pominął całkowicie wymagania Zamawiającego wynikające z wezwania, a przez to aspekt materialny tych wyjaśnień w zasadzie nie istnieje.

Powołane wyżej twierdzenia autorstwa KIO pochodzą z uzasadnienia wyroku wydanego w analogicznej sprawie (KIO 3670/21), w której wyjaśnienia wykonawcy były najprościej rzecz ujmując: „żadne” - podobnie jak wyjaśnienia MVC sp. z o.o.

Dziwi postawa zamawiającego, który uznał te wyjaśnienia za wystarczające skoro nie wynika z nich dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny kompletnie nic. Konfrontacja tych wyjaśnień z wyjaśnieniami Odwołującego, który także był wzywany do uzasadnienia swojej ceny, powinna być dla Zamawiającego przesłanką do tego, aby chociaż zechciał pochylić się nad sensem przepisu i wymaganiami jakie stawia wykonawcom ustawodawca w PZP w zakresie obowiązku dowodzenia, że cena oferty pozwala na realizację zamówienia.

Co więcej, dla Zamawiającego oznaką, że wykonawca MVC sp. z o.o. nie złożył rzetelnych wyjaśnień powinien być także fakt, że wykonawca MVC sp. z o.o. przedstawił Zamawiającemu ofertę w ramach szacowania wartości zamówienia w odpowiedzi na zapytanie ofertowe zamawiającego. Z tej oferty, z dnia 26 sierpnia 2022 r. (kopia w załączeniu, oryginał stanowi załącznik do protokołu postępowania) wynikają wnioski zgoda odmienne od przedstawionych wyjaśnień. Przede wszystkim wynika z nich jakiś załączek kalkulacji (elementy składowe ceny), inna cena, znacznie wyższa od zaoferowanej w postępowaniu, tj. 16.232,31 zł brutto. Nadto jak wynika z tej oferty, na wynagrodzenie MVC

sp. z o.o. składały się koszty szkoleń pracowników Zamawiającego, które w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zostały przez MVC sp. z o.o. pominięte. (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: MVC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (pismo z dnia 17.10.22) wnosząc o oddalenie odwołania. W szczególności wskazał: (...) Stosownie do treści art. 525 ust. 1 ustawy PZP wskazuję, że Wykonawca MVC Sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Interes firmy MVC Sp. z o.o. w przystąpieniu po stronie Zamawiającego przejawia się tym, że oferta złożona przez Przystępującego wybrana została jako najkorzystniejsza, a co za tym idzie ewentualne uwzględnienie Odwołania spowoduje brak możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego. Ewentualne uwzględnienie odwołania godzi w interes Przystępującego, który oferując niższą cenę niż Odwołujący dokonał prawidłowej kalkulacji zamówienia”. Dalej w uzasadnieniu podał: „Przystępujący, jak wskazano wyżej, ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, bowiem w ocenie Przystępującego wszelkie warunki udziału w postępowaniu zostały przezeń spełnione. Przystępujący jest podmiotem działającym w branży IT, posiadający własne systemy i rozwiązania techniczne, które umożliwiają mu kalkulacje cen bez dodatkowych narzutów czy marży. Ewentualne uwzględnienie Odwołania, pomimo wyboru Merty Przystępującego, jako najkorzystniejszej, spowoduje iż poniesie on stratę/szkodę polegającą na braku realizacji zamówienia, a tym samym braku otrzymania wynagrodzenia przewidzianego za jego realizację. (.)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 25.10.22) wniósł: (.) 1. o oddalenie odwołania w całości oraz. 2. przeprowadzenie postępowania dowodowego poprzez przeprowadzenie dowodu z dokumentów przytoczonych w niniejszej odpowiedzi, na okoliczności w niej zawarte". W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał:

(..)

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2022 r. dokonał analizy rynku, postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonych przez inne gminy i oszacował wartość zamówienia na dostawę systemu obsługi Rady Gminy na kwotę 32 932,66 zł netto.

W związku, iż zadanie to realizowane jest w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2022, Oś V. Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia, przed otwarciem ofert Zamawiający dla części 2 postępowania, tj. Część 2: System obsługi Rady Gminy podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zadania wynikającą z wniosku o dofinansowanie tj. 7 200,03 zł brutto, oraz taka sama kwota została zabezpieczona w budżecie Zamawiającego na rok 2022.

W dniu 09-09-2022 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. Na przedmiotową część tj. Część 2: System obsługi Rady Gminy złożone zostały 2 oferty:

1. Oferta Nefeni Sp. z o.o., ul. Klinkierowa 7, 60-104 Poznań na kwotę 6 273,00 zł
2. MWC Sp. z o.o., ul. Kowalewicka 12, 60-002 Poznań na kwotę 4 899,09 zł.

Obie złożone oferty były niższe niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zadania, co więcej były do siebie zbliżone cenowo, jak również nie odbiegały od kwoty przeznaczonej na realizację zadania.

Z uwagi na zapisy ustawowe Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych - art. 224 ust. 2 pkt. 1) w związku z tym, że obie oferty były co najmniej 30% niższe od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. od kwoty 40 507,17 zł) obaj Wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Podnoszony przez Odwołującego zarzut zbyt lakonicznych wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę i przyjęcie ich przez Zamawiającego jako wystarczające, jest w ocenie Zamawiającego niewłaściwy z uwagi na fakt, iż zgodnie z przesłankami ustawowymi zawartymi w art. 224 ust. 3 wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny mogą, a nie muszą, dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 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, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 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.

Zamawiający oceniając złożone zarówno przez Odwołującego jak i przez MWC Sp. z o.o. wyjaśnienia przede wszystkim brał pod uwagę potwierdzenie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowane ceny. Obaj oferenci potwierdzili, że przeprowadzili prawidłowe

kalkulacje ceny i za zaoferowane kwoty są w stanie zrealizować zamówienie.

MWC Sp. z o.o. w wyjaśnieniach również potwierdziła właściwą kalkulację ceny, uwzględnienie wcześniej poniesionych kosztów na budowę i wdrożenie zaoferowanego oprogramowania.

Obaj Wykonawcy zaoferowali zbliżone ceny, tak więc Zamawiający uznał, że za zaoferowane ceny możliwe jest dostarczenie systemu i jego obsługa. Obaj oferenci posiadają wykwalifikowaną kadrę, obsługują wielu klientów i najlepiej wiedzą, jakie koszty muszą ponieść w związku z wdrożeniem systemu. Podnoszony zarzut kosztów pracowniczych należy uznać za niezasadny. Zatrudnieni pracownicy obu oferentów na co dzień wykonują swoje obowiązki związane z obsługą systemu i licznych klientów, tak więc koszty zatrudnienia rozkładają się na wielu użytkowników systemu.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny musiał wziąć pod uwagę również swoje możliwości finansowe i ich celowość, zasadność oraz prawidłowe gospodarowanie. Oferta wybrana przez Zamawiającego mieści się w przewidzianym budżecie, a wyjaśnienia zostały uznane za wystarczające. Obie, zbliżone do siebie oferty, dowodzą, że zaoferowane kwoty, są wystarczające do zaspokojenia potrzeb, tj. kosztów i zysków Wykonawców. Potwierdza to wyrok KIO 1104/22, wg którego „Celem skierowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p. jest ustalenie, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest realistyczna, a nie doprowadzanie do sytuacji, w której oferta zostaje odrzucona z błędnego powodu”.

Odrzucenie oferty MWC sp. z o.o. i wybór oferty Nefeni Sp. z o.o. mógłby spowodować sytuację, w której Zamawiający poniósłby wyższe koszty, mimo, że wyjaśnienia obu wykonawców dowodzą tego samego i oferują wykonanie zamówienia za podobne kwoty.

Wg wyroku KIO nr 1663/21: „w przypadku badania rażąco niskiej ceny znacząco odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia, należy badać złożone oferty i ich wartości pod względem ich wzajemnej korelacji. Nieznaczące różnice cenowe, również w postępowaniu Zamawiającego, mogą świadczyć o konkurencji występującej wśród oferentów”. Podobne opinie wskazywane są w innych orzeczeniach. Zgodnie z wyrokiem KIO nr 557/22: „Ocena złożonych wyjaśnień nie może sprowadzać się tylko do formalnego aspektu. Stricte formalne podejście mogłoby bowiem skutkować eliminacją ofert, które nie zawierają ceny rażąco niskiej, ofert co do których wykonawca wyjaśnił w sposób wiarygodny, spójny i logiczny zaoferowaną cenę, a oferta musiałaby zostać odrzucona tylko z uwagi na nieprzedłożenie dowodu, który w okolicznościach danej sprawy nie jest konieczny, czy niezbędny.”

Taka sytuacja miała miejsce w ocenie Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Zamawiający uznał przedstawione przez MWC Sp. z o.o. wyjaśnienia za wystarczające, nie wymagające złożenia dodatkowych dowodów.

Odwołujący nie wykazał aby zaoferowana przez wykonawcę MWC sp. z o.o. była rażąco niska ani aby oferta nie odpowiadała warunkom zamówienia, przywołując w swoich wyjaśnieniach te same argumenty, m.in. fakt, że obie firmy są producentami oprogramowania, nie pośrednikami, dlatego koszty są niższe. Obaj Wykonawcy posiadają

doświadczenie, wykwalifikowaną kadrę, nie ponoszą kosztów uzyskania licencji.

Zbliżone cenowo oferty i argumenty obu Wykonawców dowodzą słuszności dokonania pozytywniej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, możliwości prawidłowego wykonania

zamówienia i wyboru najkorzystniejszej oferty. (...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Przedmiotem tego postępowania - zgodnie z SWZ i OPZ - jest zadanie realizowane w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2022, Oś V. Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia, Część 2: „System obsługi Rady Gminy”.

Dla tej części przetargu w rozdziale V SWZ (podobnie w punkcie 12 OPZ) podano:

„Część 2: System obsługi Rady Gminy

Przedmiotem zamówienia jest:

Zakup systemu obsługi Rady Gminy w ramach projektu „Cyfrowa Gmina”

- 1) Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego, umożliwiającego kompleksowe zarządzanie pracami Rady Gminy
- 2) Wdrożenie systemu transmisji obrad z posiedzeń na żywo przez Internet
- 3) Przeprowadzenie szkoleń w siedzibie Gminy dla pracowników Biura Rady Gminy oraz radnych.
- 4) Utrzymanie wdrożonego systemu w infrastrukturze technicznej wykonawcy.
- 5) Świadczenie usługi asysty technicznej oraz serwisu systemu informatycznego przez okres roku od dnia wdrożenia.”

Z dokumentacji tego postępowania - OPZ etap przygotowawczy - wynika, że wartość netto zamówienia - część II - ustalono na kwotę: 32 932,66 zł, a wartość brutto stanowiła kwotę: Brutto 40 507,17 zł. Z kolei w pozycji „Środki przeznaczone na realizację zadania podawane przed otwarciem ofert” dla części II wskazano: „część II - 7 200,03 zł brutto ((są to wartości grantu z wniosku o dofinansowanie).” Taka kwota została dla części II podana na otwarciu ofert.

W formularzu oferty wykonawcy mieli obowiązek wskazać - według formularza ofertowego (zał. A.I do SWZ) - cenę brutto oraz netto oraz wyszczególnić podatek VAT. W tym przypadku szczegółowe elementy kalkulacyjne nie były wymagane. Wymaga to podkreślenia z uwagi na wskazywane przez pełnomocnika Odwołującego na rozprawie - jego zdaniem analogicznej sprawie - orzeczenie o sygn. akt: KIO 1061/22, w której to sprawie - Izba zauważa na marginesie - kluczowe znaczenie miała lista wymaganych elementów kalkulacyjnych.

Izba - w zakresie zarzutów - wskazuje, że w przedmiotowej sprawie do dokumentacji przygotowawczej (OPZ) załączono notatkę służbową z dnia 30 sierpnia 2022 r. w której we wstępie podano: (.)

„W dniu 30.08.2022 r. dokonano rozeznania rynku w celu określenia szacunkowej wartości dostawy systemu obsługi Rady Gminy planowanego do zakupu w ramach projektu pn. „Cyfrowa Gmina” realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014—2020, Oś V. Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia REACT-EU, Działanie 5.1 Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia. W określeniu szacunkowej wartości dostawy wykorzystano ogłoszone i rozstrzygnięte przez inne gminy zapytania ofertowe i złożone w ramach nich oferty od potencjalnych Wykonawców oraz ofertę cenową firmy zajmującej się sprzedażą takiego systemu.(...)”

Do tej notatki załączono zapytania ofertowe i także dokument, na który powołuje się w odwołaniu wykonawca Nefeni, a mianowicie:

Oferta na przejście na system eSesja z Rada?4

Lp	Pozycja	Cena jedn.	Liczba	Wartość netto
1	eSesja - moduł Biuro Rady* Informator		2	
1.1	umożliwia dostęp 5 pracowników Biura Rady do Sytenu c"az przeprowadzania posiedzeń, a także wymianę dokumentów pomiędzy Radnymi, o Biurem. Rady (w tym 10% rabat)	2 691,00 zł	1	2 691,00 zł
2	eSesja - moduł Radni (1S radnych)			
	licencje dostępowe- dla wszystkich Radnych was Przewodniczącego (w tym 10% rabat)	1 341,00 zł	1	1 341,00 zł
3	eSesja - moduł Głosowania			
	umożliwia przeprowadzanie głosowań przy użyciu sprzętu elektronicznego (tabletów lub laptopów) (W tym 19% rabat)	1 791,00 zł	1	1 791,00 zł

4	eSesja - moduł Dyskusja i Rejestracji Dźwięku <small>licencja na zarządzanie dyskusją w trakcie trwania posiedzeń oraz rejestracja dźwięku (w tym 10% rabat)</small>	1-waonał 1 791,00 zł	1	1 791,00 zł
5	eSesja - integracja z kamerą <small>DoCew anie nap. sów, mtomacji o aktualnie wypowiadającej ne osobie, wyników głosowań, porządku obrad <c. (w tym 19% rabat)</small>	891,00 zł	1	891,00 zł
6	Miesięczna opłata za dostęp do serwera transmisji oraz archiwizację nagrań <small>transmisja oraz archiwizacja nagrań z sesji Radnych (w tym 19% rabat)</small>	290,00 zł 261,00 zł	12	3 132,00 zł
71	Szkolenie dla pracowników biura rady <small>Szkolenie w Siedzibie</small>	990,00 zł	1	990,00 zł
81	Szkolenie dla Radnych i Zarządu <small>Szkolenie w siedzibie Zamawiającego</small>	990,00 zł	1	990,00 zł
91	Rabat związany z zakupem systemu Rada24	-1 740,00 zł	1	-1 740,00 zł
Suma netto:				13 197,00 zł
VAT23%:				3 035,31 zł
Suma brutto				16 232,31 zł

Oplaty dodatkowe

Lp	Opis	Cena jedn.	Liczba	Wartość netto
1	Licencja roczna w kolejnych latach użytkowania systemu informatycznego eSesja	2 900,00 zł	1	2 900,00 zł
4	Opłata abonamentowa naliczana od drugiego roku użytkowania systemu			
Suma netto:				2 900,00 zł
VAT23%:				667,00 zł
Suma brutto:				3 567,00 zł

Uwagi do oferty

1. Oferta ważna przy wcześniejszym zakupie systemu Rada24
2. Oferta obejmuje wszelkie koszty zakupu programu, dojazdu do klienta wraz z roczną licencją na użytkowanie programu
3. Cena za szkolenie obowiązuje przy założeniu odbycia obu szkoleń w jednym dniu.
4. Oferta obejmuje dodatkowo: dedykowany poradnik dotyczący korzystania z aplikacji dla Radnych i Pracowników Biura Rady; dostęp do pomocy technicznej w formie mailowej lub telefonicznej w godzinach 08:00 - 16:00 od poniedziałku do piątku; dostęp do regularnych aktualizacji systemu eSesja; przechowywanie danych na bezpiecznym serwerze
5. Zamówienie może być dzielone
6. Zamówienie na podstawie powyższej oferty dla swej ważności wymaga formy pisemnej lub mailowej.

Z kolei odpowiadając na wezwanie z dnia 13.09.2022 r. wykonawca MWC podał:

„W odpowiedzi na prośbę o udzielenie wyjaśnienie, dotyczącego oferty złożonej w ww. postępowaniu, zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, niniejszym informujemy, że potwierdzamy wykonanie przedmiotowego zamówienia, zgodnie z wymogami Zamawiającego w zaferowanej cenie. W odpowiedzi na zarzut dotycząco rażąco niskiej ceny uprzejmie zawiadamiamy, iż:

1. Oferowane przez nas oprogramowanie eSesja to nasz autorski, kompletny system

informatyczny, zlokalizowany na naszej infrastrukturze. Ze względu na to, iż spełnia on wymogi opisane przez Zamawiającego, nie wymaga dodatkowych nakładów programistycznych czy rzeczowych, które miałyby wpływ na wyższą cenę zakupu usługi. Ponadto wszelkie koszty związane z wytworzeniem oferowanego rozwiązania zostały już poniesione przez Wykonawcę.

2. Firma MWC posiada prawa majątkowe i autorskie dla oferowanego systemu, co powoduje, że nie musi ponosić kosztu zakupów licencji czy know-how przy realizacji usługi, względem podmiotów trzecich.

3. System eSesja jest systemem gotowym (opis systemu można znaleźć na stronie internetowej), który funkcjonuje już na rynku od ponad 10 lat. Cena, za którą system jest oferowany innym podmiotom jest tożsama lub zbliżona do zaferowanej przez nas ceny w niniejszym postępowaniu.

4. Oferowana przez nas cena nie odbiega znacząco od kwot zaproponowanych przez

innych Oferentów biorących udział w niniejszym zapytaniu ofertowym.

Mając na uwadze powyższe, a w szczególności fakt, że system eSesja jest gotowym rozwiązaniem, funkcjonującym na rynku, a jedyne koszty jakie Wykonawca ponosi to koszty związane z utrzymaniem systemu w infrastrukturze informatycznej oraz koszty przeszkolenia użytkownika końcowego, zawiadamiamy, iż w naszej opinii oferowana przez nas cena jest ceną rynkową i nie nosi znamion rażąco niskiej. Dodatkowo potwierdzamy, że wykonamy usługę w zaoferowanej przez nas kwocie”.

Odwołujący - wskazując na zarzut naruszenia art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 266 Pzp i podnosząc niezastosowanie tych przepisów, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty MWC sp. z o.o. w sytuacji gdy

wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez MWC sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 13 września br nie uzasadniały - jego zdaniem - zaoferowanej ceny, a w konsekwencji nie obalały domniemania rażącej niskiej ceny - opart się wyłącznie na wyjaśnieniach wykonawcy MWC, jakich ten udzielił w piśmie z dnia 14 września br, a także wskazywał na obszerność wyjaśnień jakich sam udzielił w analogicznym zapytaniu z dnia 13 września br, które nota bene zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący pominął natomiast dokument, którego dysponentem był Zamawiający, a także Odwołujący, a mianowicie dokument z 26 sierpnia br do którego referują - z uwagi na ich treść - wyjaśnienia z dnia 14 września br. Tak jak wskazuje wykonawca w wyjaśnieniach w ich konkluzji (.) jedyne koszty jakie Wykonawca ponosi to koszty związane z utrzymaniem systemu w infrastrukturze informatycznej oraz koszty przeszkolenia użytkownika końcowego”.

Tym samym Zamawiający dysponując taką wiedzą opartą na dwóch a nie na jednym dokumencie mógł przyjąć, że „MWC Sp. z o.o. w wyjaśnieniach również potwierdziła właściwą kalkulację ceny, uwzględnienie wcześniej poniesionych kosztów na budowę i wdrożenie zaoferowanego oprogramowania”. Także, że „Obaj Wykonawcy zaoferowali zbliżone ceny, tak więc Zamawiający uznał, że za zaoferowane ceny możliwe jest dostarczenie systemu i jego obsługa. Obaj oferenci posiadają wykwalifikowaną kadrę, obsługują wielu klientów i najlepiej wiedzą, jakie koszty muszą ponieść w związku z wdrożeniem systemu”.

Izba podkreśla, że dokonując oceny i weryfikując wyjaśnienia wykonawcy zamawiający niewątpliwie musi mieć przekonanie, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, aczkolwiek składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą się cechować podwyższonym miernikiem staranności, a nie wyjaśnień lakonicznych, albowiem udzielając takich wyjaśnień wykonawca wezwany także ponosi negatywne skutki zgodnie z art. 224 ust.6 Pzp. Jednakże, zdaniem Izby, jedynym wyznacznikiem poprawności wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie może być tylko wezwanie kierowane do wykonawców, w którego treści zamawiający cytują treść przepisu, w tym przypadku art. 224 ust. 3 Pzp. Przepis ten powinien stanowić dla zamawiającego wskazówkę interpretacyjną (a nie jego powielenie, co jest częstym zjawiskiem) przy formułowaniu treści takiego wezwania z uwzględnieniem szindywidualizowanych okoliczności w danym zamówieniu. Należy także zgodzić się z Przystępującym wykonawcą MWC (pismo procesowe z 21.10.22), że wartość zamówienia może stanowić punkt odniesienia wówczas, jeżeli została ustalona w sposób należyty. Weryfikacją tego elementu w konsekwencji - jak w tej sprawie - będzie konfrontacja z ogółem cen zaoferowanych w postępowaniu. W kwestii dowodów, niewątpliwie ustawa Pzp, w tym jej art. 224, nie określa katalogu dowodów, jakimi może posłużyć się wykonawca. Wykonawca zatem może powołać każdy dowód, który w jego ocenie stanowi poparcie dla twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. W tym przypadku Przystępujący wskazał, że (.) twierdzenia jakie przesłał on Zamawiającemu wraz ze wskazaniem dowodów w postaci źródła: Strony internetowej esesja.pl. stanowią wystarczające potwierdzenie rzetelności i wiarygodności Przystępującego. Za takie uznał je również Zamawiający, który przyjął i zaakceptował te wyjaśnienia, a w konsekwencji wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą”.

Tym samym - w okolicznościach faktycznych tej sprawy - brak jest podstaw, zdaniem Izby, do kwestionowania oceny oferty wykonawcy MWC i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. W konsekwencji także podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia 204 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp nie został uwzględniony, albowiem wykonawca wnoszący odwołanie nie wykazał, że

oferta MWC sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.