Sygn. akt: KIO 3078/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 sierpnia 2024 r. przez odwołującego WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: JCode spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach,

   2.2 zasądza od odwołującego na rzecz Przystępującego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 3078/24

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

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa utrzymania komponentu integracyjnego oraz implementacja integracji pomiędzy systemami zewnętrznymi i systemami wewnętrznymi PFRON" numer postępowania: ZP/02/24, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 maja 2024 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 276418-2024, numer wydania Dz.U. S 91/2024.

26 sierpnia 2024 r. wykonawca WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę JCODE sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: Przystępujący) i zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy mimo, że jego oferta powinna zostać odrzucona, ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na to, że Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp.

2. dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego i zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy mimo faktu, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona ze względu na to, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, ponieważ Przystępujący z uwagi na planowany sposób realizacji zamówienia nie miał prawa polegać na zasobach podmiotu trzeciego, co stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp oraz art. 118 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego,

2. odrzucenia oferty Przystępującego,

3. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1 – rażąco niska cena

W przedmiotowym Postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu oferty ceny za dwa odrębne zakresy przedmiotu zamówienia:

1. Cenę za Usługę asysty technicznej i konserwacji Komponentu Integracyjnego (ATiK) (cena podawana za 1 miesiąc świadczenia usługi, zakres zamówienia obejmuje 24 miesiące świadczenia usługi w ramach zamówienia podstawowego i 12 miesięcy w ramach prawa opcji);

2. Cenę za Usługę Rozwoju Komponentu Integracyjnego (UR) (cena podawana za 1 roboczogodzinę świadczenia usługi, zakres zamówienia obejmuje 3000 godzin w ramach zamówienia podstawowego i 1500 godzin w ramach prawa opcji).

Przystępujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę łączną: 1 331 721,00 zł brutto, a w tym:

1. Zamówienie gwarantowane 887 814,00 zł brutto;

2. Zamówienia w ramach Opcji 443 907,00 zł brutto.

Podana cena jest ceną rażąco niską, ponieważ nie uwzględnia wszystkich elementów kosztowych i została oparta na błędnych założeniach, co potwierdziły wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego.

Przystępujący zaoferował realizację Usług Rozwoju za kwotę:

1. Zamówienie gwarantowane – 549 810,00 zł brutto;

2. Zamówienie w ramach opcji – 274 905,00 zł brutto.

Zgodnie z wymaganiami postępowania łączna cena za Usługi Rozwoju była ustalana z wykorzystaniem stawki za jedną roboczogodzinę świadczenia usługi. Dla Przystępującego kwota ta wynosiła 183,27 zł brutto. Kwota ta nie została uzasadniona w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, w związku z czym oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona.

Przystępujący zaoferował świadczenie usługi ATiK za cenę 14 083,50 zł brutto miesięczne. Z uwagi na zakres przedmiotu zamówienia, ilość i kompetencje personelu, który musi być zaangażowany do świadczenia tej usługi na wymaganym w SWZ poziomie oraz koszty jakie

należy ponieść nie jest możliwe, aby realizowanie tej usługi za kwotę zaoferowaną przez Przystępującego było rentowne i nie odbywało się ze stratą po stronie Wykonawcy. Powyższa okoliczność powoduje, że cała cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska, ponieważ nie pozwala na wykonanie zamówienia.

Pozostali Wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty w Postępowaniu zaoferowali następujące ceny za 1 miesiąc świadczenia usługi ATiK:

1. Cena Odwołującego: 36.531,00 zł;

2. Cena Wykonawcy Nekken Consulting: 46.740,00 zł;

3. Cena Wykonawcy Comarch Polska: 65.438,73 zł.

Zaoferowane przez innych Wykonawców ceny znacząco przewyższają cenę zaoferowaną przez Przystępującego, co stanowi dodatkową przesłankę świadczącą o tym, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną rażąco niską. Wszyscy Wykonawcy wyceniali bowiem ten sam zakres prac w oparciu o tą samą dokumentację i robili to w tym samym czasie. Niezależnie od wielkości organizacji danego Wykonawcy, to zarówno dla Przystępującego jak i dla pozostałych Wykonawców realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie usługi ATIK wymaga poniesienia wysokich kosztów związanych w szczególności z opłacaniem wysoko wykwalifikowanych specjalistów IT oraz kosztów związanych z całodobowym świadczeniem usług.

Zamawiający wezwał Przystępującego 11 czerwca 2024 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wezwanie wystosowanie do Przystępującego było wezwaniem szczegółowym, Zamawiający określił jakich wymagań oczekuje, co ma się w nich znaleźć, jakie koszty mają zostać wykazane jako faktycznie przyjęte do wyceny.

Odpowiedź udzielona przez Wykonawcę w żaden sposób nie odpowiada treści otrzymanego wezwania. W ocenie Odwołującego Przystępujący dosyć swobodnie przedstawił niezrozumiałe założenia, z których finalnie miała wynikać cena ofertowa przedstawiona w formularzu ofertowym, wraz z zyskiem. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia:

- nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

- nie są kompletne, nie odnoszą się do wszystkich elementów wezwania, które wystosował Zamawiający do Przystępującego;

- nie są wewnętrznie spójne;

- zostały oparte na błędnych założeniach, tj. na niedoszacowaniu pracochłonności, pominięciu niektórych zakresów zadań, przewidzenia zbyt małego zaangażowania personelu w stosunku do rozmiaru zadań;

- przywołują jako uzasadnienie dla możliwości obniżenia ceny okoliczności, które wpływu na cenę nie mają lub ten ewentualny wpływ nie został w żaden sposób przez Przystępującego wykazany.

W części ogólnej wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący podał określone okoliczności, jako mające wpływ na wysokość ceny, ale nie wyjaśnił jaki to wpływ, w szczególności nie podał wymiaru liczbowego tego wpływu.

Jeżeli za przywołaniem danej okoliczności mającej rzekomo wpływać na obniżenie ceny nie idzie rzetelne wykazanie o jakim poziomie obniżenia mowa, to ta okoliczność ma charakter gołosłowny i nie może być brana pod uwagę.

Przystępujący stwierdza w wyjaśnieniach, że administracja komponentu integracyjnego będzie automatyzowana. Zdanie to sugeruje, że jeżeli coś zostanie zautomatyzowane, to znaczy, że nie będą w dane zadanie angażowani ludzie, co jak należy przypuszczać ma generować oszczędności. Ponownie jednak należy podkreślić, że brak jakichkolwiek szczegółów i konkretów w jaki sposób owa automatyzacja wpłynie na obniżenie kosztów. Przystępujący nie podał na czym automatyzacja będzie polegała, co usprawni i ile na tej automatyzacji Przystępujący zaoszczędzi. Podobnie rzecz wygląda z deklaracją Przystępującego dotyczące wykorzystywania praktyk CI/CD. Brak jakichkolwiek danych, wyliczeń, wykazania o ile umożliwiło to obniżenie ceny.

Przystępujący stwierdza w wyjaśnieniach, że „typowe czynności administracyjne polegające na nadzorowaniu działania pracy systemu są wykonywane przez osoby o niższych kompetencjach". Przystępujący nie wymienia konkretnie jakie czynności ma myśli, jaki jest ich zakres, ile konkretnie zaoszczędzi na tym, że wykonają je „osoby o niższych kompetencjach".

Wykonanie przedmiotu umowy w zakresie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji

Odwołujący wskazał, że bezprzedmiotowa w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest informacja, że Przystępujący „jako jedna z niewielu firm w Polsce rozpoczęła proces pozyskiwania oficjalnego partnerstwa rozwiązań WSO2". Informacja ta nie ma żadnej doniosłości w kontekście wyjaśnień ceny, ponieważ:

- Przystępujący nie wyjaśnia w jaki sposób przekłada się to na oszczędności w projekcie;

- proces „pozyskiwania partnerstwa" się rozpoczął, a zatem trwa, i nawet jeśli

hipotetycznie uzyskanie partnerstwa daje jakieś korzyści to z pewnością nie są one udziałem Przystępującego.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przyjął dość szeroko strategię literalnego powtarzania otrzymanego od Zamawiającego wezwania i zamieniania go na deklarację, że wszystkie elementy wymienione w wezwaniu zostały wycenione.

Przystępujący na stronie nr 5 swoich wyjaśnień przytoczył odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego 20 maja 2024 r., w której Zamawiający poinformował, że na dzień udzielania odpowiedzi nie było żadnych błędów związanych z działaniem komponentu integracyjnego. Powyższa odpowiedź Zamawiającego może budować (błędne) przekonanie, że skoro przedmiotem zamówienia jest utrzymanie systemu, który się „nie psuje", ponieważ nie

występują żadne błędy, to jakakolwiek kwota miesięczna za jego utrzymanie stanowić będzie „czysty zysk". Przedmiot zamówienia jest jednak tak szeroki, że zakres polegający na usuwaniu błędów stanowi tylko niewielki procent zadań, które są do wykonania w ramach Usługi ATIK. Kwestionując wartość wyjaśnień ceny Przystępującego Odwołujący wymienił obowiązki w ramach realizacji usługi ATIK, które należało uwzględnić w cenie.

Z informacji zawartych w tabeli: „Zestawienie czasów realizacji incydentu krytycznego", strona numer 6 wyjaśnień ceny Przystępującego wynika, że na obsługę zgłoszeń serwisowych (awarie) Przystępujący zamierza przeznaczyć 39 roboczogodzin miesięcznie (suma wartości wykazanych w kolumnie C). Są to „gołe" roboczogodziny przeznaczone na samo usuwanie awarii, która się pojawią. Nigdzie w przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnieniach oraz kalkulacjach nie pojawia się informacja (i potwierdzające ją wyliczenia), świadcząca o tym, że cały wskazany minimalny 4 - osobowy zespół przewidziany do usunięcia awarii będzie dostępny i będzie mógł świadczyć usługi serwisowe w trybie 365/24/7. Uwzględnienie w ofercie zapewnienia całodobowej dostępności zespołu we wszystkie dni roku to jest właśnie ten istotny element kosztowy, a nie te godziny (kilka godzin), które specjalista/ekspert poświęci na usuwanie awarii.

W załączniku numer 1 do Szczegółowego zestawienia zawierającego wyliczenie stawek godzinowych zespołu Asysty Technicznej i Konserwacji, który stanowił tabelę Przystępujący przedstawił skład zespołu realizacyjnego składający się z:

1. Kierownika Projektu;
2. Zastępcy Kierownika Projektu;
3. Trzech Administratorów/Konsultantów;
4. Dwóch Analityków/Konsultantów;
5. Czterech Programistów Konsultantów;
6. Dwóch Testerów / HD / Dokumentalistów.

Zespół liczyć ma więc 13 osób, w tym:

1. Zaangażowanych na 100% - 6 osób
2. Zaangażowanych na 95% - 1 osoba;
3. Zaangażowanych na 50% - 1 osoba;
4. Zaangażowanych na 20% - 4 osoby;
5. Zaangażowanych na 5% - 1 osoba.

Zaangażowanych w realizację projektu na wysokim poziomie ma być więc tylko 7 osób (6 osób na 100% i 1 osoba na 95%) oraz jedna osoba w połowie wymiaru (50%). W załączniku numer 1 Przystępujący podał wynagrodzenie kierownika projektu w wysokości 4300 zł brutto/m-c, co stanowi wartość aktualnej pensji minimalnej. W ocenie Odwołującego nie może podlegać wątpliwości, że osoba, której wynagrodzenie odpowiada wartości pensji minimalnej nie może

posiadać kompetencji, doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych wymaganych przez Zamawiającego (wskazanych w SWZ) i wymaganych do należytego prowadzenia projektu o tej skali i tym stopniu złożoności. Jest to osoba na samym początku swojej drogi zawodowej, nie można wobec tego przyjąć, że będzie to osoba adekwatna do prowadzenia przedmiotowego projektu. Z załącznika nr 1 wynika, że Zamawiający przewiduje funkcję „zastępcy kierownika projektu", którą pełnić ma osoba ponad „trzykrotnie droższa" od kierownika projektu. Zaangażowanie tej osoby przewidziano na 20%, co może oznaczać w praktyce, że co piąty dzień zastępca kierownika projektu będzie zajmował się przedmiotowym projektem. W ocenie Odwołującego takie podejście do kwestii zarządzania projektem pokazuje, że założenie przyjęte do wyceny oferty są błędne a niska cena oferty Przystępującego wynika z faktu, że do realizacji zamówienia został przewidziany kierownik projektu o kompetencjach nieadekwatnych do skali projektu. Stawka przewidziana dla kierownika projektu znacząco odbiega od średnich stawek wynagrodzeń w IT w Polsce w obszarze Project Management wynikających z opublikowanego przez NoFluffJobs raportu „Rynek pracy IT w Polsce w 2023 roku" (. Przystępujący wycenił zaangażowanie najbardziej doświadczonego (posiadającego najwyższe wynagrodzenie) administratora będącego członkiem Personelu Kluczowego na poziomie 5% miesięcznie. Jest to więc zaangażowanie symboliczne i niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. Zamawiający dlatego wyspecyfikował tak szczegółowo oczekiwania kwalifikacje zawodowe osoby pełniącej rolę administratora jako Personelu Kluczowego w SWZ („Rozdział 7. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu"), gdyż oczekuje realnego udziału tej osoby w pracach zdefiniowanych wymaganiami Usługi ATiK. Założenie, że osoba będąca członkiem Personelu Kluczowego będzie zaangażowana jedynie w wymiarze 5% nie spełnia w ocenie Odwołującego wymagań Zamawiającego i świadczy o tym, że Przystępującego był w stanie zaoferować najniższą cenę w Postępowaniu z uwagi na wycenione symboliczne zaangażowanie najlepszych specjalistów. Specjaliści Ci w praktyce występują zatem jedynie na „papierze".

Na stronie nr 7 wyjaśnień, Przystępujący przedstawił tabelę „Zestawienie szacowanych średnich kosztów miesięcznych ATIK". Wynika z niej założone przez Przystępującego zaangażowanie wszystkich osób uczestniczących w projekcie na poziomie miesięcznym 78 godzin. Odwołujący ustalił to sumując liczbę jednostek w kolumnie C tabeli:

16h (kierownik projektu) + 10h (analityk) + 20h (programista) + 12h (tester) + 20h administrator = 78 godzin.

W opinii Odwołującego taki planowany poziom zaangażowania Przystępującego nie pozwala na świadczenie usługi ATiK w trybie 365/24/7 i na warunkach określonych w SWZ. Taka niska pracochłonność świadczy o tym, że oferta Przystępującego nie uwzględnia wszystkich wymagań zawartych w SWZ w szczególności „ze względu na wielkość i złożoność

technologiczną komponentu integracyjnego opartego o rozwiązanie WSO2" oraz szeroki zakres prac do wykonania w ramach realizacji usługi ATIK (wskazywany już powyżej w niniejszym odwołaniu). Obiektywnie nie jest możliwym zrealizowanie całości zakresu prac w ramach usługi ATIK z zaangażowaniem w projekt na poziomie 78 rbg / mc.

Odwołujący nie wie w jaki sposób Zamawiający dysponując przecież pełną treścią wyjaśnień zarówno Odwołującego jak i Przystępującego mógł uznać, że liczba roboczogodzin Odwołującego i Przystępującego jest na „podobnym poziomie". Pracochłonność miesięczna Odwołującego założona w wycenie to ponad 120 roboczogodzin.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z własnymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożonymi w postępowaniu, Odwołujący przedstawił rzetelną informację jak szacuje pracochłonność poszczególnych zadań przewidzianych w OPZ i PPU - strony od 3 do 16 wyjaśnień ceny Odwołującego. Wskazać należy, że założona przez Odwołującego czasochłonność wynika z praktycznego doświadczenia Odwołującego, ponieważ Odwołujący świadczył już na rzecz Zamawiającego usługę ATIK. W związku z tym przyjął pracochłonność na minimalnym możliwym poziomie, aby:

- z jednej strony móc złożyć konkurencyjną ofertę w Postępowaniu;

- z drugiej strony mieć zabezpieczoną pełną realizację wszystkich zobowiązań wynikających z wymagań postępowania.

W ocenie Odwołującego Przystępujący, który nie ma doświadczenia w realizacji tej konkretnej usługi będącej przedmiotem zamówienia powinien oszacować pracochłonność na poziomie przynajmniej na takim poziomie jak Odwołujący lub wyższym, ponieważ powinien mieć „zapas godzin" z uwagi na brak praktycznej znajomości środowiska Zamawiającego. Nie wymaga w ocenie Odwołującego dowodu teza, że podmiot, który zaczyna świadczenie usług na nowym dla siebie środowisku, dla nowego Klienta potrzebuje na te same czynności więcej czasu niż podmiot, który te usługi już świadczy.

Przystępujący nie doszacował istotnego elementu przedmiotu zamówienia. Całkowity koszt świadczenia gwarancji przez 6 miesięcy, który został przewidziany przez Przystępującego, to kwota 995,20 zł (995,20 = 41,47 x 24).

Należy zatem przyjąć, że według Przystępującego miesięczny koszt świadczenia usług gwarancji po zakończeniu umowy to kwota 165,87 zł (995,20/6=165,87). Koszt ten nijak ma się do podanej w ofercie Przystępującego ceny za świadczenie usługi ATIK. Wycena gwarancji jest całkowicie oderwana od wymagań Postępowania. Nierealnym jest, aby zrealizować za tą cenę wymóg, by świadczona gwarancja przez okres 6 miesięcy po zakończeniu umowy obejmowała wszystkie wymagania i procedury utrzymaniowe wymienione dla okresu obowiązywania umowy.

Przystępujący podał kwotę 140,84 zł. Jest to jak należy rozumieć jedna kwota za cały okres obowiązywania Umowy. Kwota ta jest rażąco zaniżona, a Przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił, że miał podstawy do tego, aby taką kwotę podać. Nie może budzić najmniejszej wątpliwości, że koszt przeniesienia autorskich praw majątkowych do utworów wytworzonych w ramach całego okresu realizowania Umowy to nie może być 140,84 zł.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego w wezwaniu z 11 czerwca 2024 r. Przystępujący przedstawił wyjaśnienia i wyliczenia tylko do części elementów wyceny i to w dodatku niespójne, pomijając przy tym wiele istotnych elementów. Większość elementów, które wskazał Zamawiający w wezwaniu ujęte są jedynie deklaratoryjnie – Przystępujący oświadczył, że ujął koszty w wycenie, nie podając gdzie, w jakiej wysokości. W szczególności uwagę w tym zakresie należy zwrócić na cytowaną już w niniejszym odwołaniu stronę numer 7 wyjaśnień, gdzie Przystępujący w formie wylistowania podał (powtarzając treść otrzymanego wezwania) co rzekomo jego wycena zawiera. W ocenie Odwołującego takiego podejścia do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można zaakceptować. Na podobnej zasadzie Przystępujący zadeklarował, że w kalkulacji przyjęte zostały koszty związane z okresowymi zadaniami.

Oprócz wymienionych wprost w wezwaniu elementów, Zamawiający zawarł w wezwaniu zdanie: „oraz inne składniki cenotwórcze związane z realizacją zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zawartymi w SWZ, OPZ i PPU."

W OPZ i PPU Zamawiający sprecyzował wymagania, które miały zostać objęte wyceną, a które to wymagania zostały w wyjaśnieniach Przystępującego całkowicie pominięte. Odwołujący wymienił przykładowe, istotne wymagania dokumentów zamówienia, w stosunku, do których Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek (tj. żadnych nawet deklaratywnych) wyjaśnień:

3.3.2 Zasady obsługi zgłoszeń OPZ,

3.3.3 .17. Współpraca z Wykonawcą świadczącym usługi hostingu OPZ,

3.6.1. Z przedmiotowego wymagania wynika konieczność zapewnienia 24 miesięcznego wsparcia producenta dla oprogramowania:

- komponent integracyjny do komunikacji z e-Doręczeniami

- Broker Komunikacyjny OPZ,

3.6.2. Instalacja nowej wersji instancji Zabbix, przeniesienie monitoringu na nową instancję, świadczenie usług utrzymania przez 24 miesiące OPZ,

3.6.5. Opracowanie procedury "Disaster recovery" OPZ,

3.6.6. Przeprowadzania okresowych testów procedur odzyskiwania środowiska Komponentu Integracyjnego w tym testów scenariuszy "Disaster recovery" OPZ,

3.7.3. Wykonanie Repozytorium Projektu wraz z jego strukturą, sposobem pracy wraz

z harmonogramem zasilania danymi PPU,

4.3.3.3 Wyznaczenie RPO i RTO. Opracowanie planu optymalizacji parametrów RPO i RTO. W ocenie Odwołującego z uwagi na fakt, że realizacja pkt 3.6.1. OPZ wymaga 24-miesięcznego dostępu do aktualizacji/wsparcia producenta dla komponentu integracyjnego do komunikacji z e-Doręczeniami i Brokera Komunikacyjnego, należało pozyskać ofertę/wycenę producenta lub wyjaśnić w jaki sposób zadanie zostało wycenione bez udziału producenta. Odwołujący na potrzeby przygotowania oferty dla Zamawiającego zwrócił się z prośbą o stosowną wycenę i składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożył przedmiotową ofertę producenta jako dowód. Przystępujący tego nie uczynił i w żaden sposób nie wyjaśnił w jaki sposób wycenił przedmiotowe zadanie. Należy przy tym zauważyć, że wycena pozyskana przez Odwołującego opiewa na kilkukrotność ceny za 1 miesiąc świadczenia usługi ATIK przez Przystępującego. Oznacza to, że Wykonawca ten nie uwzględniwszy tych kosztów w wycenie nie będzie w stanie bez strat finansowych zapewnić realizacji tego zakresu zadań.

Wykonanie przedmiotu umowy w zakresie usługi modyfikacji i rozwoju Komponentu Integracyjnego

W pierwszym akapicie swojego wyjaśnienia dla tego zakresu, strona numer 10, Przystępujący podał, że narzut na pozostałe koszty to kwota 450 zł na pracownika miesięcznie. Jeżeli Przystępujący może starał się w jakiś sposób wykazać wysokość swoich kosztów „ogólnozakładowych", w szczególności składając przykładowe umowy na wynajem biura czy sprzętu, to należy stwierdzić, że uczynił to w sposób całkowicie nieprzekonywujący. Z przedstawionych wyjaśnień i przedstawionych dowodów w żaden sposób nie da się wywnioskować i ustalić, że zakładane przez Przystępującego wysokości „narzutów" są adekwatne do rzeczywistości. To po prostu nie wynika z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Nie wiadomo z jakich względów Przystępujący stosuje swoje „narzuty" również do personelu udostępnionego. Należy podkreślić, że aż trzy osoby z 4-osobowego Personelu Kluczowego to osoby udostępnione przez podmiot udostępniający. Odwołujący nie wie ile osób z personelu niekluczowego to osoby spoza organizacji Przystępującego. Oczywistym jest, że wysokości „narzutów" deklaratywnie podawanych prze Przystępującego są nieadekwatne dla podmiotu udostępniającego zasoby. Wysokości narzutów stosowanych przez podmiot udostępniający zasoby Przystępujący nawet nie podaje ani tym bardziej nie wyjaśnia.

Przystępujący posługuje się tą samą kalkulacją i tą samą stawką średnią zarówno dla Usługi ATIK jak i dla Usługi Rozwoju. Skoro zatem według stanowiska samego Przystępującego są to dwie zupełnie inne usługi, wymagające odrębnej kalkulacji kosztów, to przynajmniej dla jednej z tych usług przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja jest błędna i nie

potrzeba na to żadnych dowodów, ponieważ jest to okoliczność ustalona przez Odwołującego na podstawie dokumentów, których autorem jest Przystępujący.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach w ogóle nie odniósł się do:

1. Zarządzania procesem świadczonych usług;
2. Zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy;
3. Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego;
4. Kosztów podwykonawstwa.

Najistotniejszym spośród czterech wymienionych powyżej aspektów jest brak uwzględnienia w wycenie kosztów podwykonawstwa. Z wyjaśnień wynika, że udział podwykonawcy miał mieć miejsce zarówno przy usłudze ATIK jak i przy usłudze Rozwoju. Tymczasem z żadnego miejsca wyjaśnień ceny nie wynika gdzie i w jakiej wysokości uwzględniono koszty podwykonawstwa. Przystępujący nie przedstawił również w charakterze dowodu żadnej oferty czy wyceny dokonanej przez podwykonawcę.

Zarzut nr 2 – pozorne udostępnienie zasobów

W ocenie Odwołującego udostępnienie zasobów przez podmiot udostępniający zasoby w zakresie zdolności technicznych na rzecz Przystępującego miało charakter pozorny, ponieważ z planowanego przez Przystępującego sposobu realizacji zamówienia (wynikającego z przedstawionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny) wynika, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie zaangażowany w realizację przedmiotu zamówienia.

Jak wynika ze stanowiska Przystępującego prezentowanego w sprawie KIO 2533/24 obydwa zamówienia referencyjne przedstawione w wykazie usług złożonym przez Przystępującego to zamówienia zrealizowane przez podmiot udostępniający zasoby.

Odwołujący nie miał i nadal nie ma dostępu do pełnej treści wykazu usług Przystępującego, ale w jego ocenie stanowisko Przystępującego nie pozostawiało wątpliwości, że wykazane zamówienia referencyjne to zamówienia zrealizowane nie przez niego, ale przez podmiot udostępniający zasoby. Ze złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny bez cienia wątpliwości wynikało, że żaden zakres zamówienia nie będzie realizowany przez podmiot udostępniający zasoby. W związku z tym, Przystępujący nie może polegać na zasobach tego podmiotu. Udostępnienie zasobów ma w tym przypadku klasycznie pozorny charakter, ponieważ Przystępujący korzystający z zasobów w żadnym zakresie nie planuje korzystać z podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby.

29 sierpnia 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia je w całości.

30 sierpnia 2024 r. Przystępujący złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. W stanowisku procesowym Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody z pism i dokumentów.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie cen ofert złożonych w postępowaniu oraz chronologii czynności zamawiającego i uczestników postępowania stan faktyczny nie był sporny między stronami. Spór sprowadzał się oceny wyjaśnień ceny złożonych w postępowaniu przez Przystępującego.

11 czerwca 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie do wyjaśnienia ceny jego oferty:

„W toku badania oferty Zamawiający stwierdził, że cena całkowita brutto Państwa oferty wynosząca 1 331 721,00 zł brutto jest niższa o:

a) 66,61% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania tj. od kwoty 3 987 967,50 zł brutto;

b) 43,19% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 i 10 ustawy Pzp. Średnia arytmetyczna wyniosła 2 344 236,57 zł brutto.

Powyższe budzi obawy Zamawiającego, iż nierzetelna kalkulacja ceny oferty przez Wykonawcę może grozić nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, w zakresie i na warunkach wymaganych przez Zamawiającego w SWZ wraz z załącznikami.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, jak i jej poszczególnych części składowych. Kalkulacja powinna zawierać przyjęte w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako OPZ) oraz Projektowanych Postanowieniach Umowy (dalej jako PPU) założenia i obejmować niżej wymienione obszary realizacji przedmiotu zamówienia, tj.:

1. Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji, w tym koszt zapewnienia ciągłości działania Komponentu Integracyjnego przez 24 godziny 7 dni w tygodniu 365/366 dni w roku („24/7/365/366”) oraz spełnienia pozostałych wymogów określonych w pkt 3 Załącznika nr 1 do OPZ przez cały okres obowiązywania Umowy, w tym koszt:

1.1. zapewnienia Zamawiającemu stałej opieki co najmniej jednego dyżurującego konsultanta do wsparcia przy rozwiązywaniu bieżących problemów związanych z funkcjonowaniem Komponentu Integracyjnego;

1.2. związany z instalacją pakietów aktualizacji, testami oraz naprawami gwarancyjnymi;

1.3. aktualizacji Dokumentacji oraz kodów źródłowych Komponentu Integracyjnego zgodnie z wymogami określonymi w OPZ;

1.4. przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz praw zależnych na zasadach opisanych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ);

1.5. związany z utrzymanie SLA określonego;

1.6. związane z dotrzymanie Czasu Naprawy określonego w ofercie Wykonawcy oraz OPZ;

1.7. zapewnienia personelu, w tym Personelu Kluczowego realizującego Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Komponentu Integracyjnego oraz koszty związane z ich zatrudnieniem, w tym zapewnienie stałej opieki przez konsultantów i wsparcia przy rozwiązywaniu bieżących problemów związanych z funkcjonowaniem Komponentu, konieczność świadczenia przez personel oddelegowany do realizacji usługi,

działań związanych z realizacją usługi w dni świąteczne, ustawowo wolne od pracy oraz w Oknie Serwisowym.

2. Rozwoju Komponentu Integracyjnego na warunkach opisanych w pkt 2 OPZ, w tym koszty:

2.1. zapewnienia personelu, w tym Personelu Kluczowego realizującego Rozwój

Komponentu Integracyjnego oraz koszty związane z ich zatrudnieniem;

2.2. przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz praw zależnych na zasadach

opisanych w PPU

2.3. zapewnienia gwarancji.

3. Możliwości skorzystania przez Zamawiającego z Opcji.

4. Konieczność zatrudnienia osób związanych z nadzorem nad realizacją Umowy na podstawie umowy o pracę.

Wyjaśnienia, w tym dowody dotyczące wyliczenia ceny powinny uwzględniać również poniższe aspekty:

1. zarządzanie procesem świadczonych usług;

2. wyjątkowo korzystne warunki usług (o ile dotyczy);

3. oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę;

4. zgodność 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5. zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (o ile dotyczy);

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

7. koszty wynikające z przyjętego przez Wykonawcę współczynnika ryzyka realizacji zamówienia;

8. koszty związane z opłatami cywilnoprawnymi, w tym podatkami, które Wykonawca będzie zobowiązany odprowadzić w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia;

9. koszty podwykonawstwa;

10. zysk Wykonawcy;

11. koszty delegacji; oraz inne składniki cenotwórcze związane z realizacją zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zawartymi w SWZ, OPZ i PPU.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena została skalkulowana rzetelnie i czy Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ wraz z załącznikami".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie 19 czerwca 2024 r. Przystępujący złożył żądane wyjaśnienia.

Po przeprowadzeniu dowodu z tych wyjaśnień Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego są niezasadne w świetle argumentacji podniesionej na poparcie zarzutu.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty Przystępującego, jako wykonawcy który nie złożył kompletnych wyjaśnień ceny swojej oferty. W konsekwencji, mimo, że w odwołaniu kilkakrotnie pojawił się argument, że w wyjaśnieniach Przystępującego nie zostały ujęte określone elementy, wynikające z treści wezwanie do wyjaśnień, to Izba uznała, że Odwołujący w prawidłowy sposób nie zakwestionował kompletności tych wyjaśnień. Zarzut musi być skonstruowany w sposób jednoznaczny i konkretny – skoro w odwołaniu brak było takiego zarzutu zmierzającego do wykazania, że Przystępujący nie wyjaśnił wszystkich aspektów wymaganych przez Zamawiającego, to Izba nie badała wyjaśnień w takim zakresie.

Konsekwencją powyższego było uznanie, że w zakresie obowiązku wynikającego z konieczności złożenia wyjaśnień ceny Przystępujący wypełnił obowiązek udowodnienia,

że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wraz z wyjaśnieniach Przystępujący złożył dowody na potwierdzenia ich

prawdziwości.

Co za tym idzie, to na Odwołującym ciążył ciężar dowodu w zakresie potwierdzenia tez podniesionych w odwołaniu. Odwołujący nie mógł poprzestać na niepopartych dowodami twierdzeniach o niedoszacowaniu przez Przystępującego poszczególnych elementów składających się na cenę oferty. W konsekwencji Izba uznała za niewiarygodne stanowisko Odwołującego w zakresie, w jakim wskazywał on poszczególne stawki jako minimalne, możliwe do osiągnięcia dla celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Izba nie kwestionuje faktu, że stawki te mogą być faktycznie minimalnymi, możliwymi dla Odwołującego, ale nie czyni ich to obiektywnie najniższymi, stanowiącymi granicę między ceną realną, a rażąco niską.

Znaczna część stanowiska Odwołującego wprost oparta jest na jego przekonaniach i subiektywnej ocenie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Opinia Odwołującego nie mogła, bez należytych dowodów, stanowić miarodajnego punktu odniesienia dla oceny wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego.

Z kolei same wyjaśnienia Przystępującego, o ile być może nie były doskonałe, o tyle przynajmniej w podstawowym stopniu stanowiły odpowiedź na pytania zawarte w wezwaniu z 11 czerwca 2024 r.

W konsekwencji powyższego Zarzut nr 1 odwołania podlegał oddaleniu.

Nie potwierdziło się również stanowisko Odwołującego dotyczące zarzutu nr 2. Sam Odwołujący przyznał, że nie miał pełnego dostępu do dokumentów złożonych w postępowaniu przez Przystępującego, ze względu na ich częściowe utajnienie, zatem jego twierdzenia były wynikiem bardziej dedukcji niż wiedzy opartej na materiale dowodowym. Po przeprowadzeniu dowodów z oferty Przystępującego oraz złożonych przez niego dokumentów w postępowaniu Izba uznała, że stanowisko Odwołującego nie potwierdziło się. Skutkowało to oddaleniem zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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.

Przewodniczący …….....