

KIO 3267/24

WYROK

Warszawa, 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 30 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę Neo-Vinci Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 14, 02-512 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice

przy udziale przystępującego po stronie odwołującego – uczestnika Transition Technologies-Science Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Pawia 55, 01-030 Warszawa

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu oraz 4 246 zł 65 gr (cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt złotych sześćdziesiąt pięć groszy) kosztów zamawiającego;
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 4 246 zł 65 gr (cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt złotych sześćdziesiąt pięć groszy).

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.

Przewodnicząca:

KIO 3267/24

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, w trybie podstawowym na dostawę oprogramowania na potrzeby obsługi badań klinicznych (nr postępowania: DZP.281.9A.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18.04.2024 r., S 77/2024 230149-2024, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 09.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Neo-Vinci sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 3267/24).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej (NotBug Sp. z o.o.) 29.08.2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NotBug Sp. z o.o., zawierającej rażąco niską cenę;
- 2) art. 224 ustawy Pzp, w szczególności art. 224 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, przez ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia były nierzetelne, ogólne, nieprecyzyjne i niewiarygodne;
- 3) art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ustawy Pzp w szczególności art. 224 ust 6 ustawy Pzp przez dokonanie błędnej oceny wyjaśnień, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty NotBug Sp. z o.o. i jej wyboru;
- 4) art. 239 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, odrzucenie oferty NotBug Sp. z o.o. i wybór oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał na okoliczności mające uzasadniać przyjęcie, że zaoferowana cena nie ma charakteru rynkowego i nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z jego zakresem i warunkami opisanymi w dokumentacji. Ponadto, odwołujący wskazał na fakt wielokrotnego kierowania wezwań do wyjaśnienia ceny (cztery wezwania). Złożone wyjaśnienia odwołujący ocenił, jako ogólnikowe i gołosłowne. Wykonawca nie udowodnił, że zastosowane rozwiązania są wyjątkowo korzystne i wpływają na obniżenie ceny, stawek pracowniczych przyjętych na potrzebę kalkulacji ceny, oszacowanej ilości roboczogodzin, doświadczenia pracowników, zasobów (chmura).

Istotną dla oceny wyjaśnień ma być okoliczność, iż wykonawca nie posiada oprogramowania, które stanowić ma przedmiot dostawy i będzie je budował od podstaw (wyjaśnienia z 26.06.2024 r. i informacja na stronie). Rozwiązanie to nie spełnia wymogu dotyczącego min. pięcioletniej ścieżki rozwoju określonej przez producenta. Okoliczność ta wskazuje na podwyższenie, a nie obniżenie ceny. Konieczność budowy oprogramowania generować powinna większą, od wskazanej w wyjaśnieniach liczbę pracowników, jak i liczbę roboczogodzin.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w terminie po stronie odwołującego wykonawca – Transition Technologies-Science Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie (pismo z 25.09.2024 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron prezentowane ustnie na rozprawie.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana w wersji elektronicznej przez Zamawiającego.

Na posiedzeniu z udziałem stron Izba oddaliła opozycję zamawiającego wobec przystąpienia po stronie odwołującego wykonawcy – Transition Technologies-Science Sp. z o.o. Zamawiający kwestionował wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia na korzyść strony, do której przystąpił ten wykonawca. Ponieważ oferta tego wykonawcy była ostatnią w rankingu, a uwzględnienie odwołania mogło co najwyżej doprowadzić do zmiany o jedną pozycję, tj. z czwartej na trzecią, zmiana wyniku nie dawałaby szansy na uzyskanie zamówienia. Oddalając opozycję należało jednak uwzględnić kwestie proceduralną, zasadniczo determinującą ewentualny dalszy wynik postępowania, w przypadku uwzględnienia obecnego odwołania. Zamawiający pominął skutki, jakie w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma stosowanie procedury odwróconej, jak ma to miejsce w obecnym przetargu. Ponieważ w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej wobec pozostałych wykonawców nie było pełnej weryfikacji podmiotowej, dopiero wzruszenie wyniku postępowania otwierać będzie drogę do tego badania i wezwania kolejnych wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W tej sytuacji, gdy oferta znajduje się na

ostatniej pozycji w rankingu, nie przekreśla to szans na doprowadzenie do korzystnego rozstrzygnięcia, co wymaga jednak wzruszenia obecnego wyniku. Przystąpienie do odwołania przy obecnym wyniku postępowania stanowi w zasadzie dla tego wykonawcy jedyny środek prawny, pozwalający na ochronę interesów w postępowaniu przetargowym. Nie ma on bowiem możliwości wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, bez wskazania na możliwość odrzucenia wszystkich ofert znajdujących się wyżej w rankingu, a taki interes uzasadnia wniesienie odwołania.

Odwołanie podlegało rozpoznania w całości.

Ustalenia Izby

Okoliczności sprawy sprowadzały się do treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty wybranej i ich oceny przez zamawiającego jako rozwiewających podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa licencji na dedykowany, zintegrowany system informatyczny wspomagający proces zarządzania badaniami klinicznymi wraz z wdrożeniem, kodami źródłowymi, gwarancją i wsparciem technicznym.

Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została na 1 480 000 zł netto (1 820 400,00 zł brutto).

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty z cenami brutto:

- NotBug Sp. z o.o. – 797 040,00 zł.;
- Transition Technologies Science Sp. z o.o. – 1 772 430,00 zł.;
- Neo-Vinci Sp. z o.o. – 1 623 600,00 zł.;
- Arbisoft GmbH – 1 732 244,01 zł.

W rozdziale XIV swz zamawiający określił cenę, jako ryczałtową, kompletną, jednoznaczną i ostateczną. W formularzu

ofertowym wykonawcy wskazywali łączną kwotę wynagrodzenia.

Kryteria oceny ofert stanowiły: cena (60%), czas usunięcia awarii krytycznej (15%), czas usunięcia awarii zwykłej (15%), termin realizacji (10%).

Oferta NotBug Sp. z o.o. uzyskała maksymalną ilość punktów w kryterium cena, po 10 pkt w kryteriach dotyczących czasu usunięcia awarii i 0 pkt w kryterium termin realizacji (6 miesięcy).

Zamawiający wezwał NotBug Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, kierując łącznie cztery wezwania: 18.06.2024 r., 03.07.2024 r., 09.08.2024 r., 14.08.2024 r.

Pierwsze wezwanie miało charakter ogólny w tym znaczeniu, że zamawiający wskazał na zakres informacji referujący z przepisem art. 224 ust 3 pkt 1-8 Ustawy.

W wyjaśnieniach z 26.06.2024 r. wykonawca w punktach przedstawił ogólne informacje dot. procesu produkcji, rozwiązań technicznych (w tym autorskiego rozwiązania Notly Framework):

Framework ten jest rozwijany przez NotBug od początku powstania spółki, tj. od 2021 roku przez dedykowany temu zespół. Framework ten został wykorzystany w wielu projektach komercyjnych (>20), dzięki czemu został on dobrze przetestowany, również w systemach, które generują znaczny ruch (>50 zapytań/s oraz wolumenie > 150 mln rekordów generowanych miesięcznie)

Wykonawca oświadcza, iż wszystkie wykonane prace, niezbędne do realizacji niniejszego zamówienia będą pracami autorskimi, oryginalnymi i dedykowanymi dla tego zamówienia. W żadnym momencie nie nastąpi użycie wcześniej wytworzonego rozwiązania, poza wykorzystaniem w/w narzędzi, które są na otwartych licencjach (np. Django i Angular) lub tak jak w przypadku Notly Framework, na podstawie wydanej przez NotBug licencji wieczystej dla zamawiającego.

Przedstawił również szacunkowe koszty prac przyjęte do wyceny oferty:

Rodzaj prac	Stawka pracownika	Ilość godzin	Suma
Prace graficzne nad interfejsem	85,00 zł	225,00	19 125,00 zł
Koszty związane z zarządzaniem projektem	70,00 zł	1680,00	117 600,00 zł
Koszty związane z tworzeniem dokumentacji	80,00 zł	300,00	24 000,00 zł
Koszty związane z pracami programistycznymi	110,00 zł	2600,00	286 000,00 zł
Koszty związane z pracami wdrożeniowymi	105,00 zł	190,00	19 950,00 zł
Koszty związane z testowaniem	85,00 zł	380,00	32 300,00

Z powyższej tabeli uzyskujemy sumę: 498 975 zł, zaokrąglamy ją w górę, do równych 499 000 zł.

Zgodnie z przyjętą zasadą w firmie, z każdego projektu zarobek firmy powinien oscylować pomiędzy 25% a 35% z kwoty projektu netto. Zgodnie z tym obliczamy dla środkowej tej

wartości, czyli dla zarobku równemu 30% wartości netto projektu. $499\,000 + 30\% = 499\,000 + 149\,700 = 648\,700$ zł, kwotę tę zaokrąglamy do równej wartości w dół, skąd uzyskujemy 648 000 zł netto do której doliczamy podatek 23% otrzymując 797 040 zł brutto

Poniżej wykonawca podaje szacowane zaangażowanie poszczególnych ról w czasie realizacji projektu, liczone jako pełen etat, tj. jeżeli zaangażowanie roli wynosi >1, oznacza to, iż będzie to więcej niż jedna osoba:

Rola	Ilość zaangażowania	Średnia stawka godzinowa
Programista	3,1	110
UI/UX	0,27	85
Project Manager	1	70
Technical writer	0,36	80
Wdrożeniowiec/DevOps	0,23	105
Tester	0,45	85
Project Owner	1	70

Wezwanie do wyjaśnień z 03.07.2024 r. dotyczyło złożenia dowodów potwierdzających przyjętą wysokość stawek godzinowych, jak również uwzględnienia kosztów zatrudnienia ponoszonych przez pracodawcę.

Do wyjaśnień z 10.07.2024 r. wykonawca załączył kopie umów ze stawkami (trzy umowy zlecenia), które uwzględniają całkowite koszty pracodawcy (stawki brutto-brutto).

Wezwanie z 09.08.2024 r. miało na celu uzyskanie potwierdzenia, iż w cenie uwzględniono wszystkie elementy stanowiące przedmiot zamówienia.

Odpowiedź z 12.08.2024 r. potwierdza uwzględnienie kosztów wykonania całości prac. Odnosząc się szczegółowo do udostępnienia dostarczonego systemu w chmurze prywatnej na okres gwarancji wykonawca wskazał:

Wykonawca oświadcza, iż koszty te zostały ujęte w zapasie cenowym dotyczącym gwarancji, kosztach związanych z pracami wdrożeniowymi oraz w kwocie zarobku Wykonawcy, ponieważ Wykonawca posiada swoją chmurę prywatną, na której udostępniane są systemy wytworzone dla klientów. Dzięki zastosowaniu w niej własnych, innowacyjnych rozwiązań, która pozwalają na lepsze zarządzanie zasobami i automatyczną ich alokację, koszty te są bardzo małe w stosunku do całości oferty (szacowane na poziomie 10 tys netto w skali całego okresu gwarancji, tj. 36 miesięcy). Ze względu na ich znikomy udział w całości oferty, nie są one wyszczególniane pozycjach kalkulacji.

Wezwanie z 14.08.2024 r. dotyczyło wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy formularzem ofertowym, a wyjaśnieniami w zakresie ceny. Zamawiający wskazał:

W ofercie wskazali państwo, że dostawcą chmury prywatnej jest firma OVH (Lokalizacja infrastruktury sprzętowej na której będzie udostępniana chmura – Warszawa), a w złożonych wyjaśnieniach z dnia 12.08.2024r. dotyczących udostępnienia dostarczonego systemu w chmurze prywatnej, że posiadają swoją chmurę prywatną, na której udostępniane są systemy wytworzone dla klientów. W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie powstałych rozbieżności.

W wyjaśnieniach z 19.08.2024 r. wykonawca wskazał:

Poprzez chmurę prywatną, rozumiemy zbiór serwerów, infrastruktury oraz rozwiązań informatycznych, systemów i oprogramowania, które służy do zarządzania serwerami, uruchamiania aplikacji końcowych oraz dbaniem o ich prawidłowe działanie. Tak jak wspominaliśmy w poprzednim wyjaśnieniu, dzięki zastosowaniu naszych autorskich rozwiązań dotyczących utrzymywania aplikacji w chmurze prywatnej i zarządzania chmurą prywatną, możemy lepiej optymalizować jej koszty. Złożone w ofercie informacje o lokalizacji chmury i dostawcy są w pełni aktualne. Tutaj należy rozróżnić część fizyczną, czyli infrastrukturę serwerową (dedykowane serwery) oraz infrastrukturę sieciową, które dostarczane są przez firmę OVH (NotBug nie posiada swoich fizycznych serwerów, czy też swojego centrum danych, korzystamy tutaj z zewnętrznego dostawcy, jakim jest OVH, aby zapewnić najwyższe standardy świadczonych usług), od rozwiązań informatycznych, oprogramowania, systemów oraz aplikacji, które czuwają nad prawidłowym uruchomieniem aplikacji końcowych, nad ich nieprzerwaną pracą, nad alokacją zasobów fizycznych serwerów, w celu zapewnienia odpowiedniej wydajności itp., które są autorskim rozwiązaniem NotBug. Podsumowując, całość rozwiązania, nazywanego chmurą prywatną, stanowią fizyczne serwery oraz infrastruktura sieciowa, dostarczana przez OVH i zlokalizowana w centrum danych OVH w Warszawie, oraz oprogramowanie do zarządzania całością chmury, które jest naszym autorskim rozwiązaniem.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Rozstrzygającą dla wyniku odwołania była ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty wybranej. Zarzuty podniesione w odwołaniu miały mieć uzasadnienie w okolicznościach, które w ocenie odwołującego potwierdzały nierynkowy charakter ceny. Odwołujący zasadniczo powoływał się na własną wiedzę i przekonanie co do braku rynkowości kalkulacji ceny oferty wybranej. Odwołujący wskazywał na ceny oferowane w innych postępowaniach przetargowych, jak również odniósł się do samych wyjaśnień i założeń kosztowych w nich przedstawionych. Powołując liczne orzecznictwo odwołujący przedstawiał tezy, które miałyby mieć odniesienie do stanu faktycznego występującego w sprawie. Jako istotną dla

rozstrzygnięcia Odwołujący wskazał okoliczność dotyczącą zaoferowanego oprogramowania, które w jego ocenie wymagać będzie budowy od podstaw, gdyż wykonawca go nie posiada. Powyższe miało mieć zasadniczy wpływ na koszty, które powinny zwiększać cenę. Potwierdzeniem dla tego założenia mają być wyjaśnienia z 26.06.2024 r., w których wykonawca wskazał, że „w żadnym momencie nie nastąpi użycie wcześniej wytworzonego rozwiązania, poza wykorzystaniem w/w narzędzi”. Na tej podstawie Odwołujący następnie dokonał przeliczenia czasu jakiego wymagać będzie wykonanie prac od podstaw przy wskazanym w wyjaśnieniach zaangażowaniu pracowników, co finalnie miałyby zająć 11,5 miesiąca. Tymczasem w ofercie czas realizacji określony został na 6 miesięcy. Odwołujący zakwestionował ważność umów zlecenia, które w jego ocenie nie mogą stanowić dowodu na okoliczność wysokości stawek przyjętych do wyliczenia ceny.

Odnosząc się do argumentów mających uzasadniać stwierdzenie, iż wyjaśnienia ceny potwierdzić miały jej nierynkowy charakter, skład orzekający uznał, iż stanowiły one własną autorską interpretację informacji ocenionych odmiennie przez zamawiającego. Odwołujący dokonał założenia, iż dostarczony produkt wymaga stworzenia od podstaw, co zasadniczo wpływałoby na koszty realizacji. Twierdzenie to nie zostało jednak wykazane, jako mające podstawy w faktach. W szczególności cytowana odpowiedź z pkt 3 wyjaśnień z 26.06.2024 r. została w sposób wybiórczy zinterpretowana z pominięciem informacji o autorskim rozwiązaniu Framework, który producent rozwija od 2021 r. i stosował w różnych projektach. Samo wskazanie w dalszej części na brak użycia wcześniej wytworzonego rozwiązania, poza wykorzystaniem w/w narzędzi, w ocenie składu orzekającego potwierdza jedynie niesporne ustalenie, iż przedmiot zamówienia jest dedykowany dla tego konkretnego zamawiającego pod jego potrzeby. Odwołujący przyznał, iż każde dostępne rozwiązanie wymagać będzie dostosowania, a dostarczony produkt nie jest produktem, z tzw. półki. Potwierdza to również wprowadzone kryterium oceny – termin realizacji. Sam odwołujący wskazał na termin 5 miesięcy, za co jako jedyny otrzymał punkty w tym kryterium. Pozostali wykonawcy wskazali termin 6 miesięcy, za który otrzymać mogli 0 pkt. Zamawiający nie określił żadnych przedmiotowych środków dowodowych, zatem nie było podstaw do twierdzenia, że produkt nie będzie spełniał warunków, jak również, iż nie jest możliwe dochowanie terminu zadeklarowanego w ofercie. Odwołujący zresztą takiego zarzutu nie postawił.

Odnosząc się dalej do terminu 11,5 m-ca, wyliczonego przy zastosowaniu wskaźników podanych w wyjaśnieniach z 26.06.2024 r., nie prowadził on również do wykazania nierynkowego charakteru ceny. Nie można wykluczyć możliwości prowadzenia części prac wcześniej, etapowego przygotowywania poszczególnych elementów systemu, co pozwala zarządzać odpowiednio czasem i zasobami ludzkimi. Sztynne przedstawienie ścieżki

produkcji, jak uczynił to odwołujący, w praktyce nie musi mieć miejsca. To od zdolności i przygotowania zespołu uzależniony jest efekt końcowy, w szczególności przy zamówieniach IT. To że odwołujący może mieć takie doświadczenie nie przekłada się w sposób bezpośredni na organizację procesów u innych wykonawców.

Jednocześnie warto wskazać na argument odwołującego z rozprawy, iż doświadczony podmiot może zaoferować dużo niższą cenę, co przedstawiał na przykładzie wykonawcy Transition Technologies-Science Sp. z o.o. i składanych przez niego ofertach w różnych przetargach. W obecnym postępowaniu ten wykonawca również zadeklarował 6-miesięczny termin realizacji i zaoferował cenę wyższą niż odwołujący. Nie ma zatem pewnego wzorca badania, który pozwoliłby na ocenę wyjaśnień w kontekście doświadczenia w realizacji wcześniejszych zamówień.

W ocenie składu ocena oferty powinna być odnoszona do konkretnego zamówienia i uwarunkowań narzuconych wykonawcom, tak aby zapewnić takie same warunki badania i oceny ofert. W sytuacji, kiedy zamawiający nie wymaga złożenia szczegółowych założeń w ofercie, ocena wyjaśnień musi uwzględniać pewien margines niedoskonałości, które automatycznie nie powinny prowadzić do odrzucenia oferty wstępnie ocenionej jako najkorzystniejsza.

Skład orzekający podziela stanowisko prezentowane w orzeczeniu z 23.09.2024 r., KIO 3107/24 wskazujące na stosowanie art. 224 Ustawy. „Prowadzona procedura wyjaśniająca nie ma na celu przekonania konkurentów o rzetelności kalkulacji. Zmierzać ma natomiast do rozwiania wątpliwości w sposób obiektywnie weryfikowalny okolicznościami podniesionymi w wyjaśnieniach, które mają mieć odniesienie do zakomunikowanego przez zamawiającego zakresu. Stanowi mechanizm dodatkowej weryfikacji oferty, który nie musi być odniesiony do wszystkich uczestników postępowania, co wymaga zachowania zasad przejrzystości w badaniu i ocenie. W szczególności nie można akceptować automatyzmu w odrzucaniu ofert opartego na samym kryterium matematycznym. Wykonawca wezwany może przedstawić bowiem przekonujące argumenty i dowody, które uzasadnią w stopniu zadawalającym niższy poziom kosztów lub ceny. Nie można również formułować kategorycznego zakazu ponownego wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień elementów kalkulacji, jeżeli zamawiający posiada wątpliwości, które można nadal wyjaśnić. Zasada jednokrotności wezwania nie jest bowiem opisana w Ustawie, w szczególności nie ma w niej wytycznych co do ustalenia w jaki sposób należy ją stosować. Została wypracowana w orzecznictwie w oparciu o różne stany faktyczne i wielokrotnie nie stanowi o jej naruszeniu fakt ponownego wezwania do wyjaśnień”.

Przenosząc powyższe na stan sprawy należy wskazać, iż wezwanie zamawiającego z 18.06.2024 r. ograniczyło się w zasadzie do zacytowania treści przepisu bez identyfikacji konkretnych informacji precyzujących podstawę wątpliwości. Tym samym same wyjaśnienia już z założenia mogły wymagać dalszego doprecyzowania, co miało miejsce w trakcie kolejnych wezwań. Faktycznie wszystkie wezwania miały odniesienie do pierwotnych wyjaśnień, w których wykonawca przedstawił konkretne dane stanowiące podstawę szacunków, tj. opisując stawki, jaki i szacowaną pracochłonność dla poszczególnych prac, jak również opisując technologię i narzędzia, jakie zamierza wykorzystać. Tak w ofercie, jak i w wezwaniu do wyjaśnień zamawiający nie oczekiwał szczegółowych kalkulacji, czy wręcz kosztorysu prac w rozbiciu na etapy i zakresy.

Odwołujący kładł duży nacisk na brak dowodów już przy pierwszych wyjaśnieniach, co rzeczywiście miało miejsce. W ocenie izby, nie mogło to jednak ważyć na ocenie wyjaśnień i przyjęciu ich jako niejasnych, nierzeczowych, czy też niespójnych. Co istotne, poza wskazaniem na brak dowodów odwołujący nie kwestionował samych stawek wynagrodzenia, jak również przyjętych wskaźników określających pracochłonność. Ostatecznie dowody na okoliczność stawek zostały przedłożone, co nie powinno być pominięte przy ocenie tylko na tej podstawie, że nastąpiło to w odpowiedzi na kolejne wezwanie. Odmienne można oceniać stan, w którym stawki nie są kwestionowane w odwołaniu, a jedynie brak dowodów miałby prowadzić do odrzucenia oferty, od sytuacji gdy dowody jakie należało złożyć wraz z wyjaśnieniami pozwoliłyby na uzasadnienie stawek, które rynkowo wydają się znacznie zaniżone, co jest objęte zarzutami odwołania. W tym drugim przypadku brak dowodów uniemożliwia przyjęcie wyjaśnień. W obecnej sprawie same stawki nie budziły zastrzeżeń i nie były w odwołaniu kwestionowane.

W ocenie składu oparcie decyzji o odrzuceniu oferty wyłącznie na uznaniu, że spóźniony dowód powinien być pominięty, byłoby nadmiernym formalizmem i wypaczałoby sens badania ceny pod kątem podejrzenia rażąco niskiej ceny. W sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko, Trybunał Sprawiedliwości UE potwierdzając potrzebę prowadzenia konsultacji z wykonawcą podkreślał obowiązek jasnego sformułowania żądania, co ma umożliwić uzasadnienie w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru oferty. Po stronie sądu krajowego spoczywa natomiast obowiązek oceny, czy w rozumieniu całości dostępnych akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnień pozwoliło w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy oferty.

Mając na uwadze zarzuty i ich podstawy faktyczne, izba uznała, iż procedura wyjaśniająca ostatecznie pozwoliła uznać ofertę za poważną i rozwiewającą wątpliwości komunikowane przez zamawiającego w wezwaniach.

Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu błędnej oceny wyjaśnień przez zamawiającego. Okoliczności podniesione w odwołaniu nie przekonały do stwierdzenia, iż wyjaśnienia były niedostateczne, obciążone błędami i brakami uniemożliwiającymi uznanie kalkulacji za rynkową, usprawiedliwioną kosztami, jakie przyjął wykonawca.

W badanej sprawie ocenie zamawiającego podlegały wyjaśnienia z 26.06.2024 r., 10.07.2024 r., 12.08.2024 r., 19.08.2024 r., których punktem odniesienia była cena ryczałtowa obejmująca całość zamówienia i to w odniesieniu do tej

ceny na odwołującym spoczywał ciężar przedstawienia takich argumentów, które pozwoliłyby uznać, że okoliczności wskazane w odwołaniu prowadzić muszą do uznania, iż cena całkowita nie pokryje wszystkich kosztów świadczenia (jest rażąco niska).

Tymczasem odwołujący jedyną argumentację w tym zakresie opierał na rzekomo niedoszacowanej ilości roboczogodzin, która powinna uwzględniać realny termin realizacji 11,5 m-ca, do czego punktem odniesienia były założenia przyjęte do wyliczenia ceny całkowitej i wskazane w pierwszych wyjaśnieniach. Tak jak wskazano powyżej, argument ten pozostawał w całkowitym oderwaniu od realiów zamówienia, w tym treści oferty, w której termin realizacji został wskazany na 6 miesięcy. Wyliczenia odwołującego nie miały zatem przełożenia na ofertę i warunki realizacji.

Izba oceniła wyjaśnienia, jako konkretne osadzone w realiach zamówienia, w którym zasadniczym elementem kosztowym jest praca zespołu. Wskazane w odwołaniu braki były wyłącznie efektem analizy wyjaśnień, które z założenia nie miały na celu rozwiania wszystkich możliwych kwestii, ale tych niejasności jakie zakomunikował zamawiający. Zarówno przy składaniu wyjaśnień, jak i ich ocenie, nie jest możliwe uniknięcie sytuacji, w której jakiś element może stanowić podstawę zarzutów. Zazwyczaj oczekiwania co do zakresu informacji zawartych w wyjaśnieniach prezentowane w odwołaniach są szersze, co jest zrozumiałe mając na uwadze cel jakim jest podważenie oceny wyjaśnień. Nie może to jednak automatycznie dyskwalifikować wyjaśnień, jako niezłożonych lub niekompletnych.

Należy podkreślić, iż dla stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, odwołujący powinien był wykazać w jaki sposób okoliczności przez niego wywodzone miały znaczenie dla ceny całkowitej oferty. Tymczasem swoje stanowisko zasadniczo sprowadził do wytknięcia braku dostatecznej inicjatywy dowodowej, jako przesądzającej dla oceny wyjaśnień. Na rozprawie wskazywał na możliwość wykazania rynkowości stawek w oparciu o raporty branżowe, które uwiarygadniałyby przyjęte dla tego konkretnego projektu stawki. W ocenie składu takie oczekiwania nie uzasadnia odmowy przyjęcia stawek wskazanych, gdyż raporty branżowe nie mają odniesienia do konkretnego projektu, w szczególności nie uwzględniają możliwości zaangażowania personelu na

potrzeby również innych projektów realizowanych jednocześnie. Nie mają zatem rozstrzygającego znaczenia dla oceny sytuacji konkretnego podmiotu. Również oczekiwanie co do potrzeby przedstawienia szczegółowej kalkulacji, która uzasadniałaby przyjęte założenia pracochłonności, nie miało odzwierciedlenia w wezwaniach kierowanych przez zamawiającego. Ich brak nie miał zatem wpływu na ocenę wyjaśnień.

Podsumowując, izba uznała, że wykonawca podał najważniejsze dane i przedstawił dowody pozwalające zamawiającemu ocenić wyjaśnienia w tym przede wszystkim rozwiązać jego wątpliwości, co decydowało ostatecznie o możliwości przyjęcia oferty jako najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca: