

WYROK

Warszawa, dnia 5 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez **wykonawcę nFinity.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Województwo Wielkopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę nFinity.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę nFinity.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od wykonawcy nFinity.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Województwa Wielkopolskiego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem 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 3816/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Wielkopolskie Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Wykonanie serwisu internetowego programu Fundusze Europejskie dla Wielkopolski 2021 – 2027 (FEW) wraz z systemem zarządzania treścią (CMS), serwisowaniem i hostingiem” (nr postępowania DPR-III-1.433.12.2024). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 sierpnia 2024 r., za numerem 2024/BZP 00476887.

W dniu 14 października 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca nFinity.pl sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę VOBACOM sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu – dalej „VOBACOM” oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty VOBACOM, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, w zakresie wymaganych parametrów realizowanej usługi hostingowej w ramach hostingu podstawowego oraz testowego, w tym parametrów dotyczących wymaganej przepustowości hostingu podstawowego na poziomie co najmniej 8 Gbps, a także dotyczących potrzeby zapewnienia wysokiej wydajności;

2) art. 224 ust. 6 ustawy pzp, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty VOBACOM, w przypadku udzielenia przez niego wyjaśnień, które nie zostały poparte wymaganymi dowodami, a tym samym wyjaśnień, które nie wykazały w szczególności:

- faktycznej optymalizacji kosztów oraz stosowania procedur umożliwiających zwiększenie efektywności,

- rzetelnej kalkulacji części składowych ceny ofertowej, w tym elementów, składających się na koszt realizacji w ramach zamówienia „zadania 7 - Hosting, serwis i rozbudowa”, która nie została poparta dowodami, potwierdzającymi, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

- zgodności oferowanej usługi hostingowej z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SWZ;

3) art. 16 ustawy pzp, przez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, przez:

- bezkrytyczne przyjęcie przedstawionej przez Konkurenta nierzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, a także bezkrytyczne przyjęcie ogólnikowych i gołosłownych twierdzeń Konkurenta, zawartych w treści złożonych przez niego wyjaśnień, zwłaszcza w porównaniu z wyjaśnieniami złożonymi przez Wykonawcę;

- naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, polegające na odrzuceniu oferty innego wykonawcy, biorącego udział w przetargu, który nie przedstawił dowodów, potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niską ceną i jednocześnie wybór najkorzystniejszej oferty Konkurenta w okolicznościach, które wskazywały, że Konkurent nie przedstawił dowodów, potwierdzających, że zadeklarowane przez niego koszty realizacji „zadania 7 – Hosting, serwis i rozbudowa” są rzeczywiste i zapewniają spełnienie potrzeb i wymagań określonych w SWZ.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty VOBACOM jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) ponownego badania i oceny ofert złożonych w przetargu oraz rozstrzygnięcie przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w dniu 24 września 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o odrzucenie oferty Konkurenta, zwracając uwagę na fakt, że wyjaśnienia Konkurenta, w tym podany przez niego poziom kosztu usługi hostingu, serwisu i rozbudowy w okresie 75 miesięcy jest nierealny, podając szczegółowe uzasadnienie do swojej oceny. Odwołujący w pełni podtrzymał w odwołaniu wszystkie zastrzeżenia zgłoszone do treści ww. wyjaśnień, złożonych przez Konkurenta, w tym:

- brak przedstawienia konkretnych parametrów serwerów, mających istotny wpływ na cenę ofertową,
- przedstawienie szacowanych kosztów przedmiotowych usług, wskazujący na rażąco niskie koszty tych usług lub zamiar wykonania zamówienia niezgodnie z opisem potrzeb i wymagań określonych w SWZ,
- nieadekwatność i nieprzydatność, powołanych przez Konkurenta twierdzeń na okoliczność wyjątkowo sprzyjających okoliczności związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, a mianowicie doświadczenia w realizacji podobnych modułów, które miały potwierdzić przykłady takich realizacji, wskazane przez Konkurenta w linkach do określonych stron internetowych,
- brak dołączenia do wyjaśnień dowodów potwierdzających, że cena lub koszty usług realizowanych w ramach przedmiotowego zamówienia, nie stanowią rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zdaniem Odwołującego, rzetelne wyjaśnienia oraz szczegółowa kalkulacja powinna uwzględniać elementy składowe kosztów realizowanych usług w ramach zamówienia. W ocenie Wykonawcy, w przypadku realizacji usług hostingowych w zakresie hostingu podstawowego wymagany jest serwer z co najmniej 10 rdzeniami z dyskami NVMe z łączem do sieci publicznej 10 GBPS. Natomiast w zakresie hostingu testowego wystarczająca jest konfiguracja z 1 rdzeniem, 8GB ram i dyskiem 100GB. Konkurent nie przedstawił w swojej ofercie wyjaśnień dotyczących kalkulacji kosztów hostingu podstawowego oraz testowego, a także nie wskazał szczegółowych parametrów tych usług. Wymóg ten był jasno określony w OPZ jako jeden z kluczowych elementów oceny zgodności ofert z wymaganiami zamawiającego. Brak tych informacji uniemożliwia weryfikację, czy zaproponowane rozwiązania spełniają wymagania zamawiającego dotyczące parametrów hostingu, co jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Podane przez Konkurenta przykładowe realizacje modułów znacznie różnią się zarówno funkcjonalnością jak i wyglądem w modułu w ramach przedmiotowego zamówienia, wystarczy porównać moduły dokumentów

- <https://www.cez.gov.pl/pl/page/publikacje> a <https://funduszeue.wzp.pl/dokumenty/> - gdzie widać, że w realizacjach, które podaje Konkurent, brakuje większości opcji istotnych dla nowo tworzonego serwisu, jak np. zaawansowane kategoryzowanie plików, filtry, strony dokumentów, poprzednie wersje danego dokumentu, czy powiązane pliki.

Wskazane przez Konkurenta doświadczenie w realizacji modułów podobnych do modułu w ramach przedmiotowego zamówienia nie tworzy podstawy do przewagi konkurencyjnej oraz nie do wiarygodnej kalkulacji ceny ofertowej w omawianym przypadku.

Zamawiający, zwracając się do wykonawców, biorących udział w przetargu, z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie rażącej niskiej ceny wyraźnie podkreślił, że oczekuje przedstawienia szczegółowego wyliczenia kosztów w zakresie realizacji każdego z zadań, w szczególności w zakresie realizacji „zadania 7 – Hosting, serwis i rozbudowa” z przedstawieniem kosztów w całym okresie (to jest 75 miesięcy) oddzielnie dla hostingu, serwisu i rozbudowy. Zamawiający, przyjmując bezkrytycznie ogólne i gołosłowne twierdzenia i wyliczenia Konkurenta nie tylko naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, ale wykazał się skrajną niekonsekwencją w sposobie prowadzenia

postępowania wyjaśniającego.

W dniu 29 października 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 17 października 2024 r., zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca VOBACOM sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy VOBACOM sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu, z uwagi na niedochowanie wymaganej formy zgłoszenia przystąpienia oraz z uwagi na niespełnienie przesłanek, o których mowa w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy pzp, t. j. Wykonawca nie dołączył do zgłoszonego przystąpienia dowodu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Zgodnie z art. 525 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. 2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.” Wykonawca VOBACOM sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu nie dopełnił obowiązków wynikających z powyższego przepisu. Ponadto Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę VOBACOM sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu zostało przesłane drogą e-mailową. Mając na względzie dyspozycję § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453), zgodnie z którą zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, należało stwierdzić, że ww. Wykonawca nie dochował formy zgłoszenia przystąpienia. Dlatego też Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia i postanowiła nie dopuścić wykonawcy VOBACOM sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego zgłoszony na posiedzeniu o dopuszczenie Pana J.K. (pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie) jako pełnomocnika reprezentującego Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, jak wskazał pełnomocnik Zamawiającego – jako osoby działającej na zlecenie. Pełnomocnik Zamawiającego upoważniony w sprawie zgodnie z zakresem udzielonego mu pełnomocnictwa nie był uprawniony do udzielania dalszych pełnomocnictw. Takie uprawnienie nie zostało objęte zakresem udzielonego mu pełnomocnictwa stąd nie mogło skutkować uznaniem udzielenia dalszego pełnomocnictwa za skuteczne.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego oraz dowody złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem XII SWZ Cena oferty miała obejmować pełen zakres przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia:

- „1. Przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest zgodnie z wymaganiami stawianymi przez OPZ, Umowę, załączniki i pozostałą dokumentację postępowania A. Zadanie 1 Uruchomienie E BOK. B. Zadanie 2 Wykonanie serwisu internetowego programu Fundusze Europejskie dla Wielkopolski 2021 2027 wraz z systemem zarządzania treścią

(CMS). C. Zadanie 3 Przeniesienie treści i materiałów dotyczących perspektywy finansowej 2021 - 2027 z obecnie funkcjonującego serwisu D. Zadanie 4 Przeprowadzenie testów bezpieczeństwa, wydajnościowych i zgodności z WCAG 2.1 E. Zadanie 5 Przeprowadzenie szkoleń dla administratorów i redaktorów F. Zadanie 6 Przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu Dokumentacji Powykonawczej. G. Zadanie 7 Hosting, serwis i rozbudowa

Serwis internetowy wraz z systemem CMS jest dedykowany dla celów publikowania wszelkich informacji dotyczących programu regionalnego Fundusze Europejskie dla Wielkopolski 2021 2027 Celem realizacji zamówienia jest stworzenie serwisu zapewniającego dużą elastyczność w zakresie konfiguracji funkcjonalności oraz prezentacji treści, a także posiadającego możliwość dalszego rozwoju."

- „6.8. Zadanie 7 Hosting, serwis i rozbudowa. Wykonawca odpowiada za zapewnienie i obsługę hostingu, serwisowanie i rozbudowę Serwisu FEW dla wersji produkcyjnej i testowej Zamawiający zarejestruje odpowiednią nazwę domeny/ subdomeny oraz dokona odpowiednich wpisów DNS podanych przez Wykonawcę. Dostęp do serwisu FEW musi być zabezpieczony poprzez wykorzystanie certyfikatu TLS. (Wykonawca pokryje koszty zakupu i przedłużenia ważności certyfikatu bezpieczeństwa w całym okresie obowiązywania umowy zarówno dla instancji produkcyjnej jak i testowej. Właścicielem certyfikatu będzie Zamawiający).

6.8.1. Hosting W ramach Hostingu Wykonawca zobowiązany jest do:

6.8.1.1. przygotowania hostingu, instalacji i konfiguracji serwisu FEW produkcyjnie oraz testowo (2 instancje) zgodnie z wymaganiami stawianymi przez OPZ.

6.8.1.2. Utrzymywania i obsługi hostingu w tym do:

6.8.1.2.1. zapewnienia wysokiej dostępności Serwisu FEW na poziomie nie niższym niż 99,5% w skali roku (z wyłączeniem okien serwisowych, które mogą trwać maksymalnie 3h w godzinach nocnych od godziny 2 00 do 5 00 w przypadku konieczności prze prowadzenia okna serwisowego trwającego dłużej niż 3h każdorazowo konieczne będzie ustalenie terminu z Zamawiającym), z zastrzeżeniem, że jednorazowa niedostępność Serwisu FEW nie może być dłuższa niż 4 godziny (potwierdzone szczegółowymi raportami comiesięcznymi, które na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany przysyłać).

6.8.1.2.2. zapewnienia hostingu w centrum danych spełniającym wymagania co najmniej TIER2 lub równoważnym,

6.8.1.2.3. zapewnienia wysokiej wydajności (w zakresie czasu odpowiedzi serwera na żądanie https) maksymalne jednocześnie obciążenie może wynieść do 1 000 (dla instancji produkcyjnej, dla wersji testowej do 20) użytkowników (w sumie przeglądających i redaktorów / administratorów). Czas odpowiedzi serwera przy jednoczesnym maksymalnym obciążeniu nie może przekroczyć 3 sekund. (...)

7.7.2. Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usług hostingu, serwisu i rozbudowy przez okres 75 miesięcy licząc od daty podpisania bez uwag protokołu Zadania 6 Przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu Dokumentacji Powykonawczej"

Zgodnie z projektem umowy – załącznik nr 3 do SWZ:

- § 4 ust. 3: „3. Przedmiot Zamówienia obejmuje siedem Zadań, to jest: a) Zadanie 1 - Uruchomienie E-BOK, b) Zadanie 2 - Wykonanie serwisu internetowego programu Fundusze Europejskie dla Wielkopolski 2021 – 2027 wraz z systemem zarządzania treścią (CMS), c) Zadanie 3 - Przeniesienie treści i materiałów dotyczących perspektywy finansowej 2021 – 2027 z obecnie funkcjonującego serwisu, d) Zadanie 4 - Przeprowadzenie testów bezpieczeństwa, wydajnościowych i zgodności z WCAG 2.1, e) Zadanie 5 - Przeprowadzenie szkoleń dla administratorów i redaktorów, f) Zadanie 6 - Przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu Dokumentacji Powykonawczej, g) Zadanie 7 - Hosting, serwis i rozbudowa."

- § 13: „1. Za prawidłowe wykonanie Przedmiotu Zamówienia Wykonawca otrzyma Wynagrodzenie umowne w wysokości zł brutto (słownie). 2. Wynagrodzenie, o jakim mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu wypłacane będzie w częściach zwanych: Pierwsza Część Wynagrodzenia oraz Druga Część Wynagrodzenia. Pierwsza Część Wynagrodzenia wynosi 25 % (dwadzieścia pięć procent) Wynagrodzenia, to jest kwoty wskazanej w ust. 1 niniejszego paragrafu. Druga Część Wynagrodzenia wynosi 75% (siedemdziesiąt pięć procent) Wynagrodzenia, to jest kwoty wskazanej w ust. 1 niniejszego paragrafu. 3. Pierwsza Część Wynagrodzenia należy jest Wykonawcy z tytułu prawidłowej realizacji Zadań numer 1,2,3,4,5,6. Druga Część Wynagrodzenia należy jest Wykonawcy z tytułu prawidłowej realizacji Zadania numer 7."

W formularzu ofertowym VOBACOM wskazał:

„2. Dane Centrum przetwarzania danych, w którym będzie realizowany dedykowany hosting znajdujący się na terenie UE: Pełna nazwa Dostawcy: VOBACOM sp. z o.o. OVH DATA CENTER OŻARÓW SprintDataCenter Olsztyn D

adresowe Dostawcy: ul. Włocławska 169C, 87-100 Toruń Nazwa podmiotu (centrum danych) adres 1 lokalizacji centrum danych: OVH DATA CENTER OŻARÓW ul. K.K. 6 05-850 Ożarów Mazowiecki adres 2 lokalizacji centrum danych SprintDataCenter Olsztyn ul. Jagiellończyka 26 10-062 Olsztyn.”

Zgodnie z protokołem postępowania szacowana wartość zamówienia wynosiła: 426 600,00 zł netto (524 718,00 zł brutto).

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 525 000,00 zł brutto.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert oferty złożyli:

DMSoftware Dawid Mally: 270 000,00 zł brutto, Odwołujący: 399 627,00 zł brutto, Sygnisoft Spółka Akcyjna: 1 200 000,00 zł brutto, Webster Studio sp. z o.o.: 886 830,00 zł brutto, MobileMS sp. z o.o.: 518 445,00 zł brutto, P20 sp. z o.o.: 404 000,00 zł brutto i VOBACOM sp. z o. o.: 392 000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 12 września 2024 r. Zamawiający wezwał VOBACOM do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wskazując: „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie złożonej oferty, bowiem zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, cena całkowita Państwa oferty (392 000,00 zł) jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 1) i 10) ustawy PZP (581 557,43 zł). Wykonawca zobowiązany jest pod rygorem odrzucenia oferty, przedstawić Zamawiającemu w podanym poniżej terminie wyjaśnienia o wszelkich elementach i czynnikach mających wpływ na zaproponowaną niską cenę ofertową w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający zobowiązany jest żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie: 1) 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 2020 r. poz. 2207 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ponadto Zamawiający wzywa do przedstawienia szczegółowego wyliczenia kosztów w zakresie realizacji każdego z zadań w szczególności w zakresie realizacji „zadania 7 — Hosting, serwis i rozbudowa” z przedstawieniem kosztów w całym okresie (to jest 75 miesięcy) oddzielnie dla Hostingu (spełniającego wszystkie wymagania stawiane przez OPZ, między innymi: zapewnienia wysokiej dostępności Serwisu FEW na poziomie nie niższym niż 99,5% w skali roku; zapewnienia hostingu w centrach danych (głównego i rezerwowego) spełniających wymagania co najmniej TIER2 lub równoważnym: zapewnienia nielimitowanego transferu danych; zapewnienia wysokiej wydajności (w zakresie czasu odpowiedzi serwera na żądanie https) — maksymalne jednoczesne obciążenie może wynieść do 1000 użytkowników), serwisu i rozbudowy. (...) Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach winien udowodnić, że jego cena ofertowa jest realna i wiarygodna, umożliwiającą realizację zamówienia bez ponoszenia strat i że jej kalkulacja jest rzetelna, ekonomicznie uzasadniona z zapewnieniem zysku dla Wykonawcy. Nie stanowi o wypełnieniu obowiązku wyjaśnienia zaproponowanej ceny, złożenie jakichkolwiek wyjaśnień czy ogólnego zapewnienia, lecz muszą one być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz odpowiednio uмотywowane.”

W dniu 17 września 2024 r. VOBACOM przedstawił wyjaśnienia w zakresie ceny oferty wskazując: *W* związku z otrzymanym wezwaniem dotyczącym wyjaśnienia ceny zaproponowanej w ofercie działając w zakresie treści art. 90 ust. 1 pkt 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, informujemy, że cena oferty została skalkulowana z pełną odpowiedzialnością na podstawie dotychczasowe szerokiego doświadczenie naszej spółki w analogicznych lub podobnych realizacjach. Pragniemy podkreślić, że w związku z dużą aktywnością firmy na polu rozwiązań internetowych dysponujemy wcześniej wdrożonymi analogicznymi lub podobnymi modułami, które są możliwe do wykorzystania przy Państwa realizacji. Fakt ten znacząco wpływa na ustalenie ceny, bowiem pozwala nam w odróżnieniu od niektórych innych wykonawców, na minimalizację kosztów i czasu niezbędnego do stworzenia wymaganych przez Państwa funkcjonalności projektu. Informujemy też, że realizowaliśmy w przeszłości i realizujemy wiele wdrożeń serwisów internetowych o zbliżonym do oczekiwanego przez Państwa zakresu w podobnych, a niekiedy nawet niższych cenach. Wieloletnia współpraca z firmami i jednostkami administracji publicznej nad realizacją serwisów internetowych umożliwiła też firmie VOBACOM wypracowanie kompleksowej metodyki pracy nad poszczególnymi etapami wdrożenia, co również ma znaczący wpływ na koszty realizacji i ostateczną cenę. Poniższa tabela zawiera przykładowe realizacje o podobnej cenie. Do wybranych projektów z poniższej listy mamy dokumenty świadczące o należytych ich wykonaniu na etapie oferty cenowej. [tabela

moduły i bezpośrednie linki do modułu lub funkcjonalności] Co do przyjętych przez nas rozwiązań technicznych, również mają one istotny wpływ na skrócenie czasu realizacji projektu z jednej strony i racjonalizację kosztów z drugiej. System zarządzania treścią CMS planujemy wdrożyć bowiem, w oparciu o platformę typu OPEN SOURCE (CMS DRUPAL) co istotnie wpływa na ograniczenie ceny wdrożenia, przy uwzględnieniu również faktu, że taka metodyka pracy nie wymaga wykupywania dodatkowych kosztownych licencji. Mimo zaistnienia tak wielu czynników wpływających na korzystną dla Państwa kalkulację ceny, należy podkreślić, że w żaden sposób nie powodują one ryzyka obniżenia jakości wykonywanej przez nas pracy. Potwierdzeniem wysokiego profesjonalizmu naszego zespołu jest także to, że osoby, które będą pracowały przy projekcie posiadają certyfikaty ukończenia szkoleń w zakresie tworzenia dostępnych stron internetowych zgodnych ze standardem WCAG 2.1 oraz redagowania treści strony internetowej, co gwarantuje dopełnienie stawianych przez Państwa wymagań zawartych w SIWZ, także w zakresie dostępności serwisu dla osób niepełnosprawnych. Co do przyjętych kosztów pracy stanowczo podkreślamy, że przy opracowywaniu oferty na potrzeby postępowania brano pod uwagę konieczny wymóg uwzględnienia kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Kwota ta określona została w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15.09.2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Zgodnie z § 2 rozporządzenia, od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł. Wynagrodzenie żadnej z osób zatrudnionych przy realizacji projektu, nie będzie naruszało powyższych wymagań (osoby, które będą realizowały projekt są zatrudnione na podstawie umowy o pracę). Zostało to także uwzględnione przy kalkulacji ceny. Realizacja projektu odbywa się w warunkach biurowych w firmie, które nie są kwalifikowane jako działalność oddziaływująca na środowisko. Kalkulacja ceny dokonana została na podstawie podobnych realizacji. Dla każdego etapu został przyjęty szacowany czas pracy z podziałem na stanowiska. [tabela szczegółowo koszty pracy poszczególnych specjalistów wymaganych przy danych etapach]. * stawka przyjęta do wyliczeń przekracza istotnie minimalne wynagrodzenie wynikające z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Kalkulacja oferty: 1. Koszty bezpośrednie pracowników brutto: 87 777,30 PLN 2. Narzuty pracodawcy na koszt brutto (ubezpieczenia społeczne, 21%): 18 433,23 PLN 3. Koszty pracy łącznie: 106 210,53 PLN 4. Narzuty na koszty ogólne firmy, 15 %: 15 931,58 PLN 5. Zakładany zysk Oferenta (pozycja 3 + pozycja 4 x 15%): 18 321,32 PLN 6. Koszty szkoleń: 2500,00 PLN 7. Hosting (2x pakiet indywidualny): 37 500,00 PLN 8. Obsługa serwisowa: 10 000,00 PLN 9. Usługa rozbudowy strony: 120 000,00 PLN 10. Ryzyka związane z niedoszacowaniem projektu: 8 235,76 PLN 11. Wartość oferty netto (suma pozycji 3,4,5,6,7,8,9,10): 318 699,19 PLN 12. Vat 23%: 73 300,81 PLN 13. Wartość oferty brutto 392 000,00 PLN

Podsumowując należy stwierdzić, że biorąc pod uwagę około kilkunastoletni okres istnienia Spółki w trakcie, którego gruntownie ustabilizowała ona swoją pozycję rynkową, ilość zrealizowanych projektów ilość gotowych już rozwiązań i modułów możliwych do wykorzystania w nowych projektach należy uznać, że zaproponowana przez VOBACOM w złożonej ofercie cena w kwocie 392 000,00 PLN BRUTTO nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, gdyby powyższe wyjaśnienie nie były dla Państwa satysfakcjonujące pozostajemy do dyspozycji. Na potwierdzenie wiarygodności kalkulacji załączamy do wyjaśnienia zanonimizowane umowy o pracę osób przewidzianych do realizacji tego zadania. Przedstawimy także nasz standardowy cennik na usługi hostingowe, jaki stosujemy dla bardzo szerokiej grupy naszych klientów, którym hostujemy portale i aplikacje webowe.”

Załączniki do wyjaśnień:

- zanonimizowane umowy o pracę osób przewidzianych do realizacji tego zadania,
- cennik VOBACOM na usługi hostingowe: Cennik ogólny usługi hostingu strony internetowej wraz z opieką administratora Dostępne pakiety: S: 10 GB (12 mies.: 649 zł, 24 mies. 619 zł, 36 mies. 599 zł); M: 25 GB (12 mies.: 679 zł, 24 mies. 649 zł, 36 mies. 619 zł); L: 50 GB (12 mies.: 839 zł, 24 mies. 799 zł, 36 mies. 769 zł); XL: 150 GB (12 mies.: 1199 zł, 24 mies. 1139 zł, 36 mies. 1099 zł); opcja indywidualnego pakietu.

Dowody Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie:

- zrzut serwisu www.wp.pl z przeglądarki internetowej z ogólnodostępnego, wbudowanego narzędzia umożliwiającego m.in. zliczanie ilości danych przesłanych przez dany serwis internetowy (na wykazanie faktu, że pierwsze otwarcie tej strony <http://www.wp.pl> powoduje przesłanie w pierwszej sekundzie niecałego 1 megabajta danych, docelowo 1,3 megabajta danych przesłanych w niespełna 12s) — załącznik 1,

- zrzut serwisu funduszeue.wzp.pl z przeglądarki internetowej z ogólnodostępnego, wbudowanego narzędzia umożliwiającego m.in. zliczanie ilości danych przesłanych przez dany serwis internetowy (na wykazanie faktu, że pierwsze otwarcie tej strony funduszeue.wzp.pl powoduje przesłanie w pierwszej sekundzie niecałego 1 megabajta danych, docelowo 51 megabajtów danych przesłanych w ciągu 10s) — załącznik 2,
- zrzut serwisu funduszeuedlamazowska.eu z przeglądarki internetowej z ogólnodostępnego, wbudowanego narzędzia umożliwiającego m.in. zliczanie ilości danych przesłanych przez dany serwis internetowy (na wykazanie faktu, że pierwsze otwarcie tej strony funduszeuedlamazowska.eu powoduje przesłanie w pierwszej sekundzie niecałego 1 megabajta danych, docelowo 2,3 megabajta danych przesłanych w ciągu niespełna 9s) — załącznik 3,
- zrzut serwisu funduszeue.lubuskie.pl z przeglądarki internetowej z ogólnodostępnego, wbudowanego narzędzia umożliwiającego m.in. zliczanie ilości danych przesłanych przez dany serwis internetowy (na wykazanie faktu, że pierwsze otwarcie tej strony funduszeue.lubuskie.pl powoduje przesłanie w pierwszej sekundzie niecałego 1 megabajta danych, docelowo 7,7 megabajta danych przesłanych w ciągu 9s) — załącznik 4,
- zrzut serwisu funduszeue.podkarpackie.pl z przeglądarki internetowej z ogólnodostępnego, wbudowanego narzędzia umożliwiającego m.in. zliczanie ilości danych przesłanych przez dany serwis internetowy (na wykazanie faktu, że pierwsze otwarcie tej strony funduszeue.podkarpackie.pl powoduje przesłanie w pierwszej sekundzie niecałego 1 megabajta danych, docelowo 2,9 megabajta danych przesłanych w ciągu niespełna 2s) — załącznik 5,
- zrzut serwisu torun.pl z przeglądarki internetowej z ogólnodostępnego, wbudowanego narzędzia umożliwiającego m.in. zliczanie ilości danych przesłanych przez dany serwis internetowy (na wykazanie faktu, że pierwsze otwarcie tej strony torun.pl wymaga przesłania w pierwszej sekundzie około 0,5 megabajta danych, docelowo 1,5 megabajtów danych przesłanych w ciągu niespełna 2s) — załącznik 6

Dowody złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego:

- zapytania o wycenę wysłane do dostawców w zakresie usług hostingowych. Zamawiający podał założenia funkcjonalne hostingu z OPZ, odpowiedzi: Sprint S.A. w Olsztynie: 26 700,00 zł netto (356 zł netto miesięcznie), Beyond w Poznaniu: 28 125,00 zł netto (375,54 zł netto miesięcznie), Oktawave S.A. w Warszawie: 498 zł netto miesięcznie.
- zapytania do Sprint Data Center w Olsztynie oraz OVH DATA CENTER OŻARÓW odnośnie do spełnienia wymogów OPZ TIER II i odpowiedzi wskazujące na spełnienie wymogów TIER III.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone w postępowaniu przez VOBACOM uznając realność zaoferowanej ceny, a także zgodność oferty z wymaganiami OPZ. Rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy treści wezwania Zamawiającego, wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych przez VOBACOM oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w konsekwencji czego uznała, że zarzuty odwołania osadzające się na twierdzeniu o niewyczerpujących wyjaśnieniach, nieuzasadniających zaoferowanej ceny, zaoferowaniu ceny nierealnej, w tym w zakresie szacowanych kosztów usługi hostingowej przez VOBACOM, a także niezgodności parametrów hostingu z postanowieniami dokumentów zamówienia nie potwierdziły się, dlatego odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą 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 powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. (...)”

Artykuł 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W pierwszej kolejności zauważyć należy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: „Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. (...) wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszernie wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba zwraca w pierwszej kolejności uwagę na treść wezwania Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. Przyczyną determinującą wezwanie nie były wątpliwości

Zamawiającego, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy pzp ale okoliczność, że zrealizowała się przesłanka ustawowa nakazująca skierowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp - cena całkowita oferty VOBACOM (392 000,00 zł) była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (581 557,43 zł). Izba zauważyła przy tym, że ceny czterech ofert na siedem złożonych oscylowały w podobnych granicach cenowych: Odwołujący: 399 627,00 zł brutto, MobileMS sp. z o.o.: 518 445,00 zł brutto, P20 sp. z o.o.: 404 000,00 zł brutto i VOBACOM sp. z o.o.: 392 000,00 zł brutto i były zbliżone również do ceny szacowanej przez Zamawiającego (426 600,00 zł netto, 524 718,00 zł brutto). W odniesieniu do powyższych poziomów cenowych, ceny dwóch ofert Sygnisoft Spółka Akcyjna: 1 200 000,00 zł brutto, Webster Studio sp. z o.o.: 886 830,00 zł brutto przedstawiają zawyżone ceny, co zapewne zdeterminowało wysoką średnią arytmetyczną. Jedna oferta przedstawiała cenę niższą od pozostałych: DMSoftware Dawid Mally: 270 000,00 zł brutto. Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że cena oferty VOBACOM nie odbiega rażąco od cen większości wykonawców w postępowaniu, w tym od oferty Odwołującego, której cena jest wyższa o zaledwie 7627,00 zł co stanowi ok. 2% wartości zamówienia.

Dalej Izba zwraca uwagę na elementy ceny, w zakresie których Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień. Niewątpliwie, Zamawiający wymagał przedstawienia wyliczenia ceny i dowodów prawidłowości tej wyceny, przy czym Zamawiający sprecyzował, które koszty wykonawca jest zobowiązany przede wszystkim wykazać w wyjaśnieniach i były to koszty pracy, w tym kalkulacja pozostałych kosztów dla każdego z zadań, a w szczególności zadania 7, gdzie Zamawiający oczekiwał przedstawienia oddzielnie kosztów dla hostingu spełniającego wymagania OPZ, serwisu i rozbudowy.

W kontekście tak sprecyzowanego wezwania zdaniem Izby wyjaśnienia VOBACOM odnosiły się do wszystkich elementów kosztowych, których przedstawienia żądał Zamawiający. VOBACOM powołał się na wcześniejsze realizacje o podobnym charakterze podkreślając doświadczenie i wypracowane już moduły, które częściowo Wykonawca wykorzysta w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego, że wskazane moduły nie posiadają: „większości opcji istotnych dla nowo tworzonego serwisu, jak np. zaawansowane kategoryzowanie plików, filtry, strony dokumentów, poprzednie wersje danego dokumentu, czy powiązane pliki.” nie oznacza, że w części nie będą mogły zostać wykorzystane i że Wykonawca nie wykazał w ten sposób, że posiada już doświadczenie w podobnych realizacjach, co miało wpływ na cenę oferty. Co więcej, Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu żadnego zarzutu względem wyceny wykonania serwisu internetowego, a w szczególności kosztów pracy z tym związanych, będących istotnym składnikiem kosztowym ceny oferty. Twierdzenia względem zaangażowania personelu, przyjętych stawek wynagrodzenia i czasochłonności prac Odwołujący podniósł dopiero na rozprawie i w złożonym na posiedzeniu piśmie procesowym. Argumentacja ta jednak jest spóźniona, gdyż wszelkie okoliczności faktyczne uzasadniające podniesione w odwołaniu zarzuty powinny zostać sprecyzowane w odwołaniu. W świetle art. 516 ust. 1 pkt 8-10 ustawy pzp Odwołujący poza zwięzłym przedstawieniem zarzutu, powinien przede wszystkim wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 179/17: „Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.” To właśnie opisane w uzasadnieniu okoliczności faktyczne wyznaczają zakres odwołania i rozpoznania przez Izbę. Ma to istotne znaczenie dla możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia w granicach określonych w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy pzp: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.” Odwołujący w odwołaniu w sposób ogólny zakwestionował złożone przez VOBACOM wyjaśnienia w zakresie ceny, podnosząc ich niewyczerpujący charakter oraz własne spostrzeżenia odnośnie do nierynkowości podanych składników kosztowych. Dopiero na rozprawie i w piśmie procesowym Odwołujący podjął próbę nadania zarzutom skonkretyzowanej treści, w tym w zakresie usługi hostingu, o czym dalej, co jest działaniem spóźnionym. Jak słusznie podniosła Izba w wyroku z dnia 19 listopada 2021 r. w sprawach połączonych (sygn. akt: KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21): „odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń, nie może natomiast mieć charakteru blankietowego. Niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, Odwołujący ma obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych

czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Tak ogólne stwierdzenia, jakie podniósł w niniejszej sprawie Odwołujący, nie mogą być uznane za prawidłowo określone zarzuty. Zostały one sformułowane w taki sposób, że Izba musiałaby, działając niejako z urzędu, poddać generalnej weryfikacji kosztorys Przystępującego albo umożliwić Odwołującemu sprecyzowanie zarzutów dopiero podczas rozprawy. Do takiego działania Izba nie jest uprawniona."

Wszelkie więc argumenty dotyczące subiektywnej oceny Odwołującego o nierynkowość kosztów wykonania serwisu, nierzetelnych wyjaśnieniach co do kosztów pracy, nieadekwatności załączonych do wyjaśnień umów o pracę ze stawkami wskazanymi w wyjaśnieniach przez VOBACOM, poziomu przyjętych wynagrodzeń należało uznać za spóźnione i jako nie podniesione w odwołaniu nie mogły podlegać rozpoznaniu przez Izbę orzekającą w granicach zarzutów wyznaczonych okolicznościami faktycznymi uzasadniającymi wniesienie odwołania.

Wykonawca VOBACOM przedstawił szczegółowo koszty pracy rozdzielając przyjętą czasochłonność dla każdego etapu, czego wymagał Zamawiający w wezwaniu i dołączył zanonimizowane umowy o pracę uwiarygadniające, że wynagrodzenia odpowiadają przepisom o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Dalej Wykonawca przedstawił poszczególne koszty wykonania zamówienia, w tym wykazał zysk: 18 321,32 zł netto, a także narzuty na koszty ogólne: 15 931,58 zł netto oraz ryzyka związane z niedoszacowaniem projektu: 8235,76 zł netto. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego podał oddzielnie szacowane koszty hostingu (2x pakiet indywidualny): 37 500,00 zł (dla 75 miesięcy, w więc 500,00 zł netto miesięcznie), serwisu: 10 000,00 zł i rozbudowy strony: 120 000,00 zł. W zakresie hostingu VOBACOM przedstawił także własną ofertę na usługi hostingowe uwiarygadniającą zaoferowaną cenę. Odwołujący podnosił, że w tym zakresie cena VOBACOM za usługi hostingowe jest nierealna, przy czym Odwołujący powołał się na własne założenia co do sposobu realizacji zamówienia i przyjętych kosztów (uzyskanych ofert na usługi hostingowe), co nie przesądza, że cena za usługi hostingowe VOBACOM jest nierynkowa. Odwołujący podnosił, że w jego ocenie, *w przypadku realizacji usług hostingowych w zakresie hostingu podstawowego wymagany jest serwer z co najmniej 10 rdzeniami z dyskami NVMe z łączem do sieci publicznej 10 GBPS. Natomiast w zakresie hostingu testowego wystarczająca jest konfiguracja z 1 rdzeniem, 8GB ram i dyskiem 100GB.*"Na bazie tych założeń Odwołujący podnosił niedoszacowanie usługi hostingowej przez VOBACOM, ale również wskazywał, że, *Konkurent nie przedstawił w swojej ofercie wyjaśnień dotyczących kalkulacji kosztów hostingu podstawowego oraz testowego, a także nie wskazał szczegółowych parametrów tych usług. Wymóg ten był jasno określony w OPZ jako jeden z kluczowych elementów oceny zgodności ofert z wymaganiami zamawiającego. Brak tych informacji uniemożliwia weryfikację, czy zaproponowane rozwiązania spełniają wymagania zamawiającego dotyczące parametrów hostingu, co jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.*"Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że Zamawiający jak słusznie podnosił w odpowiedzi na odwołanie, nie wskazał parametrów hostingu, w tym łącza i serwera takich jakie podał w odwołaniu Odwołujący, a opis przedmiotu zamówienia dotyczył uzyskania określonych efektów. Dobór metody uzyskania wymogów funkcjonalnych Zamawiający pozostawił wykonawcom. Co więcej, Zamawiający nie żądał wraz z ofertą przedstawienia przez wykonawców założeń realizacyjnych, w tym przyjętych parametrów hostingu celem oceny czy wymóg efektywności zostanie przez wykonawcę spełniony. Zamawiający nie sprecyzował również takiego żądania w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego, VOBACOM nie był zobowiązany do przedstawienia szczegółowych parametrów oferowanych usług. Jeśli Odwołujący uważał, że celem prawidłowej oceny i weryfikacji ofert konieczne było podanie takich informacji przez wykonawców w ofercie to mógł w tym zakresie zakwestionować w odpowiednim terminie postanowienia dokumentów zamówienia, czego nie uczynił. VOBACOM przedstawił koszty usługi hostingu mając na względzie własne założenia co do sposobu wykonania zamówienia. Jak zresztą słusznie podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: *„Przedmiotem zamówienia jest stworzenie serwisu internetowego a następnie jego hosting i serwisowanie. Sposób wykonania serwisu internetowego determinuje wymagania hostingowe. Serwis internetowy wykonany może być na wiele sposobów, przy użyciu różnych technologii, komponentów, języków, rozwiązań optymalizacyjnych. W zależności od przyjętego przez wykonawcę sposobu wykonania serwisu internetowego, może on przyjąć różną „objętość”, która z kolei determinuje parametry hostingu, w tym przede wszystkim przepustowość łącza oraz wydajność i konfigurację serwerów (...)* Zamawiający podkreśla, że opisał serwis internetowy poprzez odwołanie się do realizowanych przez niego funkcjonalności (czyli jakie zadania ma serwis internetowy realizować i w jaki sposób). Zamawiający odnośnie serwisu internetowego nie wskazywał w OPZ jego parametrów technicznych przesądzających jednoznacznie o wyłącznie jednych parametrach hostingu tego serwisu internetowego. Oczywiście jest, że Wykonawca w zależności od wybranej technologii oraz co kluczowe optymalizacji serwisu internetowego będzie miał obowiązek dobrać odpowiednie rozwiązania hostingowe, aby spełnić wymagania wydajnościowe Zamawiającego." Przykłady podane zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego (adresy stron internetowych i ilości przesyłanych danych) w piśmie procesowym potwierdzają stanowisko Zamawiającego, że w zależności od technologii, optymalizacji serwisu internetowego, jego rozbudowy różne będzie zapotrzebowanie na odpowiednie łącze i wydajność serwerów w ramach hostingu. Co jednak kluczowe, Zamawiający nie wymagał podania tych założeń przez wykonawców w ofercie i

przedstawienia przyjętych rozwiązań dla strony internetowej i jej hostingu. Przedstawione więc przez Odwołującego parametry hostingu dotyczą planowanego przez niego sposobu wykonania zamówienia co nie stanowi potwierdzenia dla błędnej kalkulacji hostingu przez VOBACOM. Każdy z wykonawców mógł bowiem założyć inne rozwiązania celem osiągnięcia wymaganej przez Zamawiającego wydajności i tym samym inne koszty. Jak wynika z dowodów złożonych przez Zamawiającego na posiedzeniu, cena hostingu przyjęta przez VOBACOM nie odbiega od cen rynkowych. Do wyceny Zamawiający przedstawił dane wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu dla usługi hostingu. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego prezentowanej na rozprawie, że Zamawiający nie oszacował usługi hostingu dlatego nie potrafi ocenić prawidłowości przyjętych przez VOBACOM kosztów, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia przedstawiając podmiotom, do których kierował zapytanie o wycenę opis przedmiotu zamówienia. Złożone dla rozeznania rynku oferty obejmujące zarówno wykonanie strony internetowej, hosting oraz pozostałe zadania opisu przedmiotu zamówienia wykazały średnią arytmetyczną na poziomie 426 600,00 zł netto, przy czym usługa hostingu została wyliczona jak wynika z dokumentów zamówienia dla 84 miesięcy a nie 75 miesięcy jak w opisie przedmiotu zamówienia, a więc ceny byłyby stosunkowo niższe. Podkreślić należy, że Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe a nie kosztorysowe, a całkowita cena oferty VOBACOM oscyluje w granicach szacowanej wartości zamówienia obejmującej także usługi hostingu stąd Zamawiający nie miał wątpliwości, że koszty usługi hostingu nie odbiegają od cen rynkowych. Odnośnie do rozszerzonej argumentacji Odwołującego z pisma procesowego w zakresie wyceny usługi hostingu Izba podtrzymuje wcześniejsze stanowisko odnośnie do braku takich okoliczności faktycznych w odwołaniu.

Izba nie podzieliła więc stanowiska Odwołującego, że wyjaśnienia nie odpowiadały wezwaniu. Zaznaczenia wymaga, że Zamawiający nie sprecyzował jak bardzo szczegółowe powinny być złożone wyjaśnienia, a jedynie wskazał, które elementy kosztowe powinny przedstawiać i takie wyjaśnienia VOBACOM złożył. Jak już zostało poniesione stopień szczegółowości wyjaśnień powinien być taki, aby Zamawiający uzyskał pewność, że cena oferty została należycie skalkulowana i zawierała wszystkie istotne elementy kosztowe. Każdy z wykonawców przedstawia więc wyjaśnienia w takim zakresie jakiego żądał zamawiający i tak szczegółowo, aby uwiarygadniały cenę. Argumentacja odwołania i prezentowana na rozprawie dotycząca złożenia przez VOBACOM nierzetelnych wyjaśnień opierała się na porównaniu stopnia szczegółowości wyjaśnień ceny przedstawionych przez Odwołującego z wyjaśnieniami VOBACOM. Twierdzenia Odwołującego stanowiły więc jego subiektywne przekonanie o kształcie wyjaśnień, które mogłyby zostać uznane za wyczerpujące, gdzie wyznacznikiem miałyby być wyjaśnienia Odwołującego, przyjęty przez niego sposób wykonania zamówienia i poszczególne koszty. Izba zwraca uwagę, że ocena wyjaśnień danego wykonawcy powinna jednak odbywać się w kontekście jego założeń co do realizacji zamówienia i ujęcia w cenie wszystkich niezbędnych kosztów. Wyjaśnienia VOBACOM odpowiadały wezwaniu Zamawiającego, zawierały elementy kosztowe konieczne do założenia dla prawidłowej realizacji zadań, a okoliczność, że Odwołujący w odmienny sposób i na innych poziomach założył poszczególne koszty nie może przesądzać, że wyjaśnienia VOBACOM były nierzetelne, niewyczerpujące i wykazujące cenę rażąco niską.

Zdaniem Izby, Wykonawca VOBACOM złożył wyjaśnienia uwiarygadniające zaoferowaną cenę jak również odpowiadającą wezwaniu, dlatego też Izba uznała zarzuty Odwołującego, w tym dotyczące naruszenia zasad postępowania za niezasadne.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp Izba uznała, że nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „*Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.*”

Zaznaczenia wymaga, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami

zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Odwołujący nie sprecyzował tego zarzutu w odwołaniu. Odwołujący podnosił wyłącznie, że VOBACOM nie przedstawił w wyjaśnieniach przyjętych do wyceny parametrów hostingu, w tym parametrów serwera, dysków, łącza i wywodził, że zaoferowana przez VOBACOM cena w jego opinii oznacza, że Wykonawca nie założył ich na takim poziomie, który spełni wymogi wydajności hostingu z opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do powyższego ponownie podkreślić należy, że Zamawiający nie wymagał podania w ofercie parametrów hostingu i takiego żądania nie sprecyzował również w wezwaniu do wyjaśnień ceny. Odwołujący nie ma wiedzy jak VOBACOM zamierza osiągnąć wymaganą przez Zamawiającego wydajność hostingu, a twierdzenia o niezgodności oferty VOBACOM z warunkami zamówienia opierał wyłącznie o własne zapatrywania na sposób realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że merytoryczna treść oferty VOBACOM nie odpowiada warunkom zamówienia. Jak już wskazano, aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp konieczne jest ustalenie w sposób niewątpliwy, że oferta pozostaje w niezgodności z postanowieniami dokumentów zamówienia, w tym przypadku w zakresie parametrów hostingu, a takich Zamawiający nie podał w OPZ, w szczególności nie wskazał, że konieczne jest założenie prezentowane przez Odwołującego: „w zakresie hosting podstawowego wymagany jest serwer z co najmniej 10 rdzeniami z dyskami NVMe z łączem do sieci publicznej 10 GBPS. Natomiast w zakresie hostingu testowego wystarczająca jest konfiguracja z 1 rdzeniem, 8GB ram i dyskiem 100GB.” Zamawiający pozostawił w tym zakresie wykonawcom swobodę, gdyż jak podnosił, wykonana przez wykonawcę strona internetowa i jej optymalizacja będzie dopiero determinowała parametry hostingu. Na obecnym etapie nie jest możliwe stwierdzenie w sposób niewątpliwy, że VOBACOM nie osiągnie parametrów wydajnościowych hostingu, czyli określonego efektu opisanego w SWZ. Brak jest zatem merytorycznej treści oferty, która wykazywałaby niezgodność z warunkami zamówienia, dlatego też zarzuty należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie Rachunku złożonego przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: