

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę: **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Allies Incorporated Sp. z o.o., al. Księcia Janusza Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć wykonawcę: Allies Incorporated Sp.

z o.o., al. Księcia Janusza Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa, i:

2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądzić kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: Allies Incorporated Sp. z o.o., al. Księcia Janusza Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa na rzecz wykonawcy: Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 2855/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „System Monitorowania Środowiska Elektromagnetycznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 57/2024 nr 166051-2024 w dniu 20 marca 2024 r.

Pismem z dnia 30 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie przepisu art. 224 ust. 6 Pzp, uznając, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wykonawca, Integrated Solutions Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Allies Incorporated Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 224 ust. 1 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wobec uznania, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, w sytuacji w której:

a) Zamawiający, w treści wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty (z dnia 20 czerwca 2024 r.), poza przytoczeniem części regulacji ustawowej, nie skonkretyzował wymagań co do oczekiwanych wyjaśnień, w tym ich zakresu przedmiotowego, konstrukcji, szczegółowości lub niezbędnych informacji, a także środków dowodowych i wobec tego, za nieuprawnioną należy uznać dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień Odwołującego (z dnia 26 czerwca 2024 r.), zgodnie z którą wyjaśnienia te są niepełne i z tego względu nie uzasadniają oddanej w ofercie ceny lub kosztu, skutkującą odrzuceniem oferty Odwołującego,

b) treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 26 czerwca 2024 r. zawiera wszystkie niezbędne informacje ukazujące koszty

poszczególnych świadczeń jako elementów składowych realizacji zamówienia, poparte stosownymi dowodami własnymi (w zakresie w jakim koszty te nie są generowane przez podmioty trzecie wobec Odwołującego) lub dowodami pochodzącymi od podmiotów trzecich, a zakres informacji wynikający z tych wyjaśnień i dowodów, potwierdzał realność wspomnianych kosztów, które były niższe niż cena oferty Odwołującego, pozwalając mu tym samym na osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia;

2) art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Allies Incorporated sp. z o.o. w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego, która nie powinna zostać odrzuconą, jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Allies Incorporated sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i wykonanie Systemu Monitorowania Stanu Środowiska Elektromagnetycznego składającego się ze stacji mobilnej, modułów stacjonarnego i przenośnego oraz oprogramowania.

Przedmiotem zamówienia gwarantowanego jest:

- 1) dostawa jednej mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz instalacją oprogramowania, o którym mowa w pkt 4, szkoleniem personelu Użytkownika (rozumianego jako podmiot użytkujący Sprzęt lub oprogramowanie, czyli Wojskowe Biuro Zarządzania Częstotliwościami) i wsparciem technicznym;
- 2) dostawa trzech stacjonarnych modułów monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz z instalacją oprogramowania, o którym mowa w pkt 4, szkoleniem personelu Użytkownika i wsparciem technicznym;
- 3) dostawa jednego przenośnego modułu monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz z instalacją oprogramowania, o którym mowa w pkt 4, szkoleniem personelu Użytkownika i wsparciem technicznym;
- 4) dostawa oprogramowania wraz z licencją, wdrożeniem, szkoleniem personelu Użytkownika i wsparciem technicznym.

Przedmiotem zamówienia opcjonalnego jest:

- 1) dostawa max. 3 stacjonarnych modułów monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego;
- 2) dostawa max. 2 przenośnych modułów monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego;
- 3) rozszerzenie licencji oprogramowania o możliwość sterowania dodatkowymi modułami wchodzącymi w zakres zamówienia opcjonalnego.

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, a otwarcie ofert miało miejsce w dniu 15 maja 2024 r. Pierwotnie, w dniu 4 czerwca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Po wniesieniu przez Allies Incorporated sp. z o.o. w dniu 14 czerwca 2024 r. odwołania na tę czynność, Zamawiający unieważnił w dniu 16 czerwca 2024 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 20 czerwca 2024 r., Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Odwołujący, w odpowiedzi na to wezwanie, złożył wyjaśnienia w dniu 26 czerwca 2024 r. Zamawiający w dniu 30 lipca 2024 r. opublikował informację o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Allies Incorporated sp. z o.o.;
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 224 ust. 6 Pzp, uznając, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zarzut pkt 1 lit. a.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, rozstrzygając pierwotnie postępowanie (w dniu 4 czerwca 2024 r.) nie miał żadnych wątpliwości ani zastrzeżeń do ceny oferty Odwołującego i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień ceny oferty dopiero po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przy czym także wówczas nie wyraził żadnych szczególnych zastrzeżeń co do konstrukcji ceny oferty Odwołującego. Treść wezwania, stanowiła bowiem *de facto*:

- 1) kopię uzasadnienia odwołania Allies Incorporated sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2024 r., w którym również nie podniesiono żadnych zarzutów co do prawidłowości konstrukcji ceny oferty Odwołującego, a jedynie stwierdzenie różnicy pomiędzy ceną oferty Odwołującego w zakresie zamówienia opcjonalnego, a ceną oferty pozostałych wykonawców i przytoczenie wykładni przepisu art. 224 ust. 1 Pzp, którego naruszenie zarzucono Zamawiającemu;
- 2) przytoczenie przez Zamawiającego części przepisu art. 224 ust. 3 Pzp, zawierającego przykładowy katalog zakresów przedmiotowych których dotyczyć może wezwanie do wyjaśnień ceny oferty.

W wezwaniu Zamawiający w żaden sposób nie skonkretyzował wymagań co do oczekiwanych wyjaśnień, w tym ich zakresu przedmiotowego, konstrukcji, szczegółowości lub niezbędnych informacji, a także nie wskazał żadnych konkretnych przykładowych środków dowodowych. W takiej sytuacji, wykonawca mógł opracować wyjaśnienia według

własnej metodologii i przy wykorzystaniu wszelkiego rodzaju dowodów. Odwołujący przedstawił więc Zamawiającemu wszystkie – w jego ocenie istotne i korespondujące z Opiszem przedmiotu zamówienia – elementy swojego przyszłego świadczenia, popierając je adekwatnymi dowodami, a także wykazał prawidłowość konstrukcji ceny, obrazując skalę przewidywanych kosztów i zysku związanych z planowaną realizacją zamówienia. W tym stanie rzeczy, postępowanie Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na złożenie niedostatecznych wyjaśnień ceny oferty, trzeba uznać za nieuprawnione. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawcy antycypowania niewyrażonych wprost w treści wezwania wymagań co do sposobu wyjaśnienia ceny oferty czy użytych środków dowodowych, a w świetle zwłaszcza zasady przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne, swoich zastrzeżeń co do ceny oferty wykonawcy, Zamawiający nie może komunikować wykonawcy dopiero w informacji o odrzuceniu jego oferty.

Stanowisko takie potwierdza wykładnia przepisu art. 224 ustawy Pzp prezentowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 16 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 307/24, wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 820/23, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 852/18, wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1194/23).

Już sam więc fakt, że Zamawiający nie wyraził się w żaden konkretny sposób w treści wezwania co do oczekiwań kierowanych do Odwołującego, w zakresie szczegółowości wyjaśnień ceny oferty, nakazuje kwalifikować czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia tej oferty jako nieprawidłową. Zamawiający wobec tak skonstruowanego wezwania i otrzymaniu wyczerpujących wyjaśnień Odwołującego, którym nie sposób zarzucić, iż nie spełniały wymagań Zamawiającego, powinien przedmiotowe wyjaśnienia zaakceptować.

Zarzut pkt 1 lit. b.

Odwołujący podkreślił, że ocena Zamawiającego co do wyjaśnień Odwołującego jest o tyle niepełna, że nie zawiera analizy ich całości, a w szczególności załączonych do wyjaśnień dowodów, potwierdzających wszystkie elementy kosztotwórcze ceny oferty, a także nie uwzględnia realiów wykonania zamówienia kształtowanych postanowieniami Opisu przedmiotu zamówienia.

W opisowej części wyjaśnień ceny oferty (Rozdz. I - uwagi ogólne), Odwołujący wyjaśnił, że zamówienie zamierza zrealizować przy udziale podwykonawcy MAW Telecom oraz, że w ramach rozdziału pomiędzy Odwołującego i MAW Telecom zakresu prac, Odwołujący ma odpowiadać za:

- 1) Nadzór techniczny;
- 2) Obsługę logistyczną;
- 3) Zarządzanie projektem;
- 4) Obsługę prawną.

W pozostałym zakresie, zwłaszcza dostawy sprzętu i oprogramowania, zamówienie zrealizować miał MAW Telecom.

W załączonym do wyjaśnień dokumencie (plik pn. 7. Kalkulacja kosztów Wykonawcy_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_Załącznik_Kalkulacja Integrated Solutions_WERSJA NIEJAWNA_bes.bes.), Odwołujący przedstawił kalkulację (Tabela nr 1), która obrazuje wszystkie elementy składowe ceny oferty Odwołującego, tj.:

- 1) koszty związane z wykonaniem zamówienia leżące po stronie podwykonawcy MAW Telecom z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne (w Tabeli nr 1 jako „Oferta MAW Telecom”);
- 2) wartość całej oferty Odwołującego z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne (w Tabeli nr 1 jako „Oferta IS dla zamawiającego”)
- 3) narzut Odwołującego (suma kosztów Odwołującego i marży Odwołującego) z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne (w Tabeli nr 1 jako „Narzut IS”);
- 4) koszty związane z wykonaniem zamówienia leżące po stronie Odwołującego z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne (w Tabeli nr 1 jako „Koszty IS”);
- 5) marżę Odwołującego z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne (w Tabeli nr 1 jako „Marża IS”).

Wyjaśnienia Odwołującego, tak opisowe jak i załączone do nich dowody, potwierdzają prawidłowość i kompletność kosztów ujętych w Tabeli nr 1.

Wyjaśniając koszty związane z wykonaniem zamówienia leżące po stronie Odwołującego („Koszty IS”), wskazano, że obliczono je w oparciu o wyliczenie stawki projektowej (1300 zł), a więc o wyliczenie kosztu jaki Odwołujący będzie musiał ponieść realizując zamówienie przez określoną liczbę osobodni (manday, MD). Sposób wyliczenia tych kosztów koresponduje z zakresem świadczenia, jakie wykonać ma Odwołujący realizując zamówienie. Dostawa sprzętu i oprogramowania, serwis i szkolenia powierzona ma zostać podwykonawcy MAW Telecom, zatem koszty te nie były ujmowane jako „Koszty IS” ale jako „Oferta MAW Telecom”.

W załączonym do wyjaśnień dokumencie (plik pn. 7. Kalkulacja kosztów Wykonawcy_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_Załącznik_Kalkulacja Integrated Solutions_WERSJA NIEJAWNA_bes.bes.), zawarto też Tabelę nr 2, w której Odwołujący przedstawił sposób wyliczenia „Kosztów IS” (a więc kosztów innych niż koszt związany

z powierzeniem MAW Telecom realizacji części zamówienia) z podziałem na:

- 1) obszary kompetencyjne związane z realizacją zamówienia wraz z przypisanymi do nich specjalizacjami osób jakie zostaną skierowane do realizacji zamówienia z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne;
- 2) ilość osobodni (manday, MD) przyjętych do realizacji zamówienia z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne
- 3) koszt osobodni (manday, MD) z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne;
- 4) dzienne stawki wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia z podziałem na zamówienie gwarantowane i opcjonalne wykazując, że stawki te mieszczą się w przyjętym koszcie osobodni.

Podsumowanie kosztów wyliczonych za pomocą tej Tabeli nr 2, tj. odpowiednio 335 400 zł dla zamówienia gwarantowanego (głównego) i 10 400 zł dla zamówienia opcjonalnego, odpowiada kosztom ujętym w ww. Tabeli nr 1, przypisanym jako „Koszt IS”. Wyjaśnienie sposobu obliczenia „Kosztu IS” ujęte zostało w opisowej części wyjaśnień (plik o nazwie „00. CZCSZ wyjaśnienia ceny_wersja jawna_bes.bes.”), które zostały podzielone na dwa rozdziały: Rozdział II. Zamówienie podstawowe (gwarantowane) i Rozdział III. Zamówienie opcjonalne. W każdym z tych rozdziałów wyjaśniono sposób obliczenia „Kosztów IS”.

Odwołujący, w opisowej części wyjaśnień (dotyczących zamówienia gwarantowanego), na stronie 3 wyjaśnił, jakie elementy kosztowe, uwzględnione zostały dla wyliczenia stawki projektowej (1 300 zł), a na stronie 4, jakie dane źródłowe posłużyły mu do wyliczenia tej stawki (Polityka wynagradzania, Taryfikator stanowisk). Wyliczenie poparte zostało dowodem w postaci oświadczenia zarządu Odwołującego potwierdzającym wysokość stawki projektowej (plik o nazwie „16. Oświadczenie o stawce projektowej obowiązującej u Wykonawcy_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”). Także na stronie 4 opisowej części wyjaśnień wskazano, że ustalenie liczby osobodni (manday, MD) przeprowadzone zostało na podstawie roli i zadania określonej osoby w projekcie, czasochłonności przypisanej do poszczególnych faz projektu.

Na stronie 5 opisowej części wyjaśnień (Rozdział III. Zamówienie opcjonalne), Odwołujący wyjaśnił, że koszty związane z wykonaniem zamówienia leżące po stronie Odwołującego w zakresie zamówienia opcjonalnego (jeśli chodzi o metodologię wyliczenia stawki projektowej w wysokości 1300 zł) są analogiczne jak dla zamówienia gwarantowanego (podstawowego) i dalej powtórzył więc wyjaśnienia w tym zakresie, ujęte już w Rozdziale II. Zamówienie podstawowe (gwarantowane). Także na stronie 5 opisowej części wyjaśnień (w Rozdziale II. Zamówienie opcjonalne), Odwołujący wyjaśnił dlaczego przyjął mniejsze liczby osobodni (manday, MD) dla zamówienia opcjonalnego niż dla zamówienia gwarantowanego (podstawowego), które ujął w ww. tabeli nr 2. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie zamówienia opcjonalnego (str. 64 SWZ) jednoznacznie wskazuje, że zakresem świadczeń wykonawców ma być zwiększenie ilości zamawianego sprzętu i oprogramowania, a więc świadczenia z obszaru powierzonego przez Odwołującego podwykonawcy MAW Telecom.

W świetle powyższego, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego (cyt.): *Kalkulacja przedstawiająca dodatkowe koszty Wykonawcy nie wyjaśnia dlaczego pewne jej elementy nie dotyczą zamówienia opcjonalnego, co w sposób znaczący wpływa na wysokość oferty w zakresie opcji. Jednocześnie w wyjaśnieniach Wykonawca stwierdza, iż „koszty własne Wykonawcy zostały skalkulowane w analogiczny jak dla zamówienia podstawowego” (sposób). Podobnie oświadczenie Wykonawcy dotyczące „stawki projektowej” nie zostało poparte żadnymi dowodami.*

Opisana wyżej część wyjaśnień Odwołującego:

- 1) pokazuje koszt związany z realizacją zamówienia leżący po stronie Odwołującego („Koszt IS”) i wyraźnie odróżnia go od kosztu związanego z realizacją zamówienia leżącego po stronie MAW Telecom („Oferta MAW Telecom”);
- 2) obrazuje sposób wyliczenia „Kosztu IS”;
- 3) uzasadnia metodologię wyliczeń „Kosztu IS” i przyjęte osobodni (manday, MD);
- 4) jest poparta stosownymi dowodami;
- 5) wyjaśnia które koszty i dlaczego, nie zostały ujęte w pozycjach kosztowych w zamówieniu opcjonalnym.

Z przytoczonych wyjaśnień wynika więc wyraźnie, że przedmiot jaki obejmuje prawo opcji, a więc zwiększenie ilości zamawianego sprzętu i oprogramowania (tj. obszar, który zgodnie z ofertą Odwołującego ma być realizowany przez podwykonawcę MAW Telecom) determinuje generowanie mniejszych kosztów leżących po stronie Odwołującego („Kosztów IS”) niż realizacja zamówienia gwarantowanego. Jest to wyraźny komunikat, że koszty w tym zakresie, akumulowane są w zakresie leżącym po stronie MAW Telecom („oferta MAW Telecom”), a tym samym, to w innej części wyjaśnień Zamawiający powinien poszukiwać odpowiedzi na pytanie o pozostałą wartość kosztów wykonania zamówienia w ramach prawa opcji.

Nie można zgodzić się też z twierdzeniem, że Koszt IS w zakresie stawki projektowej (1300 zł) nie został wykazany. Zamawiający nie określił w wezwaniu do wyjaśnień ceny oferty żadnych konkretnych wymagań, jeśli chodzi o sposób wykazania elementów kosztotwórczych (a jedynie przykładowo wymienił „wyliczenia”). Biorąc pod uwagę, że „Koszt IS” generowany jest przez pracę własną przedsiębiorstwa Odwołującego i jego zasoby osobowo-organizacyjno-techniczne, adekwatnym środkiem dowodowym dla wykazania prawidłowości ceny oferty w tym zakresie są kalkulacje własne, poparte stosownymi i wiarygodnymi wyjaśnieniami. Takiego rodzaju kalkulacje, uznawane są na gruncie ustawy

Pzp, za adekwatne i wystarczające środki dowodowe przy wykazywaniu tego rodzaju kosztów: (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2018 r. KIO 875/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2017 r. KIO 1733/17).

Jednocześnie, w treści informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości przyjęcia dla obliczenia „Kosztu IS” poszczególnych osobodni (manday, MD), w tym przede wszystkim nie wykazał, iż założenia te są niezgodne z OPZ. Trzeba podkreślić, że OPZ nie ustanawia żadnych wymagań co do konkretnych liczb osobodni koniecznych do przewidzenia w ramach realizacji zamówienia. Ustalenie odpowiedniej liczby takich osobodni (manday, MD) determinowane jest odmiennym podejściem do realizacji tej części zamówienia jaką prezentuje każdy wykonawca, zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem płynącymi z realizacji podobnych zamówień, skali i rozmiarów prowadzonego przedsiębiorstwa, dozwolonego ryzyka jakie przyjmuje kalkulując ofertę.

Podsumowując argumentację odnoszącą się do kalkulacji „Kosztów IS”, brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie są niepełne, niejasne czy nieudowodnione (jak w zakresie zamówienia gwarantowanego jak i opcjonalnego), a sposób jaki obrał Odwołujący do udowodnienia właściwej kalkulacji ceny, nie był nieprawidłowy ani sprzeczny z wyrażonymi w treści wezwania Zamawiającego wymaganiami (których – jak wspomniano – faktycznie nie było).

Podobnie, jak prawidłowość wyliczeń „Kosztów IS” w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego, w sposób kompleksowy opisano i udowodniono te koszty realizacji zamówienia, które zgodnie z jego ofertą, leżeć mają po stronie podwykonawcy MAW Telecom (w Tabeli nr 1 określone jako „Oferta MAW Telecom”).

Wszystkie elementy składowe kosztu opisanego jako „Oferta MAW Telecom” zostały opisane w wyjaśnieniach Odwołującego i poparte stosownymi dowodami. W części opisowej wyjaśnień Odwołującego „Oferta MAW Telecom” została omówiona w podziale na Rozdział II. Zamówienie podstawowe (gwarantowane) i Rozdziale III. Zamówienie opcjonalne. Wyjaśnienia w tym zakresie są spójne z dowodami załączonymi do wyjaśnień, a podchodzącymi od MAW Telecom lub podmiotów trzecich, którymi są:

- 1) oświadczenie MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 r., w którym wyjaśniono poszczególne elementy składowe kosztów przypisanych realizacji zamówienia przez MAW Telecom (plik o nazwie „9. Załącznik_Oświadczenie MAW TELECOM o sposobie kalkulacji ceny oferty dla Wykonawcy_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_WERSJA NIEJAWNA”);
- 2) oferty jakie MAW Telecom otrzymał do dostawcy sprzętu i oprogramowania tj. firmy LS Telcom, osobno dla zamówienia gwarantowanego i osobno dla zamówienia opcjonalnego (pliki o nazwach „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część gwarantowana_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część opcjonalna_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część opcjonalna_TŁUMACZENIE PL_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”, „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część gwarantowana TŁUMACZENIE PL_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”);
- 3) oferta jaką MAW Telecom otrzymał od dostawcy pojazdu, który ma zostać zabudowany w ramach dostawy mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego tj. firmy ZESZUTA (plik o nazwie „5. Wyciąg z oferty producenta Zeszuta dla MAW Telecom_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”);
- 4) kalkulacja własna MAW Telecom, ukazująca elementy składowe „Oferty MAW Telecom” (plik o nazwie „1. Oferta podwykonawcy MAW TELECOM - część podstawowa_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_BES.BES.”, który mimo swojej nazwy, zawiera kalkulacje dot. części gwarantowanej i części opcjonalnej).

W Oświadczeniu MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 r., odpowiednio w zawartych w nim pkt 1 i 2, MAW Telecom wyjaśnił kosztowe elementy składowe swojej ceny, powołując się na stosowne dowody załączone do wyjaśnień, tak w zakresie zamówienia opcjonalnego jak i zamówienia gwarantowanego. Treść tego oświadczenia została przytoczona w opisowej części wyjaśnień Odwołującego. Kwoty jakie zostały wskazane w tym Oświadczeniu MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 r., odpowiadają kwotom wskazanym w Tabeli nr 1 wyjaśnień Odwołującego. Odwołujący omówił w odwołaniu treść tego oświadczenia i fakty w nim wykazane.

[zamówienie gwarantowane MAW Telecom]

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 27 czerwca 2024 r., koszty MAW Telecom, w ramach zamówienia gwarantowanego wynoszą 11 170 019, 00 zł netto tj. 13 739 123,37 zł brutto, a na tę pozycję składają się:

- 1) koszty sprzętu oraz oprogramowania, w tym zapewnienia serwisu oraz szkoleń od LS Telcom (z powołaniem się na dowód zawarty w plikach pn. „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część gwarantowana_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” i „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część gwarantowana TŁUMACZENIE PL_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”);
- 2) koszty pojazdu, który ma zostać zabudowany w ramach zamówienia mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego tj. firmy ZESZUTA (z powołaniem się na dowód zawarty w pliku o nazwie „5. Wyciąg z oferty producenta Zeszuta dla MAW Telecom_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”);

3) koszt dostawy zamówienia gwarantowanego, w postaci narzutu obejmującego:

a) koszty ogólnozakładowe,

b) koszty obsługi zarządzania dostawą gwarantowaną,

koszty zatrudnienia personelu serwisowego – 2 osoby na pełny etat przez 60 (48+12) miesięcy ze stawką 100 zł/godz. netto,

c) koszty szkolenia personelu serwisowego – 2 osoby,

d) koszty zakupu dedykowanych przyrządów diagnostycznych i specjalistycznego oprogramowania na wyposażenie laboratorium diagnostycznego,

e) koszty zakupu części i podzespołów niezbędnych do zabezpieczenia działań serwisowych przez 60 miesięcy (48+12),

f) koszty opracowania dokumentacji użytkowej produktów finalnych,

g) koszty tłumaczenia dokumentów,

h) inne koszty związane z realizacją kontraktu,

i) marżę handlową,

- co łącznie daje ok. 30%.

Analizując w pierwszej kolejności ofertę LS Telcom (dowód zawarty w plikach pn. „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część gwarantowana_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” i „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część gwarantowana TŁUMACZENIE PL_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”), należy wskazać, że ujmuje ona kolejno wszystkie elementy sprzętu i oprogramowania wymagane do dostarczenia w ramach zamówienia gwarantowanego i wymienione w OPZ, a także związane z tym inne świadczenia tj:

1) wyposażenie mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego, która ma zostać zabudowana na pojeździe typu VAN (pkt 1.1 i pkt 1.2. tej oferty);

2) stacjonarne moduły monitorowania stanu środowiska – trzy (pkt 2 tej oferty);

3) przenośny moduł monitorowania stanu środowiska (pkt 3 tej oferty);

4) oprogramowanie LS Observer dla 3 stacji stacjonarnych, jednej stacji mobilnej, jednej stacji przenośnej, jednej stacji powietrznej, jednej jednostki MMU oraz inny sprzęt tj. przełączniki, zasilacze itp. (pkt 4 tej oferty);

5) elementy, w skład których wchodzi:

a) zarządzanie projektem, spotkanie integracyjne (2 dni w Polsce), spotkanie dotyczące projektu systemu (5 dni) oraz spotkanie dotyczące przeglądu projektu (2 dni), projekt systemu (pkt 5, poz. 1 tej oferty) – co składa się na dostarczenie sprzętu wraz z instalacją oprogramowania,

b) wsparcie dla integracji stacji mobilnej w Polsce (5 dni) oraz integracji z Rack (5 dni) (pkt 5, poz. 2 tej oferty) – co składa się na dostarczenie sprzętu wraz z instalacją oprogramowania,

c) wsparcie w przygotowaniu tymczasowych testów akceptacyjnych (1 sesja trwająca 5 dni) (pkt 5 poz. 3 tej oferty) – co składa się na dostarczenie sprzętu wraz z instalacją oprogramowania,

d) Szkolenie w Lichtenau w Niemczech (trwające 4 dni) (pkt 5 poz. 4 tej oferty) – co składa się na szkolenie personelu Zamawiającego,

e) Szkolenie w Radomiu (trwające 4 dni) (pkt 5 poz. 5 tej oferty) – co składa się na szkolenie personelu Zamawiającego,

f) Dokumentacja (pkt 5 poz. 6 tej oferty) – co składa się na dostarczenie sprzętu wraz z instalacją oprogramowania,

g) 4 letnia gwarancja, w tym dostarczanie części zamiennych (pkt 5 poz. 6 tej oferty) – co składa się na zapewnienie wsparcia technicznego

- przy cenie łącznej 1 568 804,00 euro netto;

6) Części zamienne - jeden zestaw części zamiennych, zawierających 7 modułów tak dla modułów stacjonarnych jak i przenośnych oraz dla stacji mobilnej, w wysokości za cenę 215 730,00 euro netto.

Łącznie więc cena jaka wynika z tej oferty LS Telcom to wartość 1 784 534 euro (1 568 804,00 euro + 215 730,00 euro), co przy kursie wymiany NBP z dnia poprzedzającego otwarcie oferty, daje kwotę: 7 698 301,22 zł netto.

Analizując ofertę Zeszuta (dowód zawarty w pliku o nazwie „5. Wyciąg z oferty producenta Zeszuta dla MAW Telecom_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”), opiewa ona na dostawę i zabudowę pojazdu w urządzeniu mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego, a kwota jaka wynika z tej oferty wynosi 735 000 zł netto.

Łącznie więc cena jaka wynika z oferty LS Telcom i oferty Zeszuta to kwota 8 433 301,22 zł netto (7 698 301,22 zł+735 000 zł). Dodając do tej kwoty narzut 30% tytułem kosztów dostawy zamówienia gwarantowanego, o którym mowa w oświadczeniu MAW Telecom z 27 czerwca 2024 r. (który wynosi 2 529 990,36 zł), daje to kwotę 10 963 291,58 zł netto, a więc kwotę mieszającą się w ujętej w Tabeli nr 1 pozycji „Oferta MAW Telecom” tj. w kwocie 11 170 019,00 zł netto, pozwalając założyć w tym elemencie ceny rezerwę budżetową wynoszącą 206 727,42 zł.

Jak wynika z powyższego, oferta MAW Telecom zawiera wszystkie, pokrywające się z OPZ, elementy zamówienia gwarantowanego, tj. sprzęt i oprogramowanie wraz z jego instancją, szkolenia, serwis (wraz z 4 letnią gwarancją producenta) oraz koszty dostawy zamówienia gwarantowanego, zawierające też marżę MAW Telecom. Łączna cena

wynikająca z tych wyliczeń (z zapasem) zawiera się w pozycji kosztowej „Oferta MAW Telecom”) ujętej w Tabeli nr 1 dla zamówienia gwarantowanego.

[zamówienie opcjonalne MAW Telecom]

Zgodnie z oświadczeniem z dnia 27 czerwca 2024 r., koszty MAW Telecom, w ramach zamówienia opcjonalnego wynoszą 3 002 351,00 zł netto tj. 3 692 891,73 zł brutto, a na tę pozycję składają się:

- 1) koszty sprzętu oraz oprogramowania (z powołaniem się na dowód zawarty w plikach pn. „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część opcjonalna_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” i „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część opcjonalna_TŁUMACZENIE PL_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”);
- 2) Koszt dostawy zamówienia opcjonalnego, w postaci narzutu obejmującego:
 - a) koszty ogólnozakładowe,
 - b) koszty obsługi zarządzania dostawą opcjonalną,
 - c) marżę handlową,- co łącznie daje ok. 11 %.

Analizując w pierwszej kolejności ofertę LS Telcom (dowód zawarty w plikach pn. „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część opcjonalna_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” i „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część opcjonalna_TŁUMACZENIE PL_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”), należy wskazać, że ujmuje ona kolejno wszystkie elementy sprzętu i oprogramowania wymagane do dostarczenia w ramach zamówienia opcjonalnego i wymienione w OPZ, tj.:

- 1) stacjonarne moduły monitorowania stanu środowiska (w dowodzie ujęte jako stacje końcowe) (pkt 1 tej oferty),
 - 2) przenośne moduły monitorowania stanu środowiska (pkt 2 tej oferty),
 - 3) oprogramowanie LS Observer dla 6 stacji stacjonarnych, jednej stacji mobilnej, trzech stacji przenośnych, jednej stacji powietrznej, jednej jednostki MVMU (pkt 3 tej oferty),
 - 4) inny sprzęt tj. przełączniki, zasilacze itp. (pkt 4 tej oferty),
 - 5) 4 letnia gwarancja (pkt 5 tej oferty)
- przy cenie łącznej 617 901 euro netto, co przy kursie wymiany NBP z dnia poprzedzającego otwarcie oferty wynosi 2 665 563,12 zł netto.

Dodając do ww. kwoty narzut 10% tytułem kosztów dostawy zamówienia opcjonalnego, o którym mowa w oświadczeniu MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 (który wynosi 2 66 556,31 zł netto), daje to kwotę 2 932 119,43 zł netto, a więc kwotę mieszającą się w ujętej w Tabeli nr 1 pozycji „Oferta MAW Telcom” tj. w kwocie 3 002 351,00 zł netto, pozwalając założyć w tym elemencie ceny rezerwę budżetową wynoszącą 70 231,57 zł netto. Jak wynika więc z powyższego, oferta MAW Telecom zawiera wszystkie, pokrywające się z OPZ elementy zamówienia opcjonalnego, tj. sprzęt i oprogramowanie wraz z jego instalacją i 4 letnią gwarancją producenta oraz koszty dostawy zamówienia opcjonalnego, zawierające też marżę MAW Telecom. Łączna cena wynikająca z tych wyliczeń (z zapasem) zawiera się w pozycji kosztowej „Oferta MAW Telecom” ujętej w Tabeli nr 1 dla zamówienia opcjonalnego. Różnica pomiędzy wartością zamówienia opcjonalnego, a gwarantowanego wynika więc przede wszystkim z:

- 1) korzystnej ceny sprzętu jaką pozyskał Odwołujący od MAW Telecom;
- 2) mniejszego zakresu świadczeń w ramach zamówienia opcjonalnego niż w ramach zakresu gwarantowanego.

[zgodność wyjaśnień MAW Telecom z OPZ, bezzasadność zastrzeżeń Zamawiającego]

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wyliczenie kosztu związanego z realizacją zamówienia w zakresie leżącym po stronie MAW Telecom („Oferta MAW Telecom” zgodnie z Tabelą nr 1) zostało przedstawione zarówno w części opisowej wyjaśnień, jak i w oświadczeniu MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 r., a także ofercie Zeszuta. Proces wyliczenia tej pozycji kosztowej, jest łatwy do prześledzenia i czytelny, zwłaszcza przy pełnej znajomości postanowień OPZ. Odwołujący przedstawił w tym zakresie dodatkowy dowód w postaci ofert jakie jego podwykonawca (MAW Telecom), otrzymał od swojego dostawcy (LS Telcom), zawierające wylistowane poszczególne elementy składowe dostarczanych urządzeń, a także innych świadczeń zapewnianych przez LS Telcom oraz zbiorczo ich koszty, potwierdzając realność zaoferowanej ceny. Dostrzec przy tym trzeba, że taki poziom szczegółowości kalkulacji ceny oferty w zakresie części zamówienia realizowanego przez podwykonawców jest ponadstandardowy. Zazwyczaj bowiem, tego rodzaju koszt, wykazywany jest dokumentem pochodzącym od samego podwykonawcy (takim jak oświadczenie MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 r.). W tym przypadku, Zamawiający mógł zapoznać się z ofertą dostawcy podwykonawcy Odwołującego.

Zastrzeżenia Zamawiającego są też o tyle nietrafne, że wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty, nie zawierało żadnych szczególnych wymagań co do sposobu opracowania wyjaśnień czy dowodów, a także rodzaju środków dowodowych jakimi posłużyć się miał Odwołujący.

Odwołujący posłużył się najbardziej wiarygodnymi dowodami, a więc ofertą swojego podwykonawcy MAW Telecom, jak i jego dostawcy LS Telcom, czy dostawcy Zeszuta, mimo, że jak wynika z wykładni prezentowanej w orzecznictwie Izby, nawet niezłożenie tego rodzaju dowodów, nie dyskwalifikuje prawidłowości wyjaśnień ceny oferty

(wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2023 r. KIO 3536/23).

Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający nie dokonał pełnej analizy wyjaśnień oraz pominął jednoznaczne i oczywiste postanowienia OPZ determinujące zakres świadczeń wykonawców odmienne dla zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego.

Po pierwsze, jak wykazano wyżej, bazując na złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach i dowodach, samo zsumowanie kwot zawartych w poszczególnych ofertach LS Telcom (tak dla zamówienia podstawowego czy opcjonalnego), ofercie Zeszuta i narzutów w wartościach procentowych odpowiednich dla zamówienia opcjonalnego i gwarantowanego wyrażonych wprost w części opisowej wyjaśnień Odwołującego (potwierdzonych oświadczeniem MAW Telcom z dnia 27 czerwca 2024 r.) pozwalało upewnić się, że wartości te sumarycznie mieszczą się w kwocie wskazanej w Tabeli nr 1 wyjaśnień w pozycji „Oferta MAW Telcom”.

Po drugie, konieczność ujęcia kosztów większego zakresu świadczeń w ramach kosztów związanych z realizacją zamówienia gwarantowanego niż zamówienia opcjonalnego, jest oczywistą konsekwencją wymagań ujętych w OPZ. Jak bowiem wprost wynika z OPZ, realizacja zamówienia w ramach prawa opcji polega na zwiększeniu ilości sprzętu zamawianego i dostarczanego w ramach zamówienia podstawowego. W wymaganiach OPZ dot. szkoleń zastrzeżono wyraźnie, że przeszkolonych zostanie max. 6 osób, a szkolenie musi zostać zakończone co najmniej 14 dni przed rozpoczęciem dostaw sprzętu. Rozpoczęcie dostaw sprzętu będzie mieć więc miejsce w ramach zamówienia gwarantowanego, a postanowienia dotyczące prawa opcji nie wymagają dodatkowych szkoleń. Wobec tego, wszystkie szkolenia odbyć się muszą w ramach zamówienia gwarantowanego i tym samym, koszt szkoleń nie może być ujmowany w ramach zamówienia opcjonalnego. Podkreślić też należy, że szkolenia realizowane w ramach zamówienia gwarantowanego dotyczą identycznego sprzętu jaki dostarczany będzie ewentualnie później w ramach zamówienia opcjonalnego.

Nie jest też prawdą, że Odwołujący nie wykazał kosztów szkolenia personelu użytkownika. Wskazano już wyżej, że szkolenia przewidziane zostały w ramach oferty LS Telcom dla zamówienia gwarantowanego, jaką otrzymał podwykonawca MAW Telecom. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego, to MAW Telecom odpowiadać będzie za dostawy i instalację sprzętu i oprogramowania, w skład których wchodzi też szkolenia. Szkolenia te – jak wynika z dokumentów pn. „3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_ część gwarantowana_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” i 3. Wyciąg z oferty LS Telcom dla MAW TELECOM_część gwarantowana TŁUMACZENIE PL_TAJEMNIC PRZEDSIĘBIORSTWA_bes.bes.”), realizowane będą przez LS Telcom i odbywać się będą w siedzibach producentów sprzętu w Kraju i zagranicą.

Jeśli chodzi o obowiązek zapewnienia serwisu, odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający pomija wynikającą z OPZ okoliczność, że możliwie najdłużej trwający okres obowiązywania gwarancji jaką zapewnić ma Odwołujący zgodnie ze swoją ofertą, dotyczyć będzie mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego (a więc elementu zamówienia podstawowego). Zakończenie tego okresu przypadać będzie później niż możliwie najdłużej trwający okres obowiązywania gwarancji w ramach zamówienia opcjonalnego. W związku z tym, koszty związane ze świadczeniem serwisu, ujęte musiały zostać przez Odwołującego w koszcie wykonania zamówienia gwarantowanego. Z tego względu:

1) w ramach pozyskanej przez MAW Telecom oferty od LS Telcom, znajduje się pozycja Części zamienne. Przewidziano tam więc zakup jednego zestawu kompletnych części zamiennych, zawierających 7 modułów tak dla modułów stacjonarnych jak i przenośnych oraz dla stacji mobilnej. Części te będą mogły być użyte do dokonywania napraw dostarczanych urządzeń przez cały okres wymaganej przez Zamawiającego gwarancji. Trzeba przy tym podkreślić, że taki sposób realizacji serwisu nie jest wymagany przez OPZ, a stanowi ponadstandardowe działanie MAW Telecom, wynikające z jego podwyższonej staranności;

2) z uwagi na to, że wspomnianych napraw dokonywać będą przedstawiciele MAW Telecom, w oświadczeniu MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 r. załączonym do wyjaśnień ceny oferty ujęto koszt zatrudnienia personelu na najdłuższy możliwy okres przez jaki obowiązywać będzie gwarancja (a więc okres dotyczący zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego) – tj. 2 osoby na pełny etat przez 60 (48+12) miesięcy ze stawką 100 zł/godz. netto.

Znając OPZ nie powinno więc dziwić, że koszty jakie po swojej stronie przewidział podmiot odpowiedzialny za zapewnienie serwisu dostarczanego sprzętu, a koszty zakupu jednego zestawu części zamiennych oraz koszty personelu serwisowego, ujęte zostały w ramach kosztu zamówienia gwarantowanego, a tym samym, że w wyjaśnieniach MAW Telecom dotyczących zamówienia w ramach zamówienia gwarancyjnego znalazła się pozycja koszty zatrudnienia personelu serwisowego – 2 osoby na pełny etat przez 60 (48+12) miesięcy ze stawką 100 zł/godz. netto (której nie powielano więc w kosztach wykonania zamówienia opcjonalnego).

Ponadto, zarówno oferta LS Telcom dotycząca urządzeń z zakresu podstawowego, jak i z zakresu opcjonalnego, zawiera pozycję 4-letnia Gwarancja. Jest do dodatkowe zobowiązanie LS Telcom, opłacone przez MAW Telecom, przedłużający standardowy, roczny, okres gwarancji na pełne 4 lata, dzięki któremu, w okresie wymaganym przez Zamawiającego, wszystkie wady sprzętu będą niezwłocznie usuwane, co z wraz z istniejącym serwisem MAW Telecom i

zapasem części zamiennych pozwoli na dochowanie terminów zastrzeżonych w OPZ. Oznacza to także, że zakupiony przez MAW Telecom w ramach zamówienia gwarantowanego zestaw części zamiennych, będzie uzupełniany przez producenta w wypadku ich użycia na potrzeby świadczenia serwisu, niezależnie czy serwis ten świadczony będzie w stosunku do sprzętu dostarczonego w ramach zamówienia opcjonalnego czy gwarantowanego. To świadczenie zostało ujęte w ofercie Odwołującego i wykazane w treści dowodów załączonych do wyjaśnień, a jego uwzględnienie w zaoferowanym koszcie wykonania zamówienia, możliwe było do potwierdzenia przez należyłą analizę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Nie sposób zgodzić się też z Zamawiającym, że wyjaśnienia Odwołującego nie uwzględniają kosztów zakupu przyrządów diagnostycznych, specjalistycznego oprogramowania i podzespołów czy kosztów opracowania dokumentacji czy innych kosztów. Wspomniano już wyżej, że oferty LS Telcom (tak ta dla zamówienia gwarantowanego jak i zamówienia opcjonalnego), zawiera pozycję dotyczącą oprogramowania LS Observer (z wyspecyfikowaniem i potwierdzeniem ilości sprzętu które może obsługiwać). Oferty te zawierają też pozycje „inny sprzęt”, w tym sprzęt tj. przełączniki, zasilacze itp., a oferta LS Telcom w zakresie zamówienia gwarantowanego, także stosowną pozycję „Dokumentacja”.

Dodatkowo, w oświadczeniu MAW Telecom z dnia 27 czerwca 2024 r. w 30% pozycji narzutu tytułem kosztu dostawy zamówienia gwarantowanego, uwzględniono koszty zakupu dedykowanych przyrządów diagnostycznych i specjalistycznego oprogramowania na wyposażenie laboratorium diagnostycznego oraz koszty zakupu części i podzespołów niezbędnych do zabezpieczenia działań serwisowych przez 60 miesięcy (48+12). OPZ nie zawiera wymagania zakupu i dostarczenia tych elementów, a tym bardziej nie zawiera szczegółowych ilości tych pozycji i tym samym MAW Telecom, jako profesjonalista, bazując na swoim doświadczeniu w realizacji podobnych projektów, mógł oszacować niezbędne wartości i ująć je w zbiorczej pozycji kosztowej (niebędącej zresztą kwotowo wartością bagatelną, a tym samym pozwalające na uwzględnienie szeregu różnych kosztów i marży). Te jednak elementy nie stanowią głównego przedmiotu świadczenia i trudno wymagać od Odwołującego, aby w szczególny sposób wykazywał takie, nawet najmniejszej pozycje kosztowe, zwłaszcza, że Zamawiający do złożenia wyjaśnień w tym dokładnie zakresie nie wzywał.

Bez wątpienia, złożone wyjaśnienia obrazują należyte przygotowanie przez Odwołującego jego oferty, której wszystkie koszty zostały przewidziane i będą mogły zostać pokryte z wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania zamówienia, pozwalając na osiągnięcie satysfakcjonującego zysku. Wszelkie podnoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia co do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień są nieuzasadnione. Z tego względu, czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za wadliwą.

Zarzut pkt 2.

Skutkiem nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, było też dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Allies Incorporated Sp. z o. o. Mając na uwadze, że oferta Odwołującego jest prawidłową i nie zasługuje na odrzucenie, Zamawiający dokonał wyboru oferty, która faktycznie nie jest ofertą najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania w zakresie wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego skutkować więc musi unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca, Allies Incorporated Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 22 sierpnia 2024 r.

Przystępujący wskazał, że jeżeli w ocenie Odwołującego wezwanie z 20 czerwca 2024 r. było na tyle nieprecyzyjne i ogólne, że uniemożliwiło mu rzetelne ustosunkowanie się do jego treści (z czym Przystępujący się oczywiście nie zgadza) to powinien skorzystać z przysługującego mu w terminie do 1 sierpnia 2024 r. środka ochrony prawnej jakim było odwołanie. Kwestionowanie treści wezwania na obecnym etapie wydaje się być nieuzasadnione.

Zgodnie z Rozdziałem III punkt 6 SWZ, Zamawiający przewidział udzielenie zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. Szczegółowe wymagania dotyczące sposobu udzielenia zamówienia w ramach prawa opcji zostały określone w Projektowanych postanowieniach umowy oraz Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącymi odpowiednio Załączniki Nr 7 i 6 do SWZ. Wykonawcy zobowiązani byli wycenić w ramach swojej oferty zarówno zamówienie gwarantowane (podstawowy zakres zamówienia) jak i prawo opcji (zamówienie opcjonalne). Przystępujący przedstawił zestawienie ofert złożonych w postępowaniu i zauważył, że istotna część oferty Odwołującego w zakresie zamówienia opcjonalnego z ceną w wysokości 4.146.771,57 zł, pozostaje o:

46,23% niższa od drugiej najniższej oferty złożonej przez Przystępującego,

57,60% niższa od oferty złożonej przez IBKOL Sp. z o.o.,

64,50% niższa od oferty złożonej przez KENBIT Sp. z o.o.,

50,22% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w omawianym zakresie.

Jednocześnie, wycena zamówienia opcjonalnego w porównaniu do pozostałej części zamówienia w przypadku oferty Odwołującego to zaledwie 26,98%. W przypadku pozostałych ofert zamówienie opcjonalne stanowi odpowiednio: 55,32% w przypadku oferty Przystępującego, 65,54% w przypadku oferty IBKOL Sp. z o.o., 74,74% w przypadku oferty KENBIT

Sp. z o.o.

Odnosząc wartość zamówienia opcjonalnego do całej oferty okazuje się, że w przypadku oferty Odwołującego ta część stanowiła zaledwie 21,24% wartości całej oferty, oraz odpowiednio: 35,61% w przypadku oferty Przystępującego, 39,59% w przypadku oferty IBKOL Sp. z o.o., 42,77% w przypadku oferty KENBIT Sp. z o.o.

Przedstawione powyżej dane wyraźnie pokazują, że wycena zamówienia opcjonalnego w przypadku oferty Odwołującego rażąco odbiegała od analogicznych wycen pozostałych wykonawców. Nie budzi zatem wątpliwości, że Zamawiający miał prawo powziąć uzasadnione wątpliwości co do tego, czy oferta Odwołującego w szczególności w zakresie zamówienia opcjonalnego nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i czy rzeczywiście daje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający słusznie zastosował wobec Odwołującego procedurę wezwania do wyjaśnień, o której mowa w art. 224 ust. 1 pkt Pzp.

Jak wynika z treści tego wezwania z 20 czerwca 2024 r., głównym powodem wezwania było uzyskanie przekonujących wyjaśnień odnośnie możliwości tak istotnego obniżenia ceny Odwołującego za zamówienie opcjonalne w stosunku do wycen omawianego zakresu zamówienia dokonanych przez pozostałych wykonawców. O powyższym świadczy przywołany przez Zamawiającego w początkowej treści wezwania obszerny fragment z treści odwołania złożonego przez Przystępującego.

Zamawiający w treści wezwania wprost wskazał, że jego intencją jest pozyskanie szczegółowego sposobu kalkulacji oraz dowodów, które w sposób czytelny i niepodlegający wątpliwościom doprowadzą Zamawiającego do przekonania, że cena oferty Odwołującego nie jest zaniżona.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił w dniu 26 czerwca 2024 r. wyjaśnienia. Wyjaśnienia Odwołującego opierają się na ofercie jego podwykonawcy - MAW Telecom International S.A. z siedzibą w Warszawie, a w dalszej kolejności na ofertach uzyskanych przez MAW od jego dalszych podwykonawców – tj. LS Telcom AG z siedzibą w Lichtenau oraz „Zeszuta” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

O ile MAW i LS Telecom były wskazane przez Odwołującego w treści oferty złożonej w postępowaniu, to Zeszuta po raz pierwszy został wskazany dopiero w wyjaśnieniach, co może budzić pewne wątpliwości co do wiarygodności tej kwestii, zwłaszcza skoro oferta od tego podmiotu była w posiadaniu MAW już począwszy od 8 maja 2024 r.

Co jednak ważniejsze, z treści wyjaśnień Odwołującego jednoznacznie wynika, że 89,38% wysokości wynagrodzenia brutto Odwołującego to koszt wynikający z oferty otrzymanej od MAW. Wszelkie dalsze wyjaśnienia w zakresie kwoty należnej MAW opierają się zatem na informacjach otrzymanych od podwykonawcy, które sprowadzają się do wymienienia niezbędnych kosztów (bez jakichkolwiek bliższych wyjaśnień co do konkretnych liczb czy sposobu ich ustalenia) oraz wskazania, że marża handlowa MAW to rzekomo ok. 30% (dla zamówienia gwarantowanego).

Odnosnie kosztów związanych z mobilną stacją monitorowania - MAW odsyła do oferty swojego dalszego podwykonawcy – Zeszuta.

Odnosnie kosztów wyposażenia elektronicznego i oprogramowania, a także szkoleń – MAW odsyła do oferty LS Telcom.

Wyjaśnienia dotyczące zamówienia podstawowego- wieńczy gołostwne stwierdzenie przywołujące wysokość wynagrodzenia Odwołującego za tę część realizacji zamówienia, a w dalszej kolejności kolejne zapewnienie, że przecież ta cena pokryje wszystkie koszty i zapewni Odwołującemu zysk.

W pozostałym zakresie, tj. kosztów własnych Odwołującego (czyli dotyczących zgodnie z tym co powyżej niewiele powyżej 10% wysokości ceny ofertowej) wyjaśnienia sprowadzają się do wskazania kilku informacji, tj.: grup kosztów zamówienia podstawowego (bez jakichkolwiek dalszych szczegółów), definicji i wskazanie wysokości stawki projektowej rzekomo znajdującej zastosowanie do kalkulacji kosztów, elementów będących składowymi przedstawionej kalkulacji.

W dalszej części wyjaśnień Odwołującego znalazł się opis wyliczenia ceny zamówienia opcjonalnego, w którym zostało zawarte jedno zdanie co do kosztów własnych Odwołującego tj. *Koszty własne Wykonawcy zostały skalkulowane w analogiczny jak dla zamówienia podstawowego* (str. 5 Wyjaśnień Odwołującego), a następnie „przekopiowany” został cały fragment z wcześniejszej części wyjaśnień.

Z treści wyjaśnień dotyczących zamówienia opcjonalnego wynika też, że podobnie jak przy zamówieniu podstawowym, koszty w tym zakresie zostały ustalone w oparciu o ofertę otrzymaną od MAW. W tym przypadku oferta ta stanowi 89,05% wysokości ceny ofertowej Odwołującego za tę część realizacji zamówienia.

Wszelkie dalsze wyjaśnienia w zakresie kwoty należnej MAW za zamówienie opcjonalne opierają się zatem na informacjach otrzymanych od podwykonawcy, które sprowadzają się do wymienienia niezbędnych kosztów (bez jakichkolwiek bliższych wyjaśnień co do konkretnych liczb czy sposobu ich ustalenia) oraz wskazania na koniec, że marża handlowa MAW za tę część zamówienia to rzekomo ok. 11%.

Odnosnie kosztów związanych z modułami i oprogramowaniem - MAW odsyła do oferty swojego dalszego podwykonawcy – LS Telcom.

Wyjaśnienia dotyczące zamówienia podstawowe wieńczy gołostwne stwierdzenie, że żadne koszty realizacji

prawa opcji nie zostały uwzględnione w podstawowym zakresie zamówienia.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że dokonana przez Zamawiającego ocena oparta jest na rzetelnie przeanalizowanych wyjaśnieniach i stanowi logiczny ciąg myślowy i nie zawiera jakichkolwiek błędów.

Wyjaśnienia Odwołującego w żaden sposób nie wskazują powodów, dla których Odwołujący był w stanie obniżyć swoją cenę za realizację zamówienia opcjonalnego w stosunku do pozostałych wykonawców oraz dzięki czemu powyższe nastąpiło.

Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja dotycząca jego kosztów własnych (stanowiąca załącznik nr 7 do wyjaśnień) jest nieczytelna i nieweryfikowalna (także ze względu na brak innych dowodów). Nie sposób na jej podstawie ustalić założeń przyjętych do wyceny. Aby kalkulacja była jakkolwiek weryfikowalna niezbędne było przedstawienie Zamawiającemu danych umożliwiających zbadanie elementów cenotwórczych, które znalazły się u podstaw kalkulacji Odwołującego. Oprócz tego, że w kalkulacji pojawiają się pewne kwoty i wartości procentowe, ale nie można z nich odczytać powodów dla tak niskiej wyceny w szczególności wartości zamówienia opcjonalnego.

W wyjaśnieniach nie znalazły się jakiegokolwiek konkretne informacje co do sposobu kalkulacji kosztowej dla zamówienia (zarówno podstawowego jak i opcjonalnego) poza tą, że wszystko oparte jest na ofercie podwykonawcy MAW. Wskazane są jedynie w tym kontekście wysokości narzutów i marż poszczególnych podmiotów w łańcuchu podwykonawców Odwołującego. Kalkulacja Odwołującego nawet pomimo wskazania pewnych kwot w formie tabeli Excel, w żaden sposób nie wyjaśnia dlaczego pewne elementy nie zostały uwzględnione w ramach zamówienia opcjonalnego i wszystko zostało ograniczone do jednego zdania – jak w zamówieniu podstawowym.

Ani w kalkulacji, ani w innych częściach wyjaśnień nie sposób odnaleźć precyzyjnych kosztów zakupu przyrządów diagnostycznych, specjalistycznego oprogramowania i podzespołów czy kosztów opracowania dokumentacji czy innych kosztów. Niewątpliwie, wskazany powyżej i ujęty w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przykładowy katalog elementów niezbędnych do realizacji zamówienia rodził po stronie wykonawcy szereg kosztów o różnym charakterze: System monitorowania będący przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest postępowanie, pozostaje zaawansowanym technologicznie rozwiązaniem, które wymaga zakupu przyrządów diagnostycznych, które muszą być bardzo precyzyjne, co jednak podnosi istotnie koszt całego zamówienia.

Nabywany przez Zamawiającego system monitorowania wymaga też opracowania specjalistycznego oprogramowania, które będzie w stanie skutecznie zarządzać danymi w lokalnym kontekście a to wymaga znacznych nakładów na badanie, rozwój oraz testowanie.

Z punktu widzenia Zamawiającego istotnym jest, aby przedmiot zamówienia był nie tylko dokładny, ale też trwały i niezawodny. Z uwagi na powyższe niezbędne było ujęcie wysokiej jakości podzespołów, aby system mógł działać bezawaryjnie przez długi czas, szczególnie w trudnych warunkach

Z punktu widzenia bezpieczeństwa użytkownika dokumentacja systemu monitorowania musi zawierać szczegółowe informacje na temat instalacji, konserwacji a także procedur operacyjnych i bezpieczeństwa. Opracowanie takiej dokumentacji wymaga dużego nakładu pracy wysokiej klasy specjalistów i również stanowi istotny czynnik kosztotwórczy.

Spośród pozostałych, innych kosztów, które powinny być również wymienione w wyjaśnieniach są niewątpliwie ewentualne ryzyka związane z realizacją umowy dla Zamawiającego. Na podstawie treści wyjaśnień można wręcz stwierdzić, że Odwołujący nie założył jakiegokolwiek marginesu na ewentualne ryzyka. To również stawia pod dużym znakiem zapytania wiarygodność przedstawionych wyjaśnień. Tymczasem, nie powinno budzić wątpliwości, że uwzględnienie ryzyk w cenie ofertowej pozwala wykonawcy na zbudowanie bezpiecznej rezerwy finansowej, która pokryje te potencjalne koszty, minimalizując ryzyko strat finansowych. Bagatelizowanie problemu ryzyk przy realizacji umowy o zamówienie publiczne może łatwo doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca może i zrealizuje umowę, ale dokona tego kosztem jej rentowności.

Nigdzie nie zostały precyzyjnie wyodrębnione (jako tzw. inne koszty) koszty związane z transportem sprzętu czy precyzyjne koszty podróży personelu szkolącego czy koszty podróży użytkownika końcowego na szkolenia. Siedziba producenta urządzeń oferowanych przez Odwołującego (tj. LS Telcom) znajduje się w Lichtenau (Niemcy). Odległość pomiędzy siedzibą LS Telcom a siedzibą Zamawiającego wynosi ponad 1200 kilometrów, nie sposób zatem ewentualnych kosztów związanych z zapewnieniem specjalistycznego transportu na takiej odległości pominąć milczeniem w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny.

Pominięcie w szczególności wskazanych powyżej elementów w wyjaśnieniach Odwołującego musiało doprowadzić Zamawiającego do uznania ich za „niepełne” i nieprzekonujące.

Jedyną konkretną informacją zawartą w wyjaśnieniach, która mogłaby jakkolwiek przekonać Zamawiającego co do realności zaoferowanej przez Odwołującego ceny była oferta (lub oferty) podwykonawców i dalszych podwykonawców. Tym samym, gdyby Zamawiający przyjął wyjaśnienia Odwołującego za prawidłowe, do wyjaśnienia wysokości ceny ofertowej wykonawcy zamówienia publicznego doszłoby na podstawie ceny ofertowej podwykonawcy. Byłby to klasyczny przykład błędu logicznego polegającego na rzekomym wyjaśnianiu niezrozumiałego przez niezrozumiałe.

Krajowa Izba Odwoławcza już wielokrotnie stwierdzała w swoich rozstrzygnięciach¹, że samo złożenie ofert podwykonawczych nie może być uznane za wystarczający dowód na to, że wykonawca wyjaśnił swoją cenę. Podkreślenia wymaga bowiem, że powierzenie wykonania przedmiotu umowy podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy od złożenia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny przez podwykonawców (w tym przypadku: od MAW, LS Telcom, Zeszuta). Przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby w istocie fikcją, jeżeli chodzi o wyjaśnianie ceny, wobec której istnieją wątpliwości, czy nie jest rażąco niska. Stawiałoby to też w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy zamierzają korzystać z podwykonawców, wobec tych, którzy przedmiot zamówienia zamierzają wykonać osobiście.

W przypadku Odwołującego także niewielka część ceny przypadająca na wykonawcę (koszty własne Odwołującego) nie została wyjaśniona.

Wyjaśnienia, aby mogły jakkolwiek przekonać Zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny powinny być na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności³. Ze względów opisanych powyżej Wyjaśnienia Odwołującego takiego waloru nie posiadały.

W rzeczywistości kluczowe oferty LS Telcom (stanowiące z kolei część składową ofert MAW) zostały „utajnione” w ten sposób, że jedyną przekazaną Zamawiającemu informacją była ogólna kwota tj. 1.568.804 EUR dla zamówienia gwarantowanego oraz 617.901 EUR. Nie można na tej podstawie w żaden sposób odczytać ani ilości poszczególnych elementów (zamawianych modułów), ani ich cen a w konsekwencji precyzyjnie ustalić jakie koszty zostały ujęte w ramach zamówienia podstawowego a jakie w ramach zamówienia opcjonalnego.

W świetle powyższego, wyjaśnienia Odwołującego nie stanowiły wartości dodanej w stosunku do informacji, które Zamawiający posiadał już na podstawie oferty. To, że Odwołujący formalnie przedstawił jakiegokolwiek wyjaśnienia, nie mogło w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym doprowadzić Zamawiającego do przekonania, że wyjaśnienia te mają charakter merytoryczny. Lakoniczne deklaracje o prawidłowości kalkulacji uniemożliwiły Zamawiającemu pozytywną weryfikację wyjaśnień Odwołującego. Wyjaśnienia te nie potwierdziły, że realizacja zamówienia nie przebiegnie poniżej kosztów jego wykonania, w szczególności w zakresie zamówienia opcjonalnego.

Odwołujący wskazał, że o prawidłowości czynności Zamawiającego świadczy również fakt, że nie wezwał on wykonawcy do dalszych wyjaśnień. Zastosowanie tego mechanizmu jest bowiem możliwe na gruncie przepisów Pzp wyłącznie wyjątkowo. Zamawiający mógłby teoretycznie wezwać Odwołującego do przedstawienia dalszych wyjaśnień tylko jeżeli pierwotne wyjaśnienia byłyby spójne, konkretne i poparte dowodami a tylko w niektórych kwestiach wymagałyby doprecyzowania. W tym sensie, Zamawiający nie mógł ponownie wezwać Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień z uwagi na to, że pierwotne wyjaśnienia były nieczytelne, ogólne i lakoniczne, a w szczególności nie tłumaczyły z czego wynika istotnie obniżona cena za zamówienie opcjonalne. W konsekwencji czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp była prawidłowa.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca, Allies Incorporated Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:
Odwołanie zastępuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Allies Incorporated Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wykazał spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości, wstępując tym samym w prawa strony postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i wykonanie Systemu Monitorowania Stanu Środowiska Elektromagnetycznego składającego się ze stacji mobilnej, modułów stacjonarnego i przenośnego oraz oprogramowania.

Zgodnie z Rozdziałem III punkt 6 SWZ Zamawiający przewidział udzielenie zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ust. 1 ustawy PZP. Szczegółowe wymagania dotyczące sposobu udzielenia zamówienia w ramach prawa opcji zostały określone w Projektowanych Postanowieniach Umowy oraz Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącymi odpowiednio Załączniki Nr 7 i 6 do SWZ.

Przedmiotem zamówienia gwarantowanego jest:

1) dostawa jednej mobilnej stacji monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz instalacją

- oprogramowania, o którym mowa w pkt 4, szkoleniem personelu Użytkownika (rozumianego jako podmiot użytkujący Sprzęt lub oprogramowanie, czyli Wojskowe Biuro Zarządzania Częstotliwościami) i wsparciem technicznym;
- 2) dostawa trzech stacjonarnych modułów monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz z instalacją oprogramowania, o którym mowa w pkt 4, szkoleniem personelu Użytkownika i wsparciem technicznym;
 - 3) dostawa jednego przenośnego modułu monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz z instalacją oprogramowania, o którym mowa w pkt 4, szkoleniem personelu Użytkownika i wsparciem technicznym;
 - 4) dostawa oprogramowania wraz z licencją, wdrożeniem, szkoleniem personelu Użytkownika i wsparciem technicznym.

Przedmiotem zamówienia opcjonalnego jest:

- 1) dostawa max. 3 stacjonarnych modułów monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego;
- 2) dostawa max. 2 przenośnych modułów monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego;
- 3) rozszerzenie licencji oprogramowania o możliwość sterowania dodatkowymi modułami wchodzącymi w zakres zamówienia opcjonalnego.

Wykonawcy zobowiązani byli wycenić w ramach swojej oferty zarówno zamówienie gwarantowane (podstawowy zakres zamówienia) jak i prawo opcji (zamówienie opcjonalne).

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców.

W dniu 20 czerwca 2024 r., Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Odwołujący, w odpowiedzi na to wezwanie, złożył swoje wyjaśnienia w dniu 26 czerwca 2024 r. Załączone do wyjaśnień dowody zostały częściowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W danym stanie faktycznym sprawy, ustalonym w oparciu o wyjaśnienia stron, dokumentację postępowania i złożone w sprawie dowody, Izba stwierdziła, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył przepisy art. 224 ust. 1 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy uznaniu, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Kwestia zasadności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty i podejrzenia rażąco niskiej ceny nie były przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Odwołujący nie kwestionował faktu wezwania ani treści wezwania, a jedynie podnosił zarzut w zakresie nieprawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień, w szczególności w kontekście treści wezwania.

Izba podkreśla, że w świetle art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, zamawiający może skierować do wykonawcy wezwanie o charakterze ogólnym lub szczegółowo określić zakres oczekiwanych wyjaśnień. Ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę dokonywana przez zamawiającego musi jednak uwzględniać charakter skierowanego do wykonawcy wezwania. W przypadku, gdy wezwanie jest ogólne, oparte na brzmieniu przepisów ustawy Pzp, a złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości zamawiającego, to zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dodatkowych, doprecyzowujących kwestie, w których zamawiający powziął wątpliwości na podstawie złożonych pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający nie może bowiem odrzucić oferty z tego powodu, że wyjaśnienia są dla zamawiającego niezrozumiałe lub nieczytelne lub budzą wątpliwości.

W niniejszej sprawie ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego została oparta w znacznej mierze na kwestiach, które nie były zrozumiałe dla Zamawiającego, a których Zamawiający nie próbował wyjaśnić w toku badania i oceny wyjaśnień Odwołującego, co potwierdza treść uzasadnienia o odrzuceniu oferty. Gdyby Zamawiający w dodatkowym wezwaniu do wyjaśnień opisał swoje wątpliwości, które wskazał *de facto* w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, to uzyskałby bardziej szczegółowe informacje, które wykonawca przedstawił *de facto* w uzasadnieniu odwołania, a które ostatecznie pozwoliły Zamawiającemu na dokonanie pełnej oceny wyjaśnień dopiero na etapie postępowania odwoławczego, co miało swój wyraz w uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości.

Zamawiający, w treści wezwania Odwołującego z dnia 20 czerwca 2024 r do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, nie skonkretyzował wymagań co do zakresu ani sposobu czy konstrukcji oczekiwanych wyjaśnień. Zamawiający nie może tym samym wyciągać negatywnych konsekwencji z tego, że wykonawca w określony sposób, inny, niż oczekiwany przez Zamawiającego, aczkolwiek nie zakomunikowany wykonawcy, sformułował swoje wyjaśnienia. Zamawiający nie mógł odrzucić oferty z tego powodu, że wyjaśnienia wykonawcy są zawile lub niezrozumiałe, bez wezwania do wyjaśnienia danych wątpliwości.

Izba stwierdziła wobec powyższego, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, pismem z dnia 26 czerwca 2024 r., uznając, że wyjaśnienia te są niepełne i z tego względu nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, co skutkowało niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego.

Odwołujący, zarówno w wyjaśnieniach z dnia 26 czerwca 2024 r., jak i na rozprawie szczegółowo przedstawił okoliczności, w jaki sposób zamierza zrealizować zamówienie, w szczególności, że będzie je realizował przy istotnym udziale podwykonawcy, którego wskazał w ofercie, tj. MAW Telecom, co determinuje sposób przedstawienia kalkulacji kosztów oferty oraz wyjaśnień. W ramach wyjaśnień Odwołujący przedstawił podział zakresu prac przy realizacji zamówienia pomiędzy Odwołującego i podwykonawcę MAW Telecom oraz odpowiednio przedstawił wycenę tych zakresów. Przedstawił stosowne kalkulacje, uzasadnienie merytoryczne oraz załączył dowody na potwierdzenie

skalkulowanych kosztów oferty zarówno w zakresie zamówienia podstawowego jak i opcjonalnego.

W niniejszej sprawie, uwzględniając fakt, że Odwołujący zamierza wykonać zamówienie z udziałem podwykonawcy, o czym poinformował Zamawiającego w treści oferty, Odwołujący posłużył się najbardziej wiarygodnymi dowodami, uzasadniając zaoferowaną cenę, a więc ofertą swojego podwykonawcy MAW Telecom International S.A. z siedzibą w Warszawie, jak i ofertami jego dostawców, tj. LS Telcom AG z siedzibą w Lichtenau oraz „Zeszuta” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są rzeczowe, spójne i wiarygodne, zostały poparte stosownymi dowodami, natomiast jakiegokolwiek ewentualne wątpliwości powstałe po stronie Zamawiającego Zamawiający mógł wyjaśnić dopytując wykonawcę i wzywając do przedstawienia dalszych szczegółowych wyjaśnień dotyczących budzących wątpliwości elementów. Dodatkowe wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego stanowią uszczegółowienie złożonych Zamawiającemu wyjaśnień lecz, co należy podkreślić nie są to wyjaśnienia obejmujące jakiegokolwiek nowe okoliczności, ale stanowią rozwinięcie i wyjaśnienie informacji przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 26 czerwca 2024 r.

Co istotne w niniejszej sprawie, Przystępujący nie wykazał zasadności oceny, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie uzasadniają ceny oferty Odwołującego. Przystępujący nie podjął jakiegokolwiek próby wykazania, że określone koszty niezbędne do realizacji zamówienia zostały pominięte przez Odwołującego w wycenie oferty lub też, że zostały skalkulowane poniżej realnego poziomu rynkowego i możliwości Odwołującego. Przystępujący skoncentrował swoją argumentację na kwestionowaniu sposobu przedstawienia wyjaśnień i kalkulacji, braku wykazania określonych kosztów, które zdaniem Przystępującego powinny być wyszczególnione w kalkulacji, podczas gdy ustawa Pzp ani orzecznictwo nie precyzuje wzoru wyjaśnień, pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcy. Każdy wykonawca ma prawo do przedstawienia wyjaśnień i kalkulacji ceny oferty na swój sposób, o ile oczywiście zamawiający nie zwróci się w wezwaniu do wyjaśnienia konkretnych szczegółowych kwestii i elementów.

Odmienne zatem oczekiwania Przystępującego co do sposobu przedstawienia wyjaśnień przez Odwołującego nie są wystarczającym uzasadnieniem do podważenia rzetelności złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, zwłaszcza w przypadku, gdy żadne konkretne kwoty kosztów ujęte w kalkulacji nie zostały zakwestionowane przez Przystępującego, co do ich wysokości, a jednocześnie Przystępujący nie przedstawił żadnych własnych wyliczeń ani dowodów na okoliczność, że koszty przedstawione przez Odwołującego nie są realne.

Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, co jednak nie zwalnia zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach, w których następnie Zamawiający będzie dokonywał oceny oferty wykonawcy. Powyższy ciężar dowodu nie zwalnia także Przystępującego z konieczności wykazania dowodami twierdzeń, które podnosi w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach koszty, które poniesie na realizację zamówienia zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i prawa opcji. Również wszystkie elementy składowe kosztu opisanego jako „Oferta MAW Telecom” zostały przedstawione w wyjaśnieniach Odwołującego i poparte stosownymi dowodami. Oferta MAW Telecom zawiera wszystkie, pokrywające się z OPZ elementy zamówienia gwarantowanego, tj. sprzęt i oprogramowanie wraz z jego instancją, szkolenia, serwis (wraz z 4 letnią gwarancją producenta) oraz koszty dostawy zamówienia gwarantowanego, zawierające też marżę MAW Telecom. Łączna cena wynikająca z tych wyliczeń (z zapasem) zawiera się w pozycji kosztowej „Oferta MAW Telecom”) ujętej w Tabeli nr 1 dla zamówienia gwarantowanego. Oferta MAW Telecom zawiera też wszystkie, pokrywające się z OPZ elementy zamówienia opcjonalnego, tj. sprzęt i oprogramowanie wraz z jego instalacją i 4 letnią gwarancją producenta oraz koszty dostawy zamówienia opcjonalnego, zawierające też marżę MAW Telecom. Łączna cena wynikająca z tych wyliczeń zawiera się w pozycji kosztowej „Oferta MAW Telecom” ujętej w Tabeli nr 1 dla zamówienia opcjonalnego. Dowody przeciwnie nie zostały w tej sprawie przedstawione.

W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia uzasadniają należytą wycenę przez Odwołującego jego oferty, której wszystkie koszty zostały skalkulowane i będą mogły zostać pokryte z wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania zamówienia, pozwalając na osiągnięcie zysku.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, Izba podkreśla, że arytmetyczne porównanie ofert może stanowić jedynie podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, ale nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Podobnie fakt, że wyjaśnienia Odwołującego opierają się na ofercie jego podwykonawcy - MAW Telecom International S.A. z siedzibą w Warszawie, a w dalszej kolejności na ofertach uzyskanych przez MAW Telecom od jego dalszych podwykonawców – tj. LS Telcom AG z siedzibą w Lichtenau oraz „Zeszuta” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, należy uznać za działanie prawidłowe wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, stosownie do przyjętego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący posłużył się w wyjaśnieniach dowodami, których wiarygodność nie została w żaden sposób podważona przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za

wadliwą, która powinna podlegać unieważnieniu. Skutkiem nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, było dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Allies Incorporated Sp. z o.o. Zważywszy zatem, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, Zamawiający ma obowiązek unieważnić wybór oferty Przystępującego - Allies Incorporated Sp. z o.o. oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: