

WYROK

Warszawa, dnia 27 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Medway Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Hi-Story Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Historii Żydów Polskich Polin w Warszawie**

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2687/24:

A) Artigio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz

B) Group AV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Artigio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) jako oferty, której treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5

i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert wraz

z wyborem oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Artigio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz

art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.),

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia: Medway Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Poznaniu oraz Hi-Story Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz przystępującego wnoszącego sprzeciw Artigio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego wnoszącego sprzeciw: Group AV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

3.2. zasądza od przystępującego wnoszącego sprzeciw Artigio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie na rzecz odwołującego kwotę

9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu

1/2 wartości wpisu od odwołania oraz 1/2 wartości wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika odwołującego,

3.3. zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego wnoszącego sprzeciw Group AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2687/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Wdrożenie Nowego Systemu Centralnego obsługującego instalację wystawy stałej Muzeum Historii Żydów

Polskich POLIN"

nr referencyjny: DPr.271.12.2024 zwane dalej Postępowaniem. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.). Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2024 r., pod numerem 175809-2024.

W dniu 29 lipca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Medway Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Hi-Story Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie zwanych dalej „Odwołującym”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. ocenie ofert złożonych w toku Zamówienia i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Artigio sp. z o.o. (dalej: „Artigio”),
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Artigio jako sprzecznej w swej treści z warunkami zamówienia,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Artigio jako niezgodnej z ustawą,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Artigio jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Group AV sp. z o.o. (dalej: „Group AV”) jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Artigio jako sprzecznej w swej treści z warunkami zamówienia,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Artigio jako niezgodnej z ustawą,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Artigio jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Group AV jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołując wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania ofert wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, oraz:
2. odrzucenia oferty Artigio jako sprzecznej w swej treści z warunkami zamówienia;
3. odrzucenia oferty Artigio jako niezgodnej z ustawą,
4. odrzucenia oferty Artigio jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. odrzucenia oferty Group AV jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący złożył trzecią w kolejności najkorzystniejszą ofertę. W przypadku uwzględnienia odwołania konieczne będzie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert uplasowanych na pozycjach nr 1 i 2 w rankingu ofert. Wówczas to oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą, co umożliwi jej wybór. W konsekwencji powyższe umożliwi wykonawcy osiągnięcie przychodu i zakładanego zysku. Zatem kwestionowane czynności Zamawiającego skutkują dla Odwołującego szkodą w postaci niezyskania korzyści w postaci zakładanego

z realizacji zadania zysku.

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Artigio.

Według Odwołującego oferta Artigio powinna zostać odrzucona ze względu:

- na sprzeczność treści oferty z warunkami zamówienia, albowiem w wyjaśnieniach ceny Artigio (które są treścią oferty sensu largo) przewidziano sposób realizacji zamówienia (w zakresie przełączników sieciowych) niezgodny z jego warunkami,
- oferta Artigio powinna zostać odrzucona ze względu na jej sprzeczność z ustawą, wskutek tego, że wykonawca ten wbrew wymogowi z art. 118 ust. 2 Pzp, zamierza wykonać zamówienie bez udziału podmiotu udostępniającego mu zasób (New Amsterdam) lub ew. z jego pozornym udziałem,
- oferta Artigio powinna zostać odrzucona ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę, a Wyjaśnienia nie

potwierdzają możliwości wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie.

Powyższe uzasadnione jest następującymi okolicznościami:

- a) konstrukcja Wyjaśnień Artigio skutkuje niemożliwością ich pozytywnej weryfikacji, albowiem de facto sprowadza się do rozbicia ceny ofertowej na poszczególne etapy zamówienia (5), bez wskazywania sposobu wyliczenia tej ceny i opisu kosztów,
- b) nie zawierają wykazania kosztów, w tym kosztów pracy (wykazana stawka 250 zł za 1 rbh nie jest kosztem),
- c) brak wykazania zasadniczych kosztów realizacji zamówienia, tj.: kosztów pracy,
- d) całkowite pominięcie wyjaśnień ceny dla Etapu VI,
- e) wyjaśnienia ceny nie zawierają kosztu głównego podwykonawcy (New Amsterdam), który ze względu na udostępnienie zasobu musi wykonać zasadniczą część zamówienia,
- f) załączona oferta SLX sprzedaży przełączników sieciowych jest niezgodna z treścią warunków zamówienia, a koszt zamówienia licencji zgodnych z warunkami zamówienia jest wyższy o ponad 30.000,00 zł,
- g) brak wykazania innych kosztów, w tym m.in.: kosztów okołoprojektowych (kosztów finansowych, wadium, zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, kosztów nadzoru, a także kosztów ogólnych, pośrednich, ryzyk, itp.).

W odniesieniu do wykonawcy Group AV, oferta Group AV powinna zostać odrzucona ze względu na to, że zawiera rażąco niską ceną, a Wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie.

Wniosek taki wynika z następujących okoliczności:

- a) konstrukcja Wyjaśnień AV skutkuje niemożliwością ich pozytywnej weryfikacji, albowiem zbiorcze ujęcie kosztów dla Etapów I-V, przy jednoczesnym braku możliwości ustalenia kto i jaki zakres umowy wykonuje (Group AV czy podwykonawca PCS), uniemożliwia ustalenie czy koszty te zostały prawidłowo wyliczone,
- b) oferta PCS ma charakter pozorny i jest nieweryfikowalna wskutek braku jednoznacznego określenia zakresu prac podzleconych PCS, a także wskutek braku określenia jak cena z oferty została wyliczona,
- c) koszty osobowe Group AV są zaniżone, sprzeczne z warunkami rynkowymi dla specjalistów i nie zostały w żaden sposób udowodnione,
- d) kalkulacja AV zawiera błędy i sprzeczności, a w konsekwencji jest nierzetelna,
- e) kalkulacja AV nie wskazuje na sposób uwzględnienia (lub nieuwzględnienia) i wyliczenia szeregu innych kosztów w tym m.in.: kosztów okołoprojektowych (kosztów finansowych, wadium, zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, kosztów nadzoru, a także kosztów ogólnych, pośrednich, ryzyk, itp.).

Sposób przygotowania Wyjaśnień przez Artigio i Group AV uniemożliwia ich uzupełnienie w drodze dodatkowych wyjaśnień, albowiem takie działanie nie dotyczyłoby usunięcia wątpliwości co do ich treści, a ich istotne uzupełnienie, a niekiedy wręcz zmianę.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wdrożenie Nowego Systemu Centralnego obsługującego instalację wystawy stałej Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN”. Ogólny opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Rozdziale III pkt OPZ i przedstawi się ona następująco:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym podział na etapy i opis poszczególnych etapów, zawarty został w załączniku nr 1 do SWZ pt. opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”).

Realizacja zamówienia podzielona została na sześć etapów, tj. (por. OPZ, pkt 4, s. 18-21):

- (i) Etap I: Projektowanie; termin realizacji do 3 m-cy od podpisania umowy,
- (ii) Etap II: Dostawa NSC oraz prace implementacyjne; termin realizacji do 10 m-cy od podpisania umowy,
- (iii) Etap III: Testy; termin realizacji do 10 m-cy od podpisania umowy,
- (iv) Etap IV: Szkolenia; termin realizacji do 10 m-cy od podpisania umowy,
- (v) Etap V: Uruchomienie i stabilizacja; termin realizacji do 18 m-cy od podpisania umowy,
- (vi) Etap VI: Eksploatacja NSC; termin realizacji od daty zakończenia Etapu V przez okres 24 m-cy.

Z punktu widzenia odwołania istotny jest także podział Etapu VI (por. s. 21 OPZ):

Przedmiot zamówienia składa się z różnych elementów, wymagających poniesienia różnych kategorii kosztów, wśród których kluczowe są koszty pracy (specjalistów o różnych rolach i funkcjach), koszty dostawy sprzętu, ale i szereg innego rodzaju kosztów okołoprojektowych.

Co ważne, osobnej wycenie i podaniu osobnych cen wymagały takie pozycje jak:

- (i) zamówienie podstawowe (Etap I-V), dla którego wskazywano cenę ryczałtową,
- (ii) usługi utrzymania (podetap VI.2), dla którego podawano się miesięczną cenę ryczałtową,
- (iii) usługi wsparcia (podetap VI.3), dla którego podawano się cenę za 1 rbh (przy określeniu maksymalnego wymiaru rbh

na poziomie 240), (iv) usługi rozwojowej (podetap VI.4), dla której podawano się cenę za 1 rbh (przy określeniu maksymalnego wymiaru rbh na poziomie 300).

W postępowaniu wpłynęło 5 następujących ofert (w kolejności od najniższej ceny brutto):

- (i) Artigio – 1.757.900 zł,
- (ii) Group AV – 2.249.178,00 zł,
- (iii) Medway – 2.865.900,00 zł,
- (iv) Trias AVI sp. z o.o. – 3.380.040,00 zł,
- (v) Adventure MGM sp. z o.o. – 3.825.300,00 zł.

W związku z tym, że przypadku ofert Artigio i Group AV spełniły się ustawowe przesłanki wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał obu tych wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Obaj wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia w sprawie sposobu kalkulacji ceny w dniu 27 maja 2024 r. (dalej odpowiednio: „Wyjaśnienia Artigio” i „Wyjaśnienia AV”).

Dnia 18 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej (Artigio). Co ważne żadna ze złożonych ofert nie została odrzucona.

Zarzut sprzeczności treści oferty Artigio z warunkami zamówienia.

Zgodnie z OPZ (załącznik nr 1 do OPZ pt. Specyfikacja przełączników sieciowych, s. 91) zamawiający wymagał aby zaoferowane urządzenia (czyli przełączniki sieciowe) miały licencję subskrypcyjną na okres minimum 5 lat. Co istotne, bez licencji przełączniki są w zasadzie nieużywalne i do niczego się nie nadają. Stąd posiadanie tej licencji jest absolutnie konieczne z punktu widzenia użytkownika (zamawiającego). Obowiązkiem wykonawców było złożenie oferty obejmującej pełny zakres OPZ, w tym także w zakresie wyżej opisanych licencji.

Tymczasem Artigio składając swe Wyjaśnienia na potwierdzenie ceny w zakresie dostawy przełączników sieciowych przedłożyło ofertę od SLX sp. z o.o. (dalej: „SLX”). Zgodnie z tą ofertą jej przedmiotem jest: Pozycja 2 tej oferty dotyczy wymaganej przez Zamawiającego licencji i jest ona tylko na 3 lata („3 Year Term licencse”, czyli „3 letni okres licencji”), tymczasem powinna być na 5 lat. Jest to oczywista sprzeczność z opisanym wyżej wymaganiem z OPZ. Przedłożenie takiej oferty do Wyjaśnień Artigio nie można inaczej interpretować niż to, że Artigio złożyło ofertę jedynie w odniesieniu do 3 letniej licencji, czyli sprzecznie z wymaganym co najmniej 5 letnim okresem licencyjnym.

W tym miejscu zauważenia wymaga, że za utrwalony można uznać pogląd konsekwentnie wyrażany w orzecznictwie KIO, że wyjaśnienia oferty, w tym także dotyczące kalkulacji ceny, stanowią ofertę sensu largo. Tym samym na podstawie takich wyjaśnień możliwe jest ustalenie, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, nawet jeżeli

ta niezgodność ujawnia się dopiero w tychże wyjaśnieniach i nie wynika wprost z samej oferty sensu stricto. Przykładowo KIO wyrok z 25.05.2022 r. (KIO 1191/22) czy wyrok KIO z dnia 7.11.2014 r. (KIO 2184/14).

W świetle powyższego oferta Artigio powinna zostać odrzucona jako sprzeczna w swej treści z warunkami zamówienia.

Niezgodność oferty Artigio z ustawą

Analiza Wyjaśnień Artigio prowadzi także do wniosku, że oferta ta powinna zostać odrzucona ze względu na jej sprzeczność z ustawą. Należy bowiem zauważyć, że Artigio posłużyło się zasobami podmiotu trzeciego (New Amsterdam) celem wykazania spełniania warunków ubiegania się o zamówienie (w zakresie doświadczenia). Wynika to wprost już z treści oferty Artigio oraz złożonego przez New Amsterdam oświadczenia o udostępnieniu zasobów.

W konsekwencji oczywiste jest, że New Amsterdam powinien, zarówno zgodnie ze swym zobowiązaniem, oświadczeniem złożonym w ofercie przez Artigio i przede wszystkim art. 118 ust. 2 Pzp, uczestniczyć w wykonaniu zasadniczej części zamówienia. Jest to konieczne,

aby doszło do przekazania doświadczenia w sposób realny, a nie pozorny.

Tymczasem w Wyjaśnieniach Artigio nie znalazła się jako dowód oferta od podwykonawcy New Amsterdam, choć powinna była, skoro podwykonawca ten ma i musi uczestniczyć w realizacji zamówienia. Co ciekawe nie jest to przypadkowe przeoczenie

ze strony Artigio tylko celowe działanie, bowiem Artigio załączyło ofertę podwykonawcy SLX, a nie złożyło oferty New Amsterdam. Brak złożenia oferty od New Amsterdam świadczy o tym, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, albo w najlepszym przypadku udział ten będzie pozorny (bo co najwyżej jego koszty są nieistotne). Powyższe stoi

w oczywistej opozycji do treści oferty, oświadczenia o udostępnieniu i do art. 118 ust. 2 Pzp. Jak już wykazano w poprzednim rozdziale (IV) z pewnością Wyjaśnienia Artigio mogą służyć ustaleniu rzeczywistego sposobu wykonania zamówienia przez Artigio, albowiem są ofertą sensu largo. Niewątpliwie tak odczytany zamiar świadczy o rzeczywistych planach Artigio, sprzecznych z art. 118 ust. 2 Pzp.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Artigio.

Konstrukcja Wyjaśnień: podział ceny, zamiast wykazania kosztów.

Oferta Artigio powinna zostać odrzucona także ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę, a złożone Wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Oczywiste jest, że celem składania wyjaśnień ws. kalkulacji ceny jest to, aby wykazać,

iż możliwe jest należyte wykonanie zamówienia za daną ceną, a koszty wykonawcy są niższe od ceny ofertowej, gdyż tylko wówczas możliwe jest wykonanie zamówienia z zyskiem (choćby niewielkim). Nie jest bowiem możliwa realizacja zamówienia bez zysku, z góry założoną stratą, albowiem to nie tylko wypełnia definicję rażąco niskiej ceny, ale i jest czynem nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W konsekwencji Wyjaśnienia muszą wskazać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia (co do rodzaju i wysokości), nie pomijając kosztów ogólnych i pośrednich, które też muszą mieć swe pokrycie w osiąganych przychodach.

Tymczasem konstrukcja wyjaśnień Artigio jest taka, że wykonawca ten dokonał jedynie podziału ceny ofertowej na poszczególne etapy (por. Dowód 1 Kalkulacja ceny ofertowej, s. 2 Wyjaśnień).

Kalkulacja ta nie zawiera opisu kosztów, tylko rozбивa cenę na Etapy (w tym dwa Etapy tj. 2 i 6 rozbite są na podetapy). Wniosek taki wynika z tego, że podsumowanie wszystkich pozycji (1.757.900,00 zł) jest równe cenie ofertowej (1.757.900,00 zł). Gdyby zatem to były koszty

to niewątpliwie powinna wystąpić różnica pomiędzy ich sumą, a ceną, stanowiącą marżę.

Tezę odwołującego potwierdza także zawarty na s. 1-2 wyjaśnień Artigio opis ustalenia stawki 250 zł brutto za 1 rbh świadczonych usług, wskazujący, że owe 250 zł brutto za rbh to nie koszt (występujący wewnątrz danej organizacji), a cena (stosowana na zewnątrz organizacji

do klientów).

Następnie w wyjaśnieniach ceny na str. 3 Artigio odnosi się do ceny oferty, a nie kosztu niezbędnego dla realizacji zamówienia.

Oczywiście na pierwszy rzut oka mogłoby wydawać się, że to zwykle pomylenie kosztu z ceną, ale tabela ze s. 2 Wyjaśnień potwierdza, iż nie ma tu omyłki. Przedstawiona stawka nie jest kosztem, a uśrednioną stawką sprzedaży (ceną).

Ponadto kwota 250 zł brutto koreluje z cenami rozliczonymi godzinowo, a wskazanymi w ofercie Artigio, co jednoznacznie przesądza, że Artigio nie podało kosztu tylko cenę.

Jedynym elementem co do którego domyślić się można, że jest to koszt (zresztą równy cenie) to wskazany koszt dostawy przełączników sieciowych (element Etapu 2). Tu bowiem cena wskazana została jako 309.700,00 zł co idealnie zgadza się z ofertą SLX (przy czym część oferty za samą dostawę przełączników wraz z licencjami).

Skoro Artigio nie opisało żadnych kosztów (a jedynie podział ceny) nie jest możliwe zweryfikowanie takich wyjaśnień. W praktyce wyjaśnienia te są całkowicie bezużyteczne

dla oceny czy cena jest rażąco niska czy nie. Tym samym zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp oferta Artigio powinna zostać odrzucona.

Brak wykazania kosztów pracy.

Z powyższym zarzutem wiąże się brak jakiegokolwiek wykazania kosztów pracy (a więc kosztów kluczowych z punktu widzenia możliwości wykonania zamówienia). Jak kluczowy jest to koszt świadczy choćby sama kalkulacja Artigio, z której wynika, że koszt pracy (ujęty przez Artigio w roboczogodzinach) to ponad 65% ceny oferty (1.507.700,00 zł całość, 923.000,00 zł koszt pracy). Jak już wyżej zauważono przede wszystkim stawka 250 zł brutto nie jest kosztem, a uśrednioną ceną. Skoro nie wiadomo jakie są koszty pracy, to nie wiadomo też czy stawka 250 zł pokrywa wszystkie koszty, czy nie.

Nie wiadomo jak została wyliczona owa stawka 250 zł brutto. Wprawdzie w cytowanym już fragmencie Wyjaśnień (s. 3) Artigio opisuje co owa stawka uwzględnia, to jednak nie wiadomo jaki jest punkt wyjścia, tj. przede wszystkim koszt pracy. Co ważne, dla realizacji zamówienia niezbędne jest skorzystanie z różnych specjalistów, w tym m.in. takich jak: projekt menedżer, analitycy, programiści (i to różnych języków), administratorzy, testerzy, inżynierowie sieci), pracownicy help desku z różnych linii pomocy, nie wspominając o różnych funkcjach pomocniczych. Ich zarobki są bardzo różne (np. od najtańszych testerów, do drogich programistów). Zatem wykonawca oczywiście może przyjąć uśredniony koszt roboczogodziny, ale powinien zawsze wykazać punkt wyjścia, tj. wynagrodzenia specjalistów ich udział

w uśrednionej godzinie i na tej bazie dopiero określić średnioważony koszt (nie cenę, tylko koszt) danej roboczogodziny.

W braku jakichkolwiek danych podana stawka 250 zł brutto jest nieweryfikowalna i równie dobrze mogłaby być podana jakakolwiek inna. Dodatkowo Artigio nie przedłożyło, ani jednego dowodu na koszt pracy (np. umów o pracę, wyciągów z listy płac, ani oświadczeń), choćby dla kluczowej kadry wymaganej na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Dla przypomnienia, w niniejszej sprawie Artigio nie przedstawiło ani jednego dowodu na koszt pracy. Jest to tym bardziej

rażące, że ponad 62% ceny ujęte zostało w kalkulacji jako związane z kosztem pracy.

Brak wykazania kosztów świadczenia Etapu 6.

Oczywistą konsekwencją braku wykazania kosztów pracy (i podania ich jedynie jako cena) jest brak wykazania istotnych dla zamówienia kosztów usług wsparcia i rozwoju (część Etapu VI).

Te dwie usługi rozliczane mają być wg czasowego zaangażowania wykonawcy, wg stawki godzinnej, a maksymalny wymiar godzin (odpowiednio 300 i 240 godzin) wskazał Zamawiający.

Skoro, jak już wyżej opisano, Artigio podało stawkę 250 zł bez jakiegokolwiek jej uzasadnienia i wyjaśnienia stwierdzić należy, że nie wykazano sposobu obliczenia ceny za usługi wsparcia i rozwoju. Podkreślenia także wymaga to, że usługi wsparcia i rozwoju mają charakter istotnych elementów zamówienia. Służą one bowiem temu, aby zamawiający przez okres 24 miesięcy (od zakończenia fazy stabilizacji) mógł prawidłowo korzystać z przedmiotu zamówienia.

Artigio w żaden sposób nie wyjaśniło także comiesięcznie rozliczanych usług utrzymania (oferta w tym zakresie opiewała na 4.800 zł brutto). W tym zakresie kalkulacja powtarza jedynie te ceny, które były wskazane w ofercie. Nie wiadomo jak wyliczono tę kwotę. Nie ma żadnego opisu sposobu wyliczenia tej ceny. Także ta usługa jest bardzo ważna dla Zamawiającego, bo pozwala mu na użytkowanie rozwiązania aktualnego, pozbawionego luk, bezpiecznego i rozwijanego.

Wreszcie brak jest wyjaśnienia składających się na Fazę VI usług gwarancyjnych (opisanych w pkt 5.6.1 – 5.6.3). Warto w tym miejscu jeszcze zauważyć, że opis wymagań dla Etapu VI generuje dla wykonawców szereg dodatkowych kosztów, które muszą być wliczone w stawki godzinowe i ryczałt za utrzymanie. Chodzi tu przede wszystkim o wymagania z pkt 5.6.17-5.6.19 OPZ (s. 47). Czy te koszty zostały uwzględnione przez Artigio, gdzie i w jakiej wysokości, tego nie wiadomo.

Wyżej opisane braki dyskwalifikują Wyjaśnienia Artigio. Co ważne wezwanie

do złożenia wyjaśnień odnosiło się co całości ceny, a nie tylko ceny za Etapy I-V. Tym samym obowiązkiem wykonawcy było także wyjaśnienie wszystkich cen za Etap VI.

Brak wykazania kosztów podwykonawcy udostępniającego zasób.

Artigio celem wykazania spełniania warunków ubiegania się o zamówienie posłużyło się zasobem New Amsterdam. Zgodnie z oświadczeniem o udostępnieniu zasobu miał on uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie wskazanym w ofercie, tj. współprojektowanie systemu sterowania oraz opracowanie koncepcji graficznych.

Trudno uznać, że jest to nieistotny lub mały zakres realizacji zamówienia, skoro zgodnie z oświadczeniem o udostępnieniu zasobu współpraca ta ma trwać przez cały okres realizacji zamówienia, a ponadto udział tego wykonawcy jest niezbędny ze względu

na udostępnienie przez niego swego doświadczenia. Tymczasem do Wyjaśnień Artigio

nie załączyło oferty podwykonawcy New Amsterdam (a jedynie ofertę SLX). Jedynym wyjaśnieniem tej kwestii jest to, że w rzeczywistości Artigio zamierza wykonać zamówienie niezgodnie z zobowiązaniem wynikającym z oświadczenia złożonego w ofercie, tj. nie korzystając z usług New Amsterdam lub pozorując korzystanie z tych usług.

Dyskwalifikuje to Wyjaśnienia Artigio.

Zaniżony koszt z oferty SLX.

Oferta SLX nie odpowiada warunkom zamówienia, odnośnie licencji na korzystanie z oprogramowania do przełączników sieciowych. Warto wskazać, że Artigio przeniosło koszt dostawy kompletu przełączników (wg specyfikacji określonej przez SLX) do swej kalkulacji. Tymczasem oferta ta jest zaniżona o kwotę 7.500 USD (czyli ponad 30 tys. zł). Pierwsze zniżenie wynika z przyjęcia zbyt krótkiego okresu licencji (3 lata zamiast 5), dokupienie wydłużonej o 2 lata (łącznie do 5 lat) licencji to koszt 750 USD od sztuki. Łącznie (10 szt.) daje to kwotę 7.500 USD.

Brak wykazania innych kosztów realizacji Zamówienia.

Wyjaśnienia Artigio nie odnoszą się ponadto w żaden sposób do szeregu innych kosztów, w tym m.in.:

- (i) kosztów okołoprojektowych (zarządzania projektem i nadzorem nad projektem, sprawozdawczości, finansowych, w tym: wadium, zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, dojazdów, itp.),
- (ii) a także kosztów ogólnych i pośrednich,
- (iii) ryzyk.

Sposób przygotowania kalkulacji uniemożliwia weryfikację czy koszty zostały ujęte w stawce 250 zł (choć to i tak wątpliwe, bo nie są to koszty roboczo-godzinny), ew. jak zostały ujęte i w jakiej wysokości.

W tym miejscu warto jeszcze zauważyć, że poza ofertą SLX (zresztą zniżoną) praktycznie wszystkie załączone do Wyjaśnień Artigio dowody są całkowicie bezwartościowe dla oceny sposobu wyjaśnienia ceny. W szczególności nie

wiadomo jakie przełożenie

na sposób kalkulacji ceny mają:

- (i) faktury wystawiane przez Artigio na New Amsterdam, szczególnie, że są to faktury na bliżej nieokreślone usługi, i nie wiadomo jak obliczone 48.000 zł,
- (ii) faktury wystawiane przez P.P. na Artigio szczególnie, że są to faktury na bliżej nieokreślone usługi, nie wiadomo jak obliczone, na różne kwoty,
- (iii) oświadczenia dotyczące pracowników czy składu zespołu.

Wreszcie wskazać należy, że istotna część wyjaśnień Artigio (szczególnie pkt A, B, C, i część III) ma charakter ogólny, nic, albo prawie nic, nie wnoszący do kalkulacji ceny. Ogólnikowość tych twierdzeń i luźny ich związek z kalkulacją ceny, pozbawia je merytorycznej wartości.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Group AV.

Niemożliwość weryfikacji Wyjaśnień AV wskutek ich konstrukcji.

Podstawową kwestią dla oceny Wyjaśnień AV jest ich konstrukcja, która to skutkuje niemożliwością ich pozytywnej weryfikacji. Powyższe przede wszystkim odnosi się do:

- (i) zbiorczego ujęcia, w załączniku nr 2 do Wyjaśnień AV (dalej: „Kalkulacja AV”) wszystkich kosztów dla Etapów I-V i to pomimo ich różnego charakteru,
- (ii) braku możliwości ustalenia kto i jaki zakres umowy wykonuje (Group AV czy podwykonawca PCS),
- (iii) daleko idącej ogólnikowości i lakoniczności Wyjaśnień AV, przy jednoczesnym braku opisu metodyki ustalenia kosztów opisanych w Kalkulacji AV,
- (iv) braku wyjaśnienia jak wyliczone zostały koszty podwykonawcy PCS.

Przed wszystkim zauważenia wymaga, że Etapy I do V mają różnych charakter i obejmują różne prace. Doskonale charakteryzuje to opis etapów znajdujący się na s. 18-20.

Każdy z tych etapów jest inny i to nie tylko co do opisu, ale przede wszystkim charakteru czynności. Przykładowo:

- (i) Etap I: Projektowanie - wymaga uczestnictwa przede wszystkim: analityków i projektantów, project managera (a nie wymaga udziału programistów, administratorów, testerów);
- (ii) Etap II: Dostawa NSC oraz prace implementacyjne - wymaga uczestnictwa przede wszystkim (nie uwzględniając zakresu dotyczącego przełączników sieciowych): programistów (różnych języków), administratorów, testerów, project managera;
- (iii) Etap III: Testy - wymaga uczestnictwa przede wszystkim: testerów, w ograniczonym zakresie programistów (różnych języków), administratorów, oraz project managera;
- (iv) Etap IV: Szkolenia – wymaga uczestnictwa przede wszystkim: szkoleniowców / trenerów i w ograniczonym zakresie project managera;
- (v) Etap V: Uruchomienie i stabilizacja - wymaga uczestnictwa przede wszystkim: administratorów, programistów (różnych języków), w ograniczonym zakresie testerów, oraz project managera,
- (vi) Etap VI: Eksploatacja – wymaga uczestnictwa w różnym zakresie: analityków i projektantów, programistów (różnych języków), administratorów, testerów, pracowników I i II linii wsparcia oraz project menedżera.

Co też ważne Etapy te trwają w różnym czasie, a prace w różnym natężeniu.

Tymczasem Group AV (podobnie jak PCS w ofercie) w swej kalkulacji wszystkie, czasami bardzo różne prace wrzuciła do „jednego worka” traktując je zbiorczo.

Brak jest w szczególności:

- (i) choćby procentowego udziału poszczególnych Etapów w całości,
- (ii) wskazania jaka kadra (wg ról / specjalności) w jakie Etapy jest zaangażowana,
- (iii) brak wskazania stopnia zaangażowania (np. w rbh) dla poszczególnych Etapów).

To uniemożliwia jakąkolwiek sensowną ocenę tych wyjaśnień. Trudno jest bowiem podjąć rzeczową polemikę ze zbiorczymi danymi bez metodyki ich przydziału.

Co więcej, trudność ta jest radykalnie spotęgowana przez to, że nie wiadomo jaki jest rzeczywisty podział prac pomiędzy Group AV a PCS.

Z opisu oferty cenowej wynika, że PCS ma zrealizować wszystkie prace, za wyjątkiem dostawy, wdrożenia i konfiguracji przełączników. Tyle, że z Kalkulacji AV wynika, że bliżej nieokreślone prace wykona sam wykonawca Group AV.

W konsekwencji może PCS złożyć ofertę na kompleksowe wykonanie całości prac opisanych w ofercie, a może tylko na połowę, a może na 10% tychże prac. Nie da się tego w żaden sposób ustalić. Nasuwa się oczywiste wręcz przypuszczenie, że było to celowe, aby uniemożliwić weryfikację tych wyjaśnień i stosownie do potrzeb uwiarygodnić cenę. Co ważne powyższe dotyczy wszystkich Etapów tj. od I od VI, bo wszędzie występuje podwykonawca PCS.

Skoro nie jest możliwe ustalenie zakresu prac, nie jest też możliwe ustalenie wiarygodności kosztów (ani ceny PCS, ani opisanych w Kalkulacji AV kosztów). Oczywiście jest bowiem, że koszt jest zawsze pochodną zakresu prac. Warto jeszcze wskazać na dodatkowy aspekt sprawy. Mianowicie Group AV tłumaczy, przynajmniej w znacznej części cenę swojej oferty inną ofertą (PCS) i to w zasadniczej części zamówienia, a więc zaprojektowaniu i wykonaniu systemu NCS, ale w także w zakresie usług utrzymania, rozwojowych i wsparcia.

Oferta PCS opisana jest bardzo szeroko co do zakresu prac (pkt 1-12 oferty), a cena za ten zakres została wskazana jako ryczałtowa (330.000 zł netto). Nie wiadomo w jaki sposób ta cena została ustalona, skalkulowana i wyliczona. W konsekwencji ryczałtowa cena Group AV tłumaczona jest m.in. ryczałtową ceną podwykonawcy. Zresztą podobne uwagi odnoszą się do cen z czynności z Etapu VI, a szczególnie ryczałtowej usługi utrzymania.

Takie działanie nie jest możliwe, albowiem dochodzi tu do próby „zasłonięcia” się ofertą innego podmiotu. Ponadto zauważenia wymaga to, że wyjaśnienia RNC służą weryfikacji tego czy przy założonych kosztach pracy wykonawca jest w stanie w sposób należyty wykonać przedmiot zamówienia. Tymczasem wykonanie przedmiotu zamówienia zależne jest także od tego czy prawidłowo została skalkulowana cena podwykonawców i czy cena ta gwarantuje możliwość wykonania przez nich powierzonych im części zamówienia. Oczywiście jest bowiem, że nienależyte wykonanie prac przez podwykonawców ma wpływ na całe zamówienie, szczególnie gdy realizują oni niejako podstawowe prace. Z tych powodów nie jest możliwe wyjaśnianie ceny oferty poprzez przekładania lakonicznych ofert podwykonawców, a oferta PCS (niezależnie od innych dalej opisanych jej mankamentów) nie może być dowodem na prawidłowość obliczenia ceny przez Group AV. Dodatkowo należy jeszcze podkreślić, że poza Kalkulacją AV treść całych Wyjaśnień AV to nic nie wnoszące do sprawy opisanie doświadczenia, czy też przywołanie fragmentów SWZ, bez konkretnych danych. Typowe „zapełniacze” tekstu, bez żadnej rzeczywistej treści odnoszącej się do kalkulacji ceny.

Co ciekawe choć na ostatniej stronie Wyjaśnień AV wspomniano o podwykonawcach i zleconych im pracach, to jednak także z tego nie wynika jakie konkretnie prace im zlecono w ramach opisanych czynności.

Zarzuty dotyczące oferty PCS.

Przede wszystkim w ocenie Odwołującego oferta PCS ma charakter pozorny. W ocenie Medway została ona załączona do Wyjaśnień AV tylko w celu uwiarygodnienia błędnie wyliczonej ceny z oferty.

Wniosek ten wynika z kilku zasadniczych okoliczności.

Jak wynika z treści oferty Group AV (pkt 13) na etapie składania ofert, w dniu 10 maja 2024 r. znany były tylko jeden z podwykonawców, tj. Enigma. Tymczasem do Wyjaśnień AV załączono ofertę PCS z datą 6 maja 2024 r. Jest to zatem oczywista sprzeczność pomiędzy datą widniejącą na ofercie PCS, a oświadczeniem złożonym w ofercie przez Group AV. Dość oczywista staje się zatem konkluzja, że oferta PCS została przygotowana później, antydatowana, a jej jedynym celem jest uwiarygodnienie nierealnej ceny.

Potwierdzeniem tej tezy są także właściwości pliku elektronicznego oferty PCS, z których wynika, że dokument ten został przygotowany przez p. K.S. (a nie A.G., jak to wynika z treści tego dokumentu) w dniu 27 maja 2024 r. (a więc w dniu składania Wyjaśnień), a nie rzekomej daty tej oferty, czyli w dniu 6.05.2024 r.

Na brak wiarygodności tej oferty wpływa także to, że nie jest w żaden sposób podpisana, ani elektronicznie, ani tradycyjnie, ani nawet chociażby z użyciem faksymile. De facto, więc nie wiadomo od kogo ona pochodzi. W tym miejscu warto wspomnieć wyrok KIO z dnia 8.kwietnia 2024 r. (KIO 907/24)3, w którym wskazano, że tego rodzaju w żaden sposób niepodpisane pisma nie stanowią oświadczenia wiedzy, nie sposób bowiem ustalić ich pochodzenia i tego czy w ogóle zostało złożone. W tej sprawie KIO wskazała, że *zba nie podziela stanowiska Przystępującego, który kwestionował konieczność opatrzenia dokumentu elektronicznego jakimkolwiek podpisem. Zauważenia wymaga, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, a brak podpisu powoduje, że trudno im przypisać cechy oświadczenia. Taki niepodpisany tekst nie posiada walorów dowodowych, nie da się bowiem ustalić, że osoba wskazana w jego treści faktycznie złożyła takie oświadczenie. Co więcej, w ogóle nie jest możliwe ustalenie osoby, od której takie oświadczenie pochodzi. Jak wynika*

z przedstawionych przez Odwołującego ekspertyz - na podstawie informacji zawartych

w dokumencie nie jest możliwe ustalenie osoby, która go wytworzyła. Plik o takiej treści mógłby więc być przygotowany przez każdą inną osobę, która umieściła w nim nazwę spółki i dokleiła znaki graficzne stanowiące odwzorowanie podpisu i pieczętki.

W sytuacji, gdy nawet sam plik nie pochodzi od rzekomo składającego oświadczenie powyższa teza tym bardziej doznaje wzmocnienia.

Wreszcie, co zostało opisane wyżej, formuła opisanie zakresu umowy do wykonania przez PCS, uniemożliwia

zweryfikowanie tej oferty. Jak wskazano de facto opis czynności

do realizacji przez PCS całkowicie uniemożliwia ustalenie rzeczywistego zakresu oferty. Być może oferta ta obejmuje bardzo szeroki zakres prac, czyli praktycznie wszystkie prace, a wręcz całe zamówienie (z ew. wyłączeniem w zakresie dostawy i konfiguracji przełączników sieciowych), a może tylko udział w tych pracach (ale nie wiadomo jak duży).

W ocenie Odwołującego zakres rzeczowy oferty specjalnie został tak określony, aby oferta ta mogła stanowić uwiarygodnienie ceny zaoferowanej przez Group AV.

Reasumując, połączenie wszystkich opisanych wyżej okoliczności potwierdza tezę o pozorności tej oferty.

Zarzuty względem kosztów osobowych AV.

Group AV wskazało w tabeli w Kalkulacji AV „wynagrodzenia osób (wskazane koszty GroupAV)”.

Odwołujący kwestionuje wysokość i rzetelność podanych kosztów ww. osób.

Po pierwsze, koszty te nie zostały wykazane żadnym dowodem, czy to w postaci: umowy o pracę, umowy B2B, umowy zlecenia, listy płac, itp. Mając na uwadze to, że koszty pracy specjalistów to zasadniczy element tej kosztowy (ok. 2/3) ich udowodnienie jest kluczowe

dla oceny wiarygodności zaoferowanej ceny. Brak udowodnienia tych kosztów całkowicie dyskwalifikuje Wyjaśnienia AV, szczególnie, gdy wskazane koszty (między 50 a 70 zł za rbh) już na pierwszy rzut oka są bardzo zaniżone. Jeżeli faktycznie Group AV miałyby rzeczywiście w jakiś cudowny sposób zatrudniać tak mało zarabiających specjalistów powinno było

to udowodnić. Warto wskazać, że przeliczając wskazane stawki jednostkowe (50, 60 i 70 zł) na wynagrodzenia miesięczne otrzymamy odpowiednio kwoty: 7.500,00 zł, 9.000,00 zł, 10.500 zł. Przy czym te kwoty to wynagrodzenia z uwzględnieniem tzw. kosztów pracodawcy (tzw. brutto – brutto), albowiem co oczywiste na potrzeby ustalania całościowego kosztu usługi konieczne jest uwzględnienie pełnego kosztu pracy. W konsekwencji ww. koszty, po odliczeniu kosztu pracodawcy oznaczają, że wynagrodzenie brutto dla pracowników wynosiłoby odpowiednio: 6.225,10 zł, 7.470,12 zł i 8.715,14 zł.

Co więcej warto zauważyć, że tak obliczone wynagrodzenia nie zawierają całego szeregu pozapłacowych kosztów zatrudnienia, w tym takich jak: koszty badań okresowych, BHP, wyposażenia osobistego pracowników, delegacji, itp. W rzeczywistości więc powinny być one jeszcze niższe. Stawki te (nawet bez ich obniżenia zgodnie z poprzednim punktem)

są całkowicie nierealne dla osób o kwalifikacjach wymaganych dla realizacji Zamówienia. Potwierdzenie tego jest nie tylko wiedza własna Odwołującego, ale powszechnie dostępne dane.

Przykładowo wg danych prezentowanych w portalu NoFluffJobs koszty związane

z zatrudnieniem w Warszawie osób o średnim doświadczeniu wynoszą odpowiednio:

- (i) Administrator IT – 12.000 zł – 16.000 zł netto na umowie o pracę, co przy uwzględnieniu najniższej wartości 12.000 zł stanowi koszt pracodawcy wynoszący 20.625,72 zł; uwzględniając średnią ilość godzin w miesiącu na 150 daje koszt związany z 1rbg na poziomie 137,51 zł;
- (ii) Programista – 12.000 zł – 18.000 zł netto na umowie o pracę, co przy uwzględnieniu najniższej wartości 12.000 zł stanowi koszt pracodawcy wynoszący 20 625,72 zł; uwzględniając średnią ilość godzin w miesiącu na 150 daje koszt związany z 1rbg na poziomie 137,51 zł;
- (iii) Tester – 10.000 zł – 15.000 zł netto na umowie o pracę, co przy uwzględnieniu najniższej wartości 10.000 zł stanowi koszt pracodawcy wynoszący 17.090,67 zł; uwzględniając średnią ilość godzin w miesiącu na 150 daje koszt związany z 1rbg na poziomie 113,94 zł;
- (iv) Project Manager – 12.000 zł – 16.600 zł netto na umowie o pracę, co przy uwzględnieniu najniższej wartości 12.000 zł stanowi koszt pracodawcy wynoszący 20.625,72 zł; uwzględniając średnią ilość godzin w miesiącu na 150 daje koszt związany z 1rbg na poziomie 137,51 zł.

W konsekwencji suma zaniżenia, wyliczona wg zaangażowania czasowego opisanego

w Kalkulacji AV wynosi: aż 386.486,00 zł. Ta kwota w całości konsumuje rzekomą marżę wspomnianą w Wyjaśnieniach AV (307.434,00 zł).

Nierzetelność Kalkulacji AV, błędy i sprzeczności.

Kalkulacja AV zawiera błędy i sprzeczności, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że jest nierzetelna, a jako taka nie jest wiarygodna i obala domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Group AV.

Przede wszystkim widać powyższe w części Kalkulacji AV zatytułowanej „Koszty” dotyczącej pozycji związanych

z Etapem VI, tj. usługami rozwojowymi i wsparcia. Z oferty PCS wynika, że ta spółka ma świadczyć tego rodzaju usługi za kwotę 120 zł netto, a z kolei z opisu pod tabelą wynikają określone kwoty kosztów godzinowych kadry Group AV (między 50 a 70 zł netto, w tym administrator 60 zł).

W konsekwencji, jeżeli przyjąć, że w świadczeniu usług rozwojowych i wsparcia ma uczestniczyć zarówno PCS, jak i kadra Group AV to jednostkowy koszt za rbh powinien być jakąś wypadkową pomiędzy tym stawkami (nie da się ustalić jaką, gdy nie wiadomo

kto i ile godzin ma wykonywać w ramach limitów 300 i 240 godzin). Przykładowo zakładając wykonywanie prac po 50% wówczas uśredniona stawka powinna wynosić 90 zł

$((120 + 60)/2 = 90)$.

Tymczasem obliczając od sumy dla pozycji usług rozwojowych otrzymujemy stawkę jednostkową w wysokości 180 zł $(54.000 / 300 = 180)$ i taką samą dla usług wsparcia

$(43.200 / 240 = 180)$.

Pozornie może się wydawać, że to lepiej dla Group AV, ale w rzeczywistości powyższe pokazuje, że przygotowanie Kalkulacji następowało od końca, a Group AV zsumowało 120 zł (koszt PCS) i 60 zł (koszt AV), choć nie ma ku temu żadnych podstaw. Gdyby bowiem przyjąć, że i 120 zł i 60 zł są rzeczywistymi stawkami godzinowymi to ich suma (180 zł) jest kosztem za 2 godziny pracy (a nie za 1 godzinę).

Powyższe jest o tyle istotne, że pokazuje, że kalkulacja ceny nie wychodziła od kosztów jednostkowych, tylko od ceny końcowej do „znalezienia” pasującego kosztu jednostkowego. Jest to zatem potwierdzenie wcześniej opisanej tezy, że koszty stawek wynagrodzenia pracowników (i ich jednostkowych stawek) podane w Kalkulacji AV są zaniżone i nierzeczywiste.

Warto jeszcze w tym miejscu uprzedzić ewentualną argumentację Group AV, że te różnice w tych dwóch pozycjach wynikają, że do uśrednionej stawki godzinowej (ze stawek 120 i 60) dodano jakieś dodatkowe koszty i stąd wyszło 180 zł. Przede wszystkim tylko w tych dwóch pozycjach zdarzyła się tego rodzaju sytuacja, albowiem w trzech pozostałych (Etapy I-V i usługi Utrzymania) suma zgadza się z kosztami z trzech ostatnich kolumn.

Także w podsumowaniu kosztów pracowników, znajdującym się pod tabelą jest błąd w odniesieniu do Project Menagera (jest 125.000 zł, a powinno być 126.000 zł). Te błędy, brak jednej sensownej metodyki wyliczeń, są kolejnym argumentem pokazującym brak jakiegokolwiek wiarygodności Kalkulacji AV. To też pokazuje, że to nie cena wynika z kalkulacji, ale kalkulacja jest „dopasowana” do ceny.

Brak uwzględnienia innych kosztów.

Kalkulacja AV nie wskazuje na sposób uwzględnienia (lub nieuwzględnienia) i wyliczenia szeregu innych kosztów w tym m.in.:

- (i) kosztów okołoprojektowych (kosztów finansowych, wadium, zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, kosztów nadzoru, delegacji, kosztów sprawozdawczości, a także
- (ii) kosztów ogólnych,
- (iii) pośrednich, (iv) ryzyk, itp. Koszty te z pewnością nie mają charakteru pomijalnego.

Sposób przygotowania kalkulacji uniemożliwia weryfikację czy koszty zostały ujęte w stawkach opisanych pod tabelaryczną Kalkulacją AV (choć ze względu na wysokość tych stawek to całkowicie niemożliwe), ew. jak zostały ujęte i w jakiej wysokości.

Wszystkie tego rodzaju koszty muszą być pokryte ceną ofertową, albowiem w innym przypadku realizacja tego zadania odbyłaby się ze stratą.

Co ważne, to stwierdzenie dotyczy także kosztów ogólnych i pośrednich przedsiębiorstwa.

W każdym bowiem przypadku koszty te muszą być odpowiednio pokrywane z realizacji kontraktów. W innym bowiem przedsiębiorca nie pokrywający tych kosztów działałby

na szkodę spółki, ze stratą, która w efekcie końcowym musiałaby doprowadzić do upadłości. Innymi słowy nie da się prowadzić działalności nie pokrywając kosztów działania np.: biura (jego wynajmu i obsługi), nabycia sprzętu, w tym oprogramowania, obsługi sekretarskiej, zarządu, księgowości, obsługi prawnej, marketingu, działu ofert, itp., itd.).

Oczywiście nie jest rzecz w tym, aby wykonawca z osobna każdy taki koszt opisywał z osobna, ale by wykazał, że koszty te (w odpowiedniej części) pokrywa, jak to robi i że zaoferowana cena pozwala mu na to.

Brak umożliwienia uzupełnienia Wyjaśnień Artigio i Group AV.

Końcowo Odwołujący wskazuje, że sposób przygotowania Wyjaśnień przez Artigio i Group AV uniemożliwia ich uzupełnienie w drodze dodatkowych wyjaśnień. Takie działanie nie dotyczyłoby bowiem usunięcia wątpliwości co do ich treści, a ich istotne uzupełnienie,

a niekiedy wręcz zmianę.

Tymczasem ponowne wezwanie do wyjaśnień może służyć jedynie doprecyzowaniu pewnych kwestii, uszczegółowieniu

zagadnień, a nie dawać szansę wykonawcy do poprawy swoich ogólnikowych wyjaśnień, a de facto składania nowych, ponieważ stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania stron.

W świetle powyższego ponowne wezwanie oraz złożone w odpowiedzi ponowne wyjaśnienia złożone przez Artigio i Group AV bezsprzecznie naruszałoby przepisy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie należy uznać za uzasadnione.

Do postępowania odwoławczego w dniu zgłoszili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy: Artigio Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Group AV Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 20 sierpnia roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości.

W dniu 21 sierpnia 2024 Przystępujący Group AV złożył pismo procesowe, w którym wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 tj. w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (GROUP AV Sp. z o. o.), przedstawiając stosowną argumentację.

W dni 22 sierpnia 2024 roku na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, P.A. Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu

w pkt 1-4, dotyczących zaniechania odrzucenia jego oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 18 lipca 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Artigio Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Group AV Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnik postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez

ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający częściowo naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Artigio jako sprzecznej w swej treści z warunkami zamówienia, Izba uznała zarzutu za zasadny.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego

do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny

z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe

do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób

w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego,

w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których Zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań

lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że Zamawiający w treści SWZ – załącznik nr 1 do OPZ pt. Specyfikacja przełączników sieciowych, s. 91 wymagał:

Urządzenie wyposażone jest w licencję subskrypcyjną na wymagane funkcjonalności a okres: min. 5 lat.

Z załącznika do wyjaśnień ceny z dnia 27 maja 2024 roku (dowodu nr 3) udzielonych przez P.A. w zakresie rażąco niskiej ceny wynika w sposób jednoznaczny,

że zaoferowana licencja dotyczy okresu 3 lat.

Izba za uprawnioną uznała możliwość oceny treści oferty na podstawie informacji udzielonych przez wykonawcę w trybie wyjaśnień ceny, bowiem to właśnie z wyjaśnień ceny wynika, jaki zakres oferowany przez wykonawcę został objęty ceną oferty, i czy cena ta odnosi się do pełnego przedmiotu zamówienia. A zatem czy jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w warunkach zamówienia, za zaoferowaną przez wykonawcę cenę.

W analizowanym stanie faktycznym wyjaśnienia ceny wykazały, że P.A. obliczył cenę oferty z uwzględnieniem 3 letniego okresu licencji subskrypcyjnej, czyli niezgodnie z warunkami zamówienia. Zostało to jednoznacznie określone w treści oferty podwykonawcy SLX (który został wskazany przez Przystępującego jako dostawca przełączników sieciowych) jako: *C9200L Cisco DNA Essentials, 48 port. 3 Year Term licemse.*

Izba nie uwzględniła argumentacji P.A. przedstawionej na rozprawie oraz w piśmie procesowym, zgodnie z którą zaoferowana licencja obejmuje okres dłuższy niż 5 lat, bowiem jest to licencja wieczysta. Przystępujący w piśmie procesowym wskazał, że *licencja dla przełącznika C9200 składa się z dwóch części – wieczysta Network i czasowa DNA/Catalyst Wszystkie wyspecyfikowane w OPZ funkcje dostępne są w licencji wieczystej Network Essentials i nie wymagają subskrypcji DNA. Natomiast ze względu na przyjęty sposób licencjonowania przez producenta wymagany jest zakup minimalnej 3 letniej licencji DNA przy zakupie wyspecyfikowanego przełącznika – ma on charakter quasi opłaty wstępnej pozwalającej na dostęp do funkcjonalności wymaganych specyfikacją Zamawiającego, a ujętych w systemie licencjonowania Cisco w ramach licencji wieczystej. Zakres funkcjonalny sprzętu i licencji został skonsultowany przez Podwykonawcę SLX SP. z o.o. z autoryzowanym przedstawicielem Cisco w Polsce, zgodnie z oświadczeniem SLX (załącznik do sprzeciwu).*

W ocenie Izby, z przywołanego oświadczenia SLX z dnia 20 sierpnia 2024 r., złożonego również jako dowód przez Artigio, nie wynika, że zaoferowana licencja subskrypcyjna wynosi min. 5 lat, tak jak wymagał tego Zamawiający w warunkach zamówienia. Z treści oświadczenia wynika jedynie, że *dobór sprzętu i typu niezbędnej licencji został dobrany do wymogów OPZ, przez oficjalnego i autoryzowanego dystrybutora CISCO na terenie Polski, zgodnie z wiedzą w zakresie specyfikacji technicznej przełączników i sposobu licencjonowania przez CISCO.*

Dalej, w oświadczeniu wskazano, że *Przełączniki są jednak sprzedawane tylko z obowiązkową licencją DNA. Firma LSX zaoferowała więc urządzenie z obowiązkową licencją DNA*

na minimalny dostępny okres 3 lat zgodnie z aktualną ofertą dystrybutora formy CISCO.

Z powyższego wynika zatem, że na podstawie OPZ został dobrany sprzęt i typ niezbędnej licencji, a zaoferowany okres licencji subskrypcyjnej (DNA) wynosi 3 lata.

Treść oświadczenia nie wyklucza jednak możliwości zaoferowania dłuższego okresu licencji DNA, niż 3 lata, na co wskazuje określenie, że zaoferowano licencję *na minimalny dostępny okres 3 lat.* A contrario, istnieje możliwość zaoferowania licencji DNA na okres dłuższy niż 3 lata. Taka okoliczność, tj. możliwość zaoferowanie 5-letniego okresu obowiązywania licencji DNA, została potwierdziła np. w ofercie złożonej przez podwykonawcę Przystępującego Group AV.

Izba zauważa jednak, że ww. oświadczenie dla licencji, która składa się z dwóch części – wieczystej Network i czasowej DNA/Catalyst, dotyczy przełączników C9200, natomiast zaoferowane zostały przełączniki sieciowe C9200L. Nigdzie w treści wyjaśnień, nie wskazano, że są to rodzajowo te same przełączniki, lub należące np. do grupy C9200, dla których warunki licencji są takie same.

Ponadto, z oznaczenia oferowanego przełącznika *C9200L Cisco DNA Essentials, 48 port. 3 Year Term licemse*, nie

wynika, że zaoferowano licencję Network, a jedynie DNA Essentials.

Zatem, co wymaga podkreślenia, Zamawiającemu została przekazana wyłącznie informacja o zaoferowaniu przełącznika C9200L z okresem 3 letniej licencji oznaczonej jako DNA Essentials, bez jakiegokolwiek wskazania na wieczystą licencję.

W tym miejscu, Izba ponownie podkreśla, że rozpoznając odwołanie ocenia czynności Zamawiającego lub zaniechanie czynności do których był on zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, a nie wykonuje czynności za Zamawiającego, na podstawie dokumentów nieznanych Zamawiającemu. Tak więc w okolicznościach, w których Zamawiającemu nie były przedstawione informacje zawarte w oświadczeniu SLX z dnia 20 sierpnia 2024 roku, zobowiązany był do oceny wyjaśnień ceny, w tym do oceny treści oferty, na podstawie informacji udzielonych przez wykonawcę.

Te z kolei, w ocenie Izby w sposób niebudzący wątpliwości wskazywały, że okres udzielonej licencji wynosi 3 lata, co jest niezgodne z warunkami zamówienia, tj. z wymogiem, aby urządzenie było wyposażone w licencję subskrypcyjną na wymagane funkcjonalności na okres min. 5 lat.

W tych okolicznościach w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp należy uznać za zasadny.

W związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Artigio jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy powyższy zarzut jest bezpośrednio związany z zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, bowiem wyjaśnienia ceny udzielone przez P.A. potwierdziły że, za zaoferowaną cenę nie wykona on przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia.

Wymaga jednak wyjaśnienia, że w ocenie Izby wyłącznie ten argument czyni zasadnym powyższy zarzut.

Izba nie uznała zasadności pozostałej argumentacji Odwołującego, dotyczącej wyjaśnień ceny udzielonych przez P.A., w zakresie konstrukcji wyjaśnień, wykazania kosztów pracy w tym stawki 250 zł za r/h, pominięcia wyjaśnień ceny dla etapu VI, braku kosztów głównego podwykonawcy New Amsterdam oraz braku wykazania pozostałych kosztów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Zamawiający nie narzucił wykonawcy sposobu kalkulacji ceny ani też stopnia jej szczegółowości, dlatego argumenty co do konstrukcji kalkulacji ceny należy uznać za chybione.

W zakresie konstrukcji wyjaśnień ceny oraz wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia ceny

i jej elementów składowych, z uwagi na tożsamą treść wezwania skierowanego

do Przystępujących Artigio i Group AV, Izba odsyła do uzasadnienia dotyczącego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Group AV jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku

do przedmiotu zamówienia, uznając ją za właściwą również dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu w części nieodnoszącej się do licencji dla przełączników sieciowych.

Co do braku wykazania kosztów pracy, w tym stawki 250 zł/g, Izba wskazuje że Zamawiający nie wymagał szczegółowego wykazania kosztów pracy, a jedynie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy.

W tym zakresie Przystępujący przedstawił następujące uzasadnienie: *Powyżej przedstawiamy jako dowód nr 1 tabelę kalkulacji cen, oświadczając jednocześnie, że w cenie oferty zostały uwzględnione koszty wykonania zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, wyszczególnionego w Specyfikacji Warunków Zamówienia jak również wskazujemy, iż w przedmiotowych stawkach znajdują się wszelkie składowe wynikające z przepisów dotyczących kosztów wynagrodzenia, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,*

tj. wynagrodzenia wskazane w poniższej tabeli uwzględniają i znacząco przewyższają wynagrodzenie minimalne oraz w wynagrodzeniu zawarte są składki oraz koszty związane

z ZUS, świadczeniami urlopowymi, świadczeniami chorobowymi i innymi wymaganiami prawnymi.

Jako dowody, załączył również umowy o pracę lub współpracę, faktury za realizację usług współpracy i oświadczenia o dotyczące zatrudnienia.

Ponadto dodać należy, że Zamawiający nie wymagał wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztu - co próbuje sugerować Odwołujący, lecz ceny oferty i jej istotnych części składowych,

Podsumowując, zakres i szczegółowość wyjaśnień kwestionowanych przez Odwołującego nie wynika z wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia ceny, lecz stanowi próbę narzucenia zasadności przyjętych przez siebie założeń co do wyliczenia ceny, jako jedynych właściwych.

Jednakże, z uwagi na potwierdzenie się okoliczności, że cena oferty nie uzasadnia możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Artigio jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt

w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała za zasadny.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Artigio jako niezgodnej z ustawą.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Z kolei stosownie do art. 118 ust. 2 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać

na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Odwołujący twierdzi, że oferta Artigio powinna zostać odrzucona ze względu na jej sprzeczność z ustawą, wskutek tego, że wykonawca ten wbrew wymogowi z art. 118 ust. 2 Pzp zamierza wykonać zamówienie bez udziału podmiotu udostępniającego mu zasób (New Amsterdam) lub ewentualnie z jego pozornym udziałem. W ofercie bowiem powołał

się na doświadczenie podwykonawcy New Amsterdam jako współprojektowanie systemu sterowania oraz opracowanie koncepcji graficznych, oraz załączył zobowiązanie

do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego złożone przez New Amsterdam, natomiast

w wyjaśnieniach ceny Artigio powołał się jedynie na podwykonawcę SLX, załączając jego ofertę (Dowód nr 3), bez wskazania na podwykonawcę New Amsterdam.

W ocenie Izby zarzut jest nieuzasadniony.

Cała argumentacja Odwołującego opiera się wyłącznie na braku wymienienia podmiotu New Amsterdam i braku jego oferty jako podwykonawcy, w wyjaśnieniach ceny.

Tymczasem Odwołujący pomija całkowicie inne elementy oferty oraz wyjaśnień ceny, przekazane przez P.A., które wskazują na udział New Amsterdam

w realizacji przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby sama okoliczność, że Artigio w wyjaśnieniach ceny jako podwykonawcę wymienił jedynie firmę SLX, nie jest wystarczająca dla potwierdzenia zarzutu pozornego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. P.A. załączył zobowiązanie podmiotu New Amsterdam sp. z o. o. udostępniającego zasoby w zakresie udziału osobistego w realizacji zamówienia jako podwykonawca, co oznacza konieczność realnego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Nie można również pominąć okoliczności, że w wyjaśnieniach ceny P.A. powołał się na zespół osób będących pracownikami New Amsterdam wskazanych do realizacji zobowiązań w zakresie podstawowym umowy wraz z usługami utrzymania i wsparcia. P.A. załączył również dowody w postaci umów o pracę, umowy współpracy, faktur za wykonane usługi, oświadczeń potwierdzających współpracę wybranych osób – członków zespołu do realizacji usługi, z podmiotem z New Amsterdam.

W ocenie Izby, powyższe wskazuje na osobisty udział tego podmiotu w wykonaniu usług, do realizacji których zdolności wskazane w zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów, są wymagane.

Zatem zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Group AV jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei, zgodnie z art. art. 224 ust. 5 Pzp Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 Pzp wskazuje, że 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.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena

tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań, w

jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania danej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić zamawiającemu podjęcie decyzji co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na jej kalkulację, uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez zamawiającego zakresie i terminie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba podkreśla, że wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego Group AV nie potwierdzają zasadności zarzutu.

Analiza wezwania skierowanego przez Zamawiającego z dnia 20 maja 2024 roku do wyjaśnienia ceny oferty oraz jej istotnych elementów składowych, oraz treść uzyskanych wyjaśnień ceny wraz z jej kalkulacją i załączonymi dowodami, w ocenie Izby nie dawała Zamawiającemu podstaw, do uznania, że oferta Przystępującego Group AV zawiera rażąco niską cenę.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie narzucał wykonawcom, ani nie stawiał żadnych wymagań co do sposobu i szczegółowości obliczenia ceny, sposobu dokonania kalkulacji, ani poziomu szczegółowości danych przyjętych do kalkulacji ceny. Nie określił również, jakie elementy oferty należy uznać za jej istotne elementy składowe. Zatem w tym zakresie pozostawił wykonawcy dowolność.

Izba wskazuje, że w takich okolicznościach, Zamawiający nie był uprawniony do kwestionowania przyjętych przez Przystępującego Group AV założeń i sposobu wyjaśnienia oraz obliczenia ceny. Ten argument Izba przywołuje również do konstrukcji ceny P.A..

Oferowana cena jest zawsze wynikiem indywidualnej strategii biznesowej wykonawcy i zakładanego ryzyka, a sposób jej kalkulacji (jeśli nie określił tego Zamawiający) wynika z własnych założeń i przyjętych metodologii kalkulacji.

Należy również podkreślić wysoki stopień ogólności wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, który dawał Przystępującemu dowolność, co do sposobu wyliczenia ceny, przyjętej metodologii, szczegółowości czy założeń co do kalkulacji ceny.

W wezwaniu do wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych elementów składowych Zamawiający wskazał:

*Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, **winny zawierać w szczególności kalkulację ceny** i zgodnie z treścią ustawy Pzp (art. 224 ust. 3 ustawy Pzp) mogą dotyczyć w szczególności:*

- *zarządzania procesem świadczonych usług,*
- *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,*
- *oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę,*
- *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 (t.j. Dz. U. 2020 poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,*
- *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.*
- *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*
- *zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
- *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Z powyższego wynika, że Zamawiający wymagał złożenia kalkulacji ceny - według niesprecyzowanych założeń, dowodów - bez ich dookreślenia oraz wskazał, że wyjaśnienia ceny mogą dotyczyć w szczególności wskazanych w wezwaniu okoliczności, zgodnie z treścią art. 224 ust. 3 Pzp.

Analiza złożonych przez Przystępującego Group AV wyjaśnień ceny potwierdziła, że wykonawca ten odniósł się zasadniczo do powyższych okoliczności.

Przed wszystkim przedstawił kalkulację ceny, w której jak oświadczył zostały ujęte wszelkie rzeczywiste koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, w tym koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk, podatki, ubezpieczenia, opłaty, koszty osobowe oraz założona rezerwa.

Wykonawca oświadczył oraz wskazał konkretne kwoty za usługi w przeliczeniu na r/h dla poszczególnych specjalistów, oświadczył, że przyjęte koszty pracy są nie mniejsze niż obecne minimalne wynagrodzenie za pracę na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu oraz przewidują

koszty składek społecznych i zdrowotnych. Koszty policzone zostały z uwzględnieniem wszystkich wymagań wynikających z przepisów prawa.

W zakresie korzystnych warunków wykonania zamówienia powołał się na oferty podwykonawców, załączając je jako dowody do wyjaśnienia ceny.

Ceny uzyskane od podwykonawców zostały ujęte w przedstawionej do wyjaśnień kalkulacji ceny oferty.

W ocenie Izby, w tych zakresach, w których Przystępujący powołał się na oferty podwykonawców potwierdzające możliwość wykonania usług za cenę w nich wskazaną, oraz na kalkulację własną, Przystępujący Group AV wykazał realność zaoferowanej ceny.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego dotyczącej braku możliwości wyjaśnienia ceny oferty za pomocą oferty podwykonawcy. Jeżeli wykonawca zamierza wykonać zamówienie korzystając przy jego wykonaniu z pomocy podwykonawcy, który złożył mu ofertę, wyceniając realizowany zakres prac, to wykonawca jest uprawniony a nawet powinien przy wyjaśnieniach ceny, przedstawić taką ofertę, stanowiącą dowód potwierdzający otrzymaną cenę. Jeżeli taka cena zaoferowana przez podwykonawcę będzie budziła wątpliwości Zamawiającego, to w ocenie Izby będzie mogła podlegać dalszym wyjaśnieniom.

Jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący kwestionuje nie wysokość ceny zaoferowanej przez podwykonawcę PCS, a brak jednoznacznego podziału prac pomiędzy wykonawcą Group AV a podwykonawcą PCS, który w jego ocenie nie wynika z zakresu oferty podwykonawcy oraz wyjaśnień ceny, a także brak wyjaśnień jak wyliczone zostały koszty podwykonawcy PCS.

Izba zauważa jednak, że takich informacji co do szczegółowości wyliczenia ceny i sposobu jej kalkulacji nie wymagał Zamawiający, a zatem brak jest podstaw do uznania możliwości ich pozytywnej weryfikacji.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego że oferta PCS została przygotowana później niż data w niej widniejąca, antydatowana, a jej jedynym celem jest uwiarygodnienie nierealnej ceny.

Powyższy zarzut nie został poparty żadnym dowodem ze strony Odwołującego, a argument dotyczący informacji z właściwości pliku, w ocenie Izby został skutecznie odparty przez Zamawiającego.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, zgodnie z którymi *Oferta PSC z dnia 06.05.2024 r. została przedłożona w formie dokumentowej. Następnie oferta ta została „przeniesiona” przez Przystępującego do pliku Word a następnie zapisana w formacie pdf celem umożliwienia złożenia podpisu elektronicznego na tym pliku pdf. Powołując się na informacje zawarte w „szczegółach” pliku pdf Odwołujący wskazuje, iż dokument został przygotowany przez Panią K.S. a nie A.G. – co jednak nie ma nic wspólnego z zarzutem ceny rażąco niskiej i potencjalnej niewiarygodności oferty. Plik może być utworzony na urządzeniu np. laptopie/ komputerze jakiegokolwiek osoby np. Katarzyny Szwed – co jest odnotowane we właściwościach pliku, i jednocześnie nie oznacza, że dokument został przez taką osobę przygotowany. Mało tego można też dopuścić za racjonalne, że dokument został przygotowany przez taką osobę na polecenie innej osoby (np. odpowiedzialnego w firmie za przekazywanie ofert). Wreszcie można przyjąć, że otrzymany od podwykonawcy dokument podlega zmianie formatu, co również będzie odnotowane we właściwościach pliku. Innymi słowy wskazanie we właściwościach pliku kogokolwiek nie oznacza, że osoba wskazana miała jakikolwiek związek z takim plikiem.*

Z treści oferty PSC, którą Przystępujący otrzymał w formie dokumentowej, wprost wynika,

że osobą odpowiedzialną za ofertę PCS jest pan A.G.. Przystępujący przedłożył ofertę PSC jako załącznik do wyjaśnień składanych w Postępowaniu (dnia 27.05.2024 r.) podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Reasumując - późniejsza data „utworzenia”

w żaden sposób nie świadczy o niewiarygodności złożonej oferty. Przedłożony przez Przystępującego załącznik w postaci oferty PCS został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pani A.S. dnia 27/05/2024, co oznacza, że mamy do czynienia

z oświadczeniem Przystępującego – iż załącznik ten stanowi ofertę cenową PCS, którą Przystępujący otrzymał od podwykonawcy dla celów niniejszego Postępowania.

W zakresie kwestionowanych przez Odwołującego - jako nierealnych kosztów osób wskazanych do realizacji zamówienia podanych w wyjaśnieniach ceny, Izba uznała

za niewykazane przykładowe koszty pracy przywołane przez Odwołującego. Odwołujący

nie przedstawił żadnego dowodu, potwierdzającego zasadność przyjętych przez siebie kosztów związanych z zatrudnieniem w Warszawie osób o średnim doświadczeniu. Powołanie

się wyłącznie na dane prezentowane w portalu NoFluffJobs, bez jakiegokolwiek dowodu

na poparcie swoich twierdzeń, Izba uznała za niewystarczające. W tych okolicznościach,

oraz z uwagi na to, że wynagrodzenie osób wskazanych do realizacji zamówienia przez Przystępującego Group AV przekracza minimalne wynagrodzenie określone w przepisach ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Izba uznała wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie za wystarczające.

Ponadto, jak wynika z treści ofert złożonych w postępowaniu, cena stawki godzinowej w ofercie Group VA dla usług rozwojowych i wsparcia jest ponad dwukrotnie wyższa niż stawka godzinowa oferowana przez Odwołującego.

Podsumowując powyższy wątek Izba wskazuje, że nie została podważona przez Odwołującego prawidłowość przyjętych przez Przystępującego Group AV założeń dotyczących kalkulacji ceny oferty. Odwołujący nie kwestionował ilości r/h przyjętych przez Przystępującego do kalkulacji ceny.

Ponadto zakres i szczegółowość wyjaśnień kwestionowanych przez Odwołującego nie wynika z wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia ceny, lecz stanowi próbę narzucenia zasadności przyjętych przez siebie założeń co do wyliczenia ceny, jako jedynych właściwych.

W ocenie Izby, przy tak ogólnym wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny i jej istotnych elementów składowych, Przystępujący Group AV sprostął ciężącemu na nim ciężarowi wykazania, jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W tych okolicznościach, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, że dokonała podziału kosztów w stosownie do wyniku postępowania, obciążając kosztami Odwołującego oraz P.A., na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 10 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: