

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: K.C.

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2024 roku przez *wykonawcę nFinity.PI spółka z ograniczoną odpowiedzialność z siedzibą we Wrocławiu* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Centrum Projektów Europejskich w Warszawie* przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *MobileMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Łodzi*

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 29 maja 2024 roku

tj. wyboru w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *Dostawa, wdrożenie*

i uruchomienie czterech niezależnych Portali na potrzeby Programu Interreg, oferty najkorzystniejszej.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 224 ust.6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty wykonawcy *MobileMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Łodzi*.

2. Kosztami postępowania obciąża *wykonawcę MobileMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Łodzi* i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczonej przez *wykonawcę nFinity.PI spółka z ograniczoną odpowiedzialność z siedzibą we Wrocławiu* tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od *wykonawcy MobileMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Łodzi* na rzecz *wykonawcy nFinity.PI spółka z ograniczoną odpowiedzialność z siedzibą we Wrocławiu* kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *wykonawcę nFinity.PI spółka z ograniczoną odpowiedzialność z siedzibą we Wrocławiu* stosownie do wyniku postępowania.

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 2042/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Centrum Projektów Europejskich w Warszawie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą *Dostawa, wdrożenie i uruchomienie czterech niezależnych Portali na potrzeby Programu Interreg*.

Postępowanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu

28 lutego 2024 roku, Numer publikacji ogłoszenia: 121866-2024, Numer wydania Dz.U. S: 42/2024.

W dniu 10 czerwca 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec zaniechań oraz czynności dokonanych przez Zamawiającego w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty: *MobileMS Sp. z o.o. adres: 91-230, Łódź, ul. Chochola 23*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konkurenta, w przypadku udzielenia przez niego wyjaśnień, które nie zostały poparte wymaganymi dowodami, a tym samym wyjaśnień, które nie wykazały

w szczególności: - faktycznej optymalizacji kosztów oraz stosowania procedur umożliwiających zwiększenie efektywności, - rzetelnej kalkulacji części składowych ceny ofertowej, w tym elementów, składających się na koszt usługi hostingu czterech portali zgodnie z OPZ w zakresie Etapu II oraz prac rozwojowych w zakresie Etapu IV wraz z przedstawieniem dowodów,

2) art. 224 ust. 1 Ustawy, wyrażającego się w nieuprawnionym, ponownym wezwaniu Konkurenta do udzieleniu wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z przedstawieniem wymaganych dowodów na okoliczność rzetelnej kalkulacji części składowych ceny ofertowej, w tym elementów składających się na koszt usługi hostingu czterech portali zgodnie z OPZ,

3)art. 16 Ustawy, przez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, przez: - bezkrytyczne przyjęcie przedstawionej przez Konkurenta nierzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, a także bezkrytyczne przyjęcie ogólnikowych i gołosłownych twierdzeń Konkurenta, zawartych w treści złożonych przez niego wyjaśnień, - naruszenie zasady jednokrotnego wezwania do udzielania wyjaśnień w sprawie podejrzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę,

-a w przypadku nieuwzględnienia podniesionych wyżej zarzutów – z ostrożności procesowej – zarzut ewentualny naruszenia przepisu:

4)art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konkurenta, w przypadku została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem oferuje wykonanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia w zakresie usługi hostingu czterech portali zgodnie z OPZ.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz
- nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert złożonych w Przetargu oraz rozstrzygnięcie Przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami Ustawy/ dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przepisami Ustawy oraz spisem kosztów przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący podał, w odniesieniu do wykazania przesłanek z art. 505 ustawy, że w dniu 29 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, biorących udział w Przetargu o wyborze najkorzystniejszej oferty, a mianowicie oferty złożonej przez Konkurenta (z wynikiem: 100 pkt). Oferta Wykonawcy zajęła drugie miejsce w rankingu ofert (z wynikiem: 95,88 pkt). W takim stanie sprawy nie budzi wątpliwości fakt posiadania przez Odwołującego legitymacji czynnej do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący w omawianym przypadku ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem Przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z ust. 1 Rozdziału IV Opis przedmiotu zamówienia specyfikacji warunków zamówienia, określonych na potrzeby przeprowadzenia Przetargu („SWZ”), jest t dostawa, wdrożenie i uruchomienie czterech niezależnych Portali na potrzeby Programu Interreg, składających się z systemów CMS wraz zaprojektowaniem

i zbudowaniem stron internetowych, posadowionych na uruchomionych systemach CMS oraz świadczenie asysty technicznej dla Portali. Systemy CMS dedykowane są do obsługi następujących stron internetowych:

- 1) strona internetowa programu Polska – Saksonia,
- 2) strona internetowa programu Polska – Słowacja,
- 3) strona internetowa programu Południowy Bałtyk,
- 4) strona internetowa programu Polska – Ukraina.

Zgodnie z SWZ, opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do projektowanych postanowień umowy („PPU”), wskazanych jako załącznik nr 3 do SWZ (pkt 2 Rozdz. IV SWZ).

Zgodnie z § 3 ust. 3 PPU, każda z ww. stron internetowych, będzie posadowiona

i obsługiwana przez wyodrębniony technicznie system CMS, niezależny i niepowiązany technicznie z innymi systemami CMS, obsługującymi pozostałe strony internetowe określone w § 3 ust. 2 PPU.

Zamawiający postanowił, że przedmiot zamówienia składał się będzie z następujących Etapów:

Etap I – Przygotowanie projektu Portalu;

Etap II – Wdrożenie Portalu;

Etap III – Stabilizacja Portalu;

Etap IV – Asysta techniczna - przez 36 miesięcy od dnia odebrania Etapu III.

Szczegółowy opis poszczególnych Etapów, przedstawiony został w pkt 2 Załącznika nr 1 do PPU, zwanego dalej „OPZ”.

Zgodnie z pkt 2.2. OPZ, w Etapie wdrożenia Portalu Wykonawca zobligowany jest m.in. do – opisanego w ppkt 6 – zapewnienia hostingu Portalu co najmniej od chwili oddania Portalu do wersji produkcyjnej przez okres 24 miesięcy.

Zamawiający jednocześnie określił oczekiwania, jakie postawił przed każdym

z wykonawców, biorących udział w Przetargu, a mianowicie „że w terminie 60 dni

od zawarcia Umowy dokona cesji na Zamawiającego na usługę hostingu w ramach wynagrodzenia umownego.”

Zamawiający określił w OPZ swoje wymagania w zakresie jakości usługi hostingu, wyznaczając następujące parametry:

- Nieograniczony limit transferu danych,
- Gwarantowaną przepustowość łącza 10 Gbit/s (synchroniczne);
- Zapewnienie dostępności strony na poziomie SLA 99,8%
- Automatyczne tworzenie kopii zapasowej bazy w innej lokalizacji niż lokalizacja serwera, na którym umieszczony będzie Portal – co najmniej 1 raz dziennie (połączenie szyfrowane);
- Serwer, na którym będzie umieszczony Portal powinien znajdować się na terenie Polski;
- Serwer i współpracujące z nim komponenty zapewniające działanie Portalu zabezpieczone w trybie 24 h na dobę 7 dni w tygodniu w tym:

- ochronę przed nieautoryzowanym i nieuprawnionym dostępem do serwera;
- ochronę przed wirusami, robakami internetowymi i innymi formami ataku;
- stosowanie silnych haseł dostępu do funkcji administracyjnych serwera Portalu i innych komponentów;
- stosowanie połączeń szyfrowanych;
- fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu poprzez zabezpieczenie przed utratą zasilania;
- fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu przed nieuprawnionym dostępem osób z zewnątrz;
- zabezpieczenia firewall;
- system wykrywania ataków IDS;
- system zapobiegania włamaniom IPS;
- system ochrony przed atakami typu DDOS;

- Gwarantowaną przestrzeń dyskową o wielkości minimum 500 GB;
- Gwarantowaną przestrzeń dla baz danych o wielkości minimum 240 GB SSD.;
- Dostępność Portalu i jego usług sieciowych będzie monitorowana w trybie 24/7/365.
- Dopuszczalna przerwa w działaniu usługi hostingu w skali miesiąca nie może być dłuższa niż wynikająca z gwarantowanego przez Wykonawcę poziomu jakości (SLA) dotyczącego dostępności usług hostingu.
- Dzienny backup portalu przechowywany przez okres 7 dni.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2024 r., Zamawiający wezwał Konkurenta do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ww. ceny. Zamawiający wymagał wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny ofertowej i ewentualnych okoliczności mających wpływ na jej ustalenie, o których mowa w art. 224 ust. 1 Ustawy. Zwrócił uwagę, że:

- należy odnieść się do wszystkich elementów składowych, wskazanych w umowie i opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik do umowy, kształtujących cenę łączną oferty,
- należy uwzględnić etapy realizacji zamówienia i składające się na nie działania oraz zaangażowanie kadrowe,
- należy wskazać na sprzyjające okoliczności, w szczególności w przypadku, jeżeli wysokość zaoferowanej ceny wynika ze specjalnej sytuacji rynkowej wykonawcy, powiązań biznesowych, dostępności i cen materiałów, otrzymanych dotacji czy organizacji pracy.
- wykonawca poza wyjaśnieniami jest obowiązany przedstawić dowody na potwierdzenie swoich wyjaśnień, w szczególności dokumenty potwierdzające ceny usług zewnętrznych, obowiązujące w organizacji stawki wynagrodzeń
 - na poszczególnych stanowiskach czy też oferty usług świadczonych w ramach umów cywilno-prawnych czy B2B, posiadany potencjał techniczny i kadrowy, kalkulację ceny uwzględniającą koszty jednostkowe związane z realizacją zamówienia
 - i planowany zysk.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konkurent, pismem z dnia 29 kwietnia 2024 r., w zakresie kosztów usługi hostingu portali, wyjaśnił, że „hosting portali realizowany będzie na serwerach zapewniających minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Hosting policzony został jako okres 24 miesięcy od momentu uruchomienia na nim wersji produkcyjnej. Środowisko deweloperskie i testowe niezbędne do realizacji projektu Wykonawca zapewni wydzielając odpowiednie zasoby z posiadanych przez siebie serwerów. Maksymalny koszt hostingu dla czterech portali uwzględniający podział hostingu na cztery niezależne instancje to 4000 zł netto.”

W reakcji na ww. wyjaśnienia Konkurenta, w dniu 9 maja 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o odrzucenie oferty Konkurenta, zwracając uwagę na fakt, że wyjaśnienia Konkurenta, w tym podany przez niego poziom kosztu usługi hostingu

4 portali w okresie 24 miesięcy jest nierealny, podając uzasadnienie do swojej oceny.

W konsekwencji, jeszcze w tym samym dniu, Zamawiający zwrócił się do Konkurenta

z ponownym wezwaniem „do złożenia doprecyzowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny”. Zamawiający – w nawiązaniu do złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty - wezwał do doprecyzowania pozycji III.7 Tabeli 1 „Hosting portali (łącznie 4 portale)

24 mce”, a także oczekiwał potwierdzenia, że zaoferowana przez Konkurenta usługa hostingu jest zgodna z OPZ. Dodatkowo Zamawiający na potwierdzenie powyższego wezwał Konkurenta do złożenia dowodów (w szczególności: specyfikacji hostingu, ofert, faktur kosztowych, itp.).

W odpowiedzi na ponowne wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym wezwaniu do złożenia dowodów w celu doprecyzowania treści uprzednio złożonych wyjaśnień, Konkurent pismem z dnia 13 maja 2024 r. poinformował Zamawiającego,

że wykazany koszt 4 920,00 zł dotyczy hostingu 4 portali przez okres 24 miesięcy, zgodnie z zapisami opisu przedmiotu zamówienia, a oferowana cena opiera się na wycenie przedstawionej przez partnera Konkurenta w zakresie świadczenia usług hosingowych, firmy NODEA M.A., 64-100 Leszno, ul. Geodetów 1 (<https://nodea.pl/>), zwana dalej „firmą NODEA”. Konkurent przyznał, że ze wskazaną firmą, ma podpisaną umowę

na dostarczanie przestrzeni hostingowej dla złożonych projektów, między innymi do projektu realizowanego przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej. Jednocześnie wyjaśnił, że z uwagi na fakt, że wyceniane przedsięwzięcie jest kolejną umową realizowaną

z dostawcą przestrzeni serwerowej, Konkurent dysponuje odpowiednimi rabatami umożliwiającymi zaoferowanie hostingu po stawce wskazanej w (złożonych uprzednio przez Konkurenta) wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo powiadomił,

że w przypadku np. zwiększenia kosztów w okresie utrzymania z przyczyn niezależnych

od Wykonawcy, Wykonawca dysponuje w ramach wyceny budżetem ryzyka. W załączeniu złożonych wyjaśnień Konkurent przedstawił dowód w postaci oferty firmy NODEA

„na wskazany zakres przewidziany w zamówieniu”. Jednakże w ocenie Odwołującego,

z treści przedmiotowej oferty, zatytułowanej „Oferta na serwer hostingu wirtualnego przygotowana dla (...) MOBILEMS sp. z o.o.” i opatrzonej datą 10 kwietnia 2024 r., wynika, że oferta ta utraciła ważność w dniu 10 maja 2024 r. W treści oferty wskazano, że oferta

ta uwzględniała parametry, określone w OPZ. Jednocześnie z treści oferty nie wynika:

- jakiego zamówienia publicznego dotyczy oferta (brak nazwy przedmiotu zamówienia),
- czy oferta obejmowała możliwość dokonania cesji na Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ.

Odwołujący podał, że analogiczne zastrzeżenia można podnieść wobec niejednoznacznej treści oferty podwykonawcy, dołączonej do wyjaśnień Konkurenta (oferta firmy

E-JANKOWSKA ANNA EJANKOWSKA, adres: ul. Cyprysowa 2, 87-100 Toruń).

Odwołujący podał, że stanowczo sprzeciwia się podjętym czynnościom przez Zamawiającego dwukrotnego zwracania się do udzielenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, albowiem jest to de facto naruszenie zasady zakazu jednokrotnego wezwania, przy uwzględnieniu szczegółowości i jednoznaczności treści pierwotnego wezwania.

Odwołujący podnosi, że - zakładając nawet hipotetycznie – prawo Zamawiającego

do ponownego żądania udzielenia wyjaśnień przez Konkurenta oraz żądania przedstawienia wymaganych dowodów, to zarówno udzielone przez Konkurenta wyjaśnienia, jak

i przedstawiona oferta firmy NODEA nie usuwały wątpliwości w zakresie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, w tym

kosztów usługi hostingowej. Po pierwsze, Konkurent nie przedstawił odpowiedniego, dowodu potwierdzającego fakt przyznanych rabatów na przedmiotowe usługi. Po drugie, treść - dołączonej do wyjaśnień Konkurenta - oferty nie potwierdza pełnego zakresu realizacji oczekiwań Zamawiającego w zakresie zobowiązania Wykonawcy do cesji umowy hostingowej. Tym samym złożone przez Konkurenta wyjaśnienia nie zrealizowały celu postępowania wyjaśniającego, jakim jest m.in. potwierdzenie, że oferowana przez niego usługa jest zgodna z przedmiotem zamówienia.

Niezależnie Odwołujący podniósł, że zaoferowana przez firmę NODEA cena za usługę hostingu jest nierealna, możliwa do przyjęcia co najwyżej w kategorii błędu rachunkowego. Na podstawie własnych ustaleń Odwołujący ujawnił, że firma NODEA hostuje swoje serwery, korzystając z usług firmy Artnet Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Tym samym firma NODEA jest zaledwie resellerem firmy Artnet. Znamienne, że firma Artnet oferuje łącze 10 Gbps tylko dla serwerów dedykowanych, natomiast dla serwerów VPS nie jest to możliwe. Odwołujący zwraca uwagę, że koszt wykupu takiego serwera jaki Konkurent oferuje za cenę 146 zł netto miesięcznie, to minimum 2100 zł netto miesięcznie (zgodnie z konfiguratorem <https://www.artnet.pl/serwery-dedykowane/>), gdzie sama gwarancja łącza 10 Gbps to wydatek na poziomie 1700 zł netto miesięcznie. Co więcej firma Artnet nie oferuje hostingu o nielimitowanym transferze, jest tam limit do 240 TB. Tym samym Konkurent nie może nawet zaoferować nielimitowanego transferu jakiego wymaga OPZ (brak zasobów i możliwości technicznych). Wyjaśnienia Konkurenta, wskazujące, że niższe koszty uzasadnia możliwość współdzielenia danego serwera z innymi klientami, nie przekonują, albowiem w wypadku współdzielenia serwera nie ma gwarancji przepustowości łącza na poziomie 10 Gbps.

W ocenie Odwołującego rażąco zaniżenie kosztu usługi hostingu czterech portali w okresie 24 miesięcy, zgodnie z OPZ, wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem oferowanie usług poniżej kosztów ich wytworzenie/zapewnienia jest działaniem irracjonalnym, które łączy się z zamiarem eliminacji pozostałych wykonawców z rynku.

W zakresie art. 16 Ustawy Odwołujący podał, że Zamawiający, zwracając się do wykonawców, biorących udział w Przetargu, z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie rażącej niskiej ceny wyznaczył wszystkim termin do przedstawienia wyjaśnień wraz z wymaganymi dowodami pod rygorem odrzucenia oferty. Występując ponownie do Konkurenta z takim samym wezwaniem w zakresie wyjaśnienia zaniżonych kosztów usługi hostingu, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 czerwca 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 29 maja 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dopuściła dowód zawnioskowany i złożony do akt sprawy w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego – oświadczenie N.M. z siedziba w Lesznie z dnia 26 czerwca 2024 roku.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty,

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 226 ust. 5 ustawy – Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

- art. 224 ust. 6 ustawy - 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.

Uwzględnienie zarzutów odwołania w całości

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył do protokołu oświadczenie,

że **uwzględnienia zarzutów odwołania w całości**.

Uczestnik postępowania odwoławczego, po przerwie w trakcie posiedzenia zarządzanej na wniosek uczestnika postępowania odwoławczego, **złożył sprzeciw** wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania przedstawionych w odwołaniu w całości (zgodnie z art. 523 ust. 1 ustawy).

Brak stawiennictwa strony prawidłowo zawiadomionej

Na posiedzenie z udziałem stron oraz na rozprawę nie stawili się żaden pełnomocnik Odwołującego. Zgodnie z aktami sprawy odwoławczej Odwołujący, zgodnie ze wskazaniem z odwołania, został zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy w dniu 19 czerwca 2024 roku (godzina 14:03), odbiór zawiadomienie o terminie posiedzenia i rozprawy potwierdzono w dniu 20 czerwca 2024 roku (godzina 7:21).

Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy niestawiennictwo strony prawidłowo zawiadomionej o terminie nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 28 maja 2024 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 29 maja br. o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu (pismo w aktach sprawy).

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej: SWZ)

IV. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. *Przedmiotem zamówienia jest dostawa, wdrożenie i uruchomienie czterech niezależnych Portali na potrzeby Programu Interreg, składających się z systemów CMS wraz zaprojektowaniem i zbudowaniem stron internetowych, posadowionych na uruchomionych systemach CMS oraz świadczenie asysty technicznej dla Portali.*

Systemy CMS dedykowane są do obsługi następujących stron internetowych:

- 1) *strona internetowa programu Polska – Saksonia,*
- 2) *strona internetowa programu Polska – Słowacja,*
- 3) *strona internetowa programu Południowy Bałtyk,*
- 4) *strona internetowa programu Polska – Ukraina.*

2. *Opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do umowy – zał. nr 3 do SW*

Zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy Zamawiający określili:

§ 3. Przedmiot Umowy

(...)

2. *Przedmiotem Umowy jest dostawa, wdrożenie i uruchomienie czterech niezależnych Portali, składających się z systemów CMS wraz zaprojektowaniem i zbudowaniem stron internetowych, posadowionych na uruchomionych systemach CMS oraz świadczenie asysty technicznej dla Portali. Systemy CMS dedykowane są do obsługi następujących stron internetowych:*

- 1) *strona internetowa programu Polska – Saksonia,*
- 2) *strona internetowa programu Polska – Słowacja,*
- 3) *strona internetowa programu Południowy Bałtyk,*
- 4) *strona internetowa programu Polska – Ukraina.*

3. *Każda strona internetowa określona w ust. 2, będzie posadowiona i obsługiwana przez wyodrębniony technicznie system CMS, niezależny i niepowiązany technicznie z innymi systemami CMS, obsługującymi pozostałe strony internetowe określone w ust. 2.*

4.

Przedmiot zamówienia składa się z następujących Etapów:

Etap I – Przygotowanie projektu Portalu;

Etap II – Wdrożenie Portalu;

Etap III – Stabilizacja Portalu;

Etap IV – Asysta techniczna - przez 36 miesięcy od dnia odebrania Etapu III.

5. Każdy Portal wdrażany będzie niezależnie, Etapami określonymi w ust. 4, według metodyki wdrożenia określonej w § 4 ust. 10-13, oraz objęty będzie gwarancją

6. Przedmiot Umowy zostanie zrealizowany zgodnie z zapisami Umowy oraz jej załączników, w szczególności z Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy lub jeżeli założenia Portalu zostały zmodyfikowane na Etapie I-II - zgodnie z ostatecznymi ustaleniami pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym uwzględnionymi w analizie przedwdrożeniowej i dokumentacji technicznej.

Załącznik nr 1 - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

stanowi załącznik do Projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 3 do SWZ), w którym zawarto między innymi:

2.Zakres przedmiotu zamówienia i Harmonogram prac

(...)

Tabela 1: Harmonogram Prac

. Zapewnienie hostingu Portalu co najmniej od chwili oddania Portalu do wersji produkcyjnej, przez okres 24 miesięcy. Wykonawca w terminie 60 dni od zawarcia Umowy dokona cesji na Zamawiającego na usługę hostingu w ramach wynagrodzenia umownego

(...)

2.2.Etap II Wdrożenie Portalu

6)Wykonawca zapewni hosting Portalu* co najmniej od chwili oddania Portalu do wersji produkcyjnej przez okres 24 miesięcy.

Wykonawca w terminie 60 dni od zawarcia Umowy dokona cesji na Zamawiającego na usługę hostingu w ramach wynagrodzenia umownego.

*Usługa hostingu o następujących parametrach:

- Nieograniczony limit transferu danych,
- Gwarantowaną przepustowość łącza 10 Gbit/s (synchroniczne);
- Zapewnienie dostępności strony na poziomie SLA 99,8%
- Automatyczne tworzenie kopii zapasowej bazy w innej lokalizacji niż lokalizacja serwera, na którym umieszczony będzie Portal – co najmniej 1 raz dziennie (połączenie szyfrowane);
- Serwer, na którym będzie umieszczony Portal powinien znajdować się na terenie Polski;
- Serwer i współpracujące z nim komponenty zapewniające działanie Portalu zabezpieczone w trybie 24 h na dobę 7 dni w tygodniu w tym:
 - ochronę przed nieautoryzowanym i nieuprawnionym dostępem do serwera;
 - ochronę przed wirusami, robakami internetowymi i innymi formami ataku;
 - stosowanie silnych haseł dostępu do funkcji administracyjnych serwera Portalu i innych komponentów;
 - stosowanie połączeń szyfrowanych;
 - fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu poprzez zabezpieczenie przed utratą zasilania;
 - fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu przed nieuprawnionym dostępem osób z zewnątrz;
 - zabezpieczenia firewall;
 - system wykrywania ataków IDS;
 - system zapobiegania włamaniom IPS;
 - system ochrony przed atakami typu DDOS;
- Gwarantowaną przestrzeń dyskową o wielkości minimum 500 GB;
- Gwarantowaną przestrzeń dla baz danych o wielkości minimum 240 GB SSD.;
- Dostępność Portalu i jego usług sieciowych będzie monitorowana w trybie 24/7/365. Dopuszczalna przerwa w działaniu usługi hostingu w skali miesiąca nie może być dłuższa niż wynikająca z gwarantowanego przez Wykonawcę poziomu jakości (SLA) dotyczącego dostępności usług hostingu.
- Dzienny backup portalu przechowywany przez okres 7 dni.

Zamawiający pismem z dnia 24 kwietnia 2024 roku wezwał MobileMS spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (uczestnik postępowania odwoławczego) do złożenia wyjaśnień w

zakresie ceny oferty:

Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, wobec faktu, iż zaofferowana przez Wykonawcę cena za realizację zamówienia jest niższa o 38,85 % od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 40,69% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, przez co wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SWZ.

Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ww. ceny.

Zamawiający wymaga wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny ofertowej i ewentualnych okoliczności mających wpływ na jej ustalenie, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Należy odnieść się do wszystkich elementów składowych, wskazanych w umowie i opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik do umowy, kształtujących cenę łączną oferty. Należy uwzględnić etapy realizacji zamówienia i składające się na nie działania oraz zaangażowanie kadrowe. Jeżeli wysokość zaofferowanej ceny wynika w szczególności ze specjalnej sytuacji rynkowej Wykonawcy, powiązań biznesowych, dostępności i cen materiałów, otrzymanych dotacji czy organizacji pracy, Wykonawca winien wskazać ww. okoliczności. Wykonawca poza wyjaśnieniami jest obowiązany przedstawić dowody na potwierdzenie swoich wyjaśnień, w szczególności dokumenty potwierdzające ceny usług zewnętrznych, obowiązujące w organizacji stawki wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach czy też oferty usług świadczonych w ramach umów cywilno-prawnych czy B2B, posiadany potencjał techniczny i kadrowy, kalkulację ceny uwzględniającą koszty jednostkowe związane z realizacją zamówienia i planowany zysk.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2024 roku MobileMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: MobileMS) złożył wyjaśnienia podając, że:

„że część niniejszego pisma oraz załączniki do pisma zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z czym treść dokumentu w odpowiednio oznaczonych częściach oraz wszystkie załączniki nie mogą być ujawniane oraz udostępniane podmiotom trzecim.”

W trakcie rozprawy zostało ustalone, że treść pisma z dnia 29 kwietnia 2024 roku została w całości odtajniona przez Zamawiającego, jak również odtajnione zostały załączniki do pisma.

W treści pisma, między innymi, podał MobileMS:

III. Szczegółowa kalkulacja oferty

Wykonawca w ofercie podał kwotę 460 800,00zł (słownie: czterysta sześćdziesiąt tysięcy osiemset złotych) netto, co powiększone o podatek od towarów i usług stanowi kwotę 566 784,00 zł brutto (słownie: pięćset sześćdziesiąt sześć tysięcy siedemset osiemdziesiąt cztery złote) brutto. Kwota ta składa się na realizację całego projektu a w szczególności przedstawia się następująco:

Tabela 1 Rozbicie poszczególnych pozycji kosztowych

Lp. Pozycja Koszt netto Koszt brutto

(...)

III.7 Hosting portali (łącznie 4 portale) 24 mce 4000,00 4920,00

(...)

III.7 Hosting portali

Hosting portali realizowany będzie na serwerach zapewniających minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Hosting policzony został jako okres 24 miesiące od momentu uruchomienia na nim wersji produkcyjnej. Środowisko deweloperskie i testowe niezbędne do realizacji projektu Wykonawca zapewni wydzielając odpowiednie zasoby z posiadanych przez siebie serwerów. Maksymalny koszt hostingu dla czterech portali uwzględniający podział hostingu na cztery niezależne instancje to 4000 zł netto.

Zamawiający **pismem z dnia 9 maja 2024 roku** wezwał MobileMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi do złożenia:

Wezwanie do złożenia doprecyzowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny

W nawiązaniu do złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, Zamawiający wzywa do doprecyzowania pozycji III.7 Tabeli 1 „Hosting portali (łącznie 4 portale) 24 mce”. Czy wykazany koszt 4 920,00 zł. dotyczy hostingu 4 portali prze okres 24 miesiące, zgodnego z zapisami opisu przedmiotu zamówienia, tj.:

Wykonawca zapewni hosting Portalu, co najmniej od chwili oddania Portalu do wersji produkcyjnej, przez okres 24 miesięcy. Wykonawca w terminie 60 dni od zawarcia Umowy dokona cesji na Zamawiającego na usługę hostingu w ramach wynagrodzenia umownego.

Usługa hostingu o następujących parametrach:

- Nieograniczony limit transferu danych;
- Gwarantowaną przepustowość łącza 10 Gbit/s (synchroniczne);
- Zapewnienie dostępności strony na poziomie SLA 99,8%;
- Automatyczne tworzenie kopii zapasowej bazy w innej lokalizacji niż lokalizacja serwera, na którym umieszczony będzie Portal – co najmniej 1 raz dziennie (połączenie szyfrowane);
- Serwer, na którym będzie umieszczony Portal powinien znajdować się na terenie;
- Polski;
- Serwer i współpracujące z nim komponenty zapewniające działanie Portalu zabezpieczone w trybie 24 h na dobę 7 dni w tygodniu w tym:
 - ochronę przed nieautoryzowanym i nieuprawnionym dostępem do serwera; o ochronę przed wirusami, robakami internetowymi i innymi formami ataku;
 - stosowanie silnych haseł dostępu do funkcji administracyjnych serwera Portalu i innych komponentów;
 - stosowanie połączeń szyfrowanych;
 - fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu poprzez zabezpieczenie przed utratą zasilania;
 - fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu przed nieuprawnionym dostępem osób z zewnątrz;
 - zabezpieczenia firewall;
 - system wykrywania ataków IDS;
 - system zapobiegania włamaniom IPS;
 - system ochrony przed atakami typu DDOS;
- Gwarantowaną przestrzeń dyskową o wielkości minimum 500 GB;
- Gwarantowaną przestrzeń dla baz danych o wielkości minimum 240 GB SSD;
- Dostępność Portalu i jego usług sieciowych będzie monitorowana w trybie 24/7/365. Dopuszczalna przerwa w działaniu usługi hostingu w skali miesiąca nie może być dłuższa niż wynikająca z gwarantowanego przez Wykonawcę poziomu jakości (SLA) dotyczącego dostępności usług hostingu.
- Dzienny backup portalu przechowywany przez okres 7 dni.

Zamawiający na potwierdzenie powyższego żąda złożenia dowodów (w szczególności: specyfikacji hostingu, ofert, faktur kosztowych, itp.).

MobileMS **pismem z dnia 13 maja 2024 roku** – pierwotnie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże zostało to zastrzeżenie uznane przez Zamawiającego

za nieskuteczne, o czym Zamawiający zawiadomił MobileMS pismem z dnia 29 czerwca 2024 roku (w aktach sprawy) i co Zamawiający wyjaśnił dodatkowo w trakcie rozprawy – złożył następujące wyjaśnienia:

W odpowiedzi na pismo z dn. 9 maja 2024 roku wzywające do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie do doprecyzowania pozycji III.7 Tabeli 1 „Hosting portali (łącznie 4 portale) 24 mce” informujemy, że wykazany koszt 4 920,00 zł dotyczy hostingu 4 portali przez okres 24 miesięcy, zgodnie z zapisami opisu przedmiotu zamówienia.

Usługa hostingu obejmuje następujące parametry:

- Nieograniczony limit transferu danych;
- Gwarantowaną przepustowość łącza 10 Gbit/s (synchroniczne);
- Zapewnienie dostępności strony na poziomie SLA 99,8%;
- Automatyczne tworzenie kopii zapasowej bazy w innej lokalizacji niż lokalizacja serwera, na którym umieszczony będzie Portal – co najmniej 1 raz dziennie (połączenie szyfrowane);
- Serwer, na którym będzie umieszczony Portal powinien znajdować się na terenie Polski;
- Serwer i współpracujące z nim komponenty zapewniające działanie Portalu zabezpieczone w trybie 24 h na dobę 7 dni w tygodniu w tym:
 - o ochronę przed nieautoryzowanym i nieuprawnionym dostępem do serwera; o ochronę przed wirusami, robakami internetowymi i innymi formami ataku;
 - o stosowanie silnych haseł dostępu do funkcji administracyjnych serwera Portalu i innych komponentów;
 - o stosowanie połączeń szyfrowanych;
 - o fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu poprzez zabezpieczenie

przed utratą zasilania;
o fizyczną ochronę wszystkich składników infrastruktury Portalu przed nieuprawnionym dostępem osób z zewnątrz;
o zabezpieczenia firewall;
o system wykrywania ataków IDS;
o system zapobiegania włamaniom IPS;
o system ochrony przed atakami typu DDOS;

- Gwarantowaną przestrzeń dyskową o wielkości minimum 500 GB;
- Gwarantowaną przestrzeń dla baz danych o wielkości minimum 240 GB SSD;
- Dostępność Portalu i jego usług sieciowych będzie monitorowana w trybie 24/7/365.

Dopuszczalna przerwa w działaniu usługi hostingu w skali miesiąca nie może być dłuższa niż wynikająca z gwarantowanego przez Wykonawcę poziomu jakości (SLA) dotyczącego dostępności usług hostingu.

- Dzienny backup portalu przechowywany przez okres 7 dni.

Oferowana cena opiera się na wycenie przedstawionej przez partnera MobileMS sp. z o.o.

w zakresie świadczenia usług hostingowych, firmie NODEA M.A., 64-100 Leszno, ul. Geodetów 1 (<https://nodea.pl/>). Z ww dostawcą posiadamy podpisaną umowę na dostarczanie przestrzeni hostingowej dla złożonych projektów, między innymi do projektu realizowanego przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej. Ponieważ wyceniane przedsięwzięcie jest kolejną umową realizowaną z dostawcą przestrzeni serwerowej dysponujemy odpowiednimi rabatami umożliwiającymi zaoferowanie hostingu po stawce wskazanej w wyjaśnieniach RNC. Należy nadmienić jeszcze, że w przypadku np. zwiększenia kosztów w okresie utrzymania z przyczyn niezależnych od Wykonawcy dysponujemy w ramach wyceny budżetem ryzyka. W załączeniu przesyłamy jako dowód ofertę firmy Nodea na wskazany zakres przewidziany w zamówieniu.

Do pisma załączono ofertę Nodea z dnia 10 kwietnia 2024 roku.

Izba zważyła:

Izba, w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania (zarzut 1, 2 i 3), wskazuje

na wstępie, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu

o dokumenty złożone w postępowaniu. Oceny dokonania czynności Zamawiającego Izba dokonuje w przymacie zarzutów odwołania oraz argumentacji Odwołującego zawartej w uzasadnieniu odwołania.

Izba wyjaśnia, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzecznicy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak również przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Izba podkreśla, na podstawie ugruntowanego orzecznictwa, że „cena rażąco niska” to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak w sposób najbardziej prosty

i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska

to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku,

na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność

i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska, a po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco

niska (art. 224 st. 5 ustawy). Izba podkreśla, że w odniesieniu do złożonych wyjaśnień oraz ich oceny w przykazaniu wezwania do złożenia wyjaśnień, że niewątpliwie na zakres informacji podanych w wyjaśnieniach wpływają oczekiwania Zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu. Wyjaśnieniami zależy jedynie od wykonawcy, który je składa z uwagi na brak wytycznych co do zakresu informacji jakie ma przedstawić wykonawca.

W ramach przedmiotowego postępowania o zamówienie w wezwaniu do MobileMS Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie określił zakres informacji jakie mają zostać ujęte w wyjaśnieniach ceny oferty i wskazał, że: „Należy odnieść się do wszystkich elementów składowych, wskazanych w umowie i opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik do umowy, kształtujących cenę łączną oferty. Należy uwzględnić etapy realizacji zamówienia i składające się na nie działania oraz zaangażowanie kadrowe. Jeżeli wysokość zaoferowanej ceny wynika w szczególności ze specjalnej sytuacji rynkowej Wykonawcy, powiązań biznesowych, dostępności i cen materiałów, otrzymanych dotacji czy organizacji pracy, Wykonawca winien wskazać ww. okoliczności. Wykonawca poza wyjaśnieniami jest obowiązany przedstawić dowody na potwierdzenie swoich wyjaśnień, w szczególności dokumenty potwierdzające ceny usług zewnętrznych, obowiązujące w organizacji stawki wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach czy też oferty usług świadczonych w ramach umów cywilno-prawnych czy B2B, posiadany potencjał techniczny i kadrowy, kalkulację ceny uwzględniającą koszty jednostkowe związane z realizacją zamówienia i planowany zysk.” Istotne znaczenie dla oceny wyjaśnień wykonawcy, jak również zakresu składanych wyjaśnień ma treść przedstawionego wezwania. W tym wypadku Zamawiający wyliczył i wskazał podstawy elementów jakie mają zostać wyjaśnione w zakresie ceny oraz jednoznacznie odniósł się do dowodów jakie mają być przedstawione w określonych okolicznościach.

Izba podkreśla, że Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji,

co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące,

że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 roku (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – przy czym nie bez znaczenia dla składanych wyjaśnień pozostaje treść wezwania Zamawiającego.

Izba wskazuje i podkreśla, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę

i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić

i przyjęć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacjom ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy, do którego to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.

Wymaga zaznaczenia w tym miejscu, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień

w trybie art. 244 ustawy nie rodzi żadnego domniemania, ustawodawca nie wprowadził

do przepisów skutku wezwania do złożenia wyjaśnień zakresie ceny w postaci domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wzywanego do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca

w ramach ustawy posługuje się domniemaniami i tak np. w art. 514 ust 3 ustawy ustawodawca wprowadził jednoznacznie, że domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Gdyby ustawodawca chciał wprowadzić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień to uczyniłby to, tym bardziej, że wprowadzenie takiego domniemania wiązałoby się z określonymi skutkami dla wykonawcy.

W zakresie zarzutu 2 odwołania naruszenia art. 224 ust. 1 Ustawy, wrażliwego się w nieuprawnionym, ponownym wezwaniu Konkurenta do udzieleniu wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z przedstawieniem wymaganych dowodów na okoliczność rzetelnej kalkulacji części składowych ceny ofertowej, w tym elementów składających się na koszt usługi hostingu czterech portali zgodnie z OPZ

oraz **w zakresie zarzutu 3 odwołania** naruszenia art. 16 Ustawy, przez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, przez naruszenie zasady jednokrotnego wezwania do udzielania wyjaśnień w sprawie podejrzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę,

– Izba zarzuty uznała za zasadne.

Izba mając na uwadze w całości ustalenia poczynione powyżej uznała za zasadny zarzut podniesiony przez Odwołującego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy, to jest nieuprawnionego ponownego wezwania MobileMS do udzielenia wyjaśnień w sprawie kalkulacji części składowych ceny ofertowej, w tym elementów składających się na koszt usługi hostingu czterech portali zgodnie z OPZ.

Kluczowym dla rozpoznania tego zarzutu jest to, jak była pierwotna treść wezwania do złożenia wyjaśnień i jaki zakres wyjaśnień został złożony. Zgodnie z pismem z dnia 24 kwietnia 2024 roku wezwanie Zamawiającego obejmowało obowiązek wykonawcy

do: „odnieść się do wszystkich elementów składowych, wskazanych w umowie i opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik do umowy, kształtujących cenę łączną oferty. Należy uwzględnić etapy realizacji zamówienia i składające się na nie działania oraz zaangażowanie kadrowe.” oraz wskazanie, że „Wykonawca poza wyjaśnieniami jest obowiązany przedstawić dowody na potwierdzenie swoich wyjaśnień, w szczególności dokumenty potwierdzające ceny usług zewnętrznych, obowiązujące w organizacji stawki wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach czy też oferty usług świadczonych w ramach umów cywilno-prawnych czy B2B, posiadany potencjał techniczny i kadrowy, kalkulację ceny uwzględniającą koszty jednostkowe związane z realizacją zamówienia i planowany zysk.”

Na podstawie przedstawionych powyżej ustaleń faktycznych Izby co do treści dokumentów zamówienia, SWZ oraz postanowień umowy oraz załączonego OPZ jednoznacznie należy stwierdzić, że jednoznacznie określona została usługa hostingu oraz wskazane parametry dla realizacji tej usługi hostingu.

Hosting portali został wskazany w Tabeli 1 (poz. III.7) wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2024 roku, a jednocześnie w punkcie III.7 wyjaśnień wykonawca podał, że *Hosting portali realizowany będzie na serwerach zapewniających minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Hosting policzony został jako okres 24 miesiące od momentu uruchomienia na nim wersji produkcyjnej. Środowisko deweloperskie i testowe niezbędne do realizacji projektu Wykonawca zapewni wydzielając odpowiednie zasoby z posiadanych przez siebie serwerów.*

Wymaga zaznaczenia, że oświadczenie powyższe MobileMs w zakresie określenia okresu realizacji usługi hostingu jako 24 miesiące od momentu uruchomienia na nim wersji produkcyjnej jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie Izba zaznacza,

że w zakresie uruchomienia wersji produkcyjnej MobileMs w żaden sposób nie odniósł się

do sposobu świadczenia tej usługi, to jest nie wyjaśnił jaki podmiot będzie w zasadzie

ją realizował. Przy czym wymaga podkreślenia, że jest to o tyle istotne, że w kolejnym zdaniu jednoznacznie podaje, że środowisko deweloperskie oraz testowe – czyli środowisko nieprodukcyjne – niezbędne do realizacji projektu zapewni wydzielając odpowiednie zasoby z posiadanych przez siebie serwerów. W ocenie Izby w sposób jednoznaczny potwierdza to, co wynika z literalnej treści złożonych wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2024 roku, że MobileMS wskazał w jakim zakresie udostępni własne serwery, co oznacza, że usługa hostingu

od momentu uruchomienia wersji produkcyjnej świadczona będzie przy udziale innego podmiotu udostępniającego swoje serwery. Jednoznacznie prowadzi to do wniosku,

że nie zostały podane w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2024 roku informacje odnoszące się do tego, że jest to usługa zewnętrzna, która została określona na konkretną kwotę, oraz nie zostały przedstawione na tą okoliczność dowody.

Wezwanie z dnia 9 maja 2024 roku oraz udzielone przez wykonawcę MobileMS wyjaśnienia w zasadzie tylko potwierdzają, że nie zostały przedstawione Zamawiającemu w złożonych

w dniu 29 kwietnia 2024 roku wyjaśnieniach wszystkie informacje, jakich jednoznacznie Zamawiający wymagał w pierwszym wezwaniu. Podkreślenia wymaga, że w wyjaśnieniach dodatkowych z dnia 13 maja 2024 roku podał MobileMS, że: *Oferowana cena opiera się na wycenie przedstawionej przez partnera MobileMS sp. z o.o. w zakresie świadczenia usług hostingowych, firmie NODEA M.A., 64-100 Leszno, ul. Geodetów1 (<https://nodea.pl>). Z ww dostawcą posiadamy podpisaną umowę na dostarczenie przestrzeni hostingowej dla złożonych projektów, między innymi do projektu realizowanego przez Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej. Ponieważ wyceniane przedsięwzięcie jest kolejną umową realizowaną z dostawcą przestrzeni serwerowej dysponujemy odpowiednimi rabatami umożliwiającymi zaoferowanie hostingu po stawce wskazanej w wyjaśnieniach RNC.*

Z wyjaśnień z dnia 13 maja 2024 roku jednoznacznie wynika, że współpraca z dostawcą przestrzeni serwerowej oraz wycena tego zamówienia dokonana przez tego dostawcę, które jest kolejnym przedsięwzięciem wspólnie realizowanym pozwalała na zaoferowanie kwoty usługi hostingu po stawce z wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2024 roku – to natomiast oznacza w sposób jednoznaczny, że po pierwsze hosting (udostępnienie przestrzeni serwerowej) wyceniony w ww. wyjaśnieniach będzie realizowany przez podmiot zewnętrzny – co wynika

z wyjaśnień z dnia 29 kwietnia oraz znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniach z dnia 13 maja 2024 roku; po drugie, że informacji w tym zakresie mimo wymagania Zamawiającego

z wezwania z dnia 24 kwietnia 2024 roku, nie było w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2024 roku, brakło bowiem informacji odnoszących się do wyceny hostingu. Wbrew twierdzeniu uczestnika postępowania odwoławczego z rozprawy, z żadnego postanowienia wyjaśnień

z dnia 29 kwietnia 2024 roku nie wynika, że hosting, który *policzony został jako okres*

24 miesiące od momentu uruchomienia na nim wersji produkcyjnej realizowany będzie przez MobileMs przy użyciu własny serwerów. Wręcz przeciwnie, z oświadczenia z dnia

29 kwietnia 2024 roku wynika, że jedynie *Środowisko deweloperskie i testowe niezbędne*

do realizacji projektu Wykonawca zapewni wydzielając odpowiednie zasoby z posiadanych przez siebie serwerów W konsekwencji oznacza to tyle, że hosting, który *policzony został jako okres 24 miesiące od momentu uruchomienia na nim wersji produkcyjnej* realizowany będzie Nodea, co potwierdzają wyjaśnienia z dnia 13 maja 2024 roku. Izba podkreśla,

że wykonawca obowiązany był zgodnie z wezwaniem z dnia 24 kwietnia 2024 roku

do przedstawienia poza wyjaśnieniami dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień,

w szczególności dokumenty potwierdzające ceny usług zewnętrznych, czy też oferty usług świadczonych w ramach umów cywilno-prawnych. Przedstawiona oferta Nodea z dnia 10 kwietnia 2024 roku została załączona do wyjaśnień z dnia 13 maja 2024 roku, nie została natomiast przedstawiona w za wyjaśnieniami z dnia 29 kwietnia 2024 roku. W ocenie Izby MobileMs wyjaśnieniami z dnia 13 maja 2024 roku potwierdził, że hosting będzie realizowany przy pomocy Nodea i w oparciu o ofertę cenową tego wykonawcy został wyceniony.

Nie znajduje w obliczu stanowiska i argumentacji Mobiles MS z rozprawy prezentowane stanowisko, że oferta Nodea została przedstawiona jedynie w zakresie potwierdzenia ceny za hosting, jaką przyjął samodzielnie MobilesMS. Na podstawie pierwotnie złożonych wyjaśnień wykonawcy jednoznacznie należało stwierdzić, że nie ma zawartych informacji

co do sposobu wyceny za usługę hostingu od momentu uruchomienia wersji produkcyjnej, a odpowiednie zasoby z posiadanych przez siebie serwerów MobilesMS wydzieli jedynie w zakresie środowiska deweloperskiego i testowego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła nieprawidłowość w zakresie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do złożenia dodatkowych wyjaśnień w dniu 9 maja 2024 roku. Działanie Zamawiającego, w obliczu szczegółowego i jednoznacznego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 24 kwietnia 2024 roku oraz udzielonych wyjaśnień z dnia

29 kwietnia 2024 roku, nie stanowiło czynności prawidłowej, bowiem wezwał Zamawiający do przedstawienia informacji jak i dowodów, o których pisał w wezwaniu z dnia 24 kwietnia 2024 roku. Zasadnym było stanowisko MobilesMS, że błędne postępowanie Zamawiającego nie może obciążać wykonawcy, niemniej w tym przypadku co należy podkreślić wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 13 maja 2024 roku przedstawił dalsze wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny, których nie było w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2024 roku. Izba ocenia czynność wyboru oferty w postępowaniu w przymacie wszelkich podejmowanych działań, w tym nieuprawnionego dodatkowego wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Izba podkreśla, że takie działanie, czyli kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień, narusza zasady prawa zamówień publicznych w tym w szczególności równego traktowania wykonawców oraz zasady konkurencyjności. W żaden sposób

nie obciąża MobileMS działanie Zamawiającego, bowiem wykonawca ten jedynie skorzystał z okoliczności możliwości

przedstawienia informacji w wyniku kolejnego wezwania, a których nie przedstawił w odpowiedzi na pierwotne wezwanie. Podkreślenia wymaga, że pierwotne wezwanie było jednoznaczne i precyzyjne oraz, że w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca powinien udzielić wszystkich informacji. W przypadku rozpoznania przedmiotowej sprawy nie sposób twierdzić, że jakiegokolwiek działanie Zamawiającego obciąża wykonawcę MobileMS – wręcz przeciwnie, to postępowanie MobileMS i brak przedstawienia jednoznacznych i pełnych, zgodnych z wezwaniem z dnia 24 kwietnia 2024 roku informacji spowodowało nieuprawnione dowożwanie Zamawiającego.

Formalizm postępowania, ma poza uporządkowaniem postępowania, gwarantować również każdemu wykonawcy, że w ramach procedur będzie traktowany jednakowo oraz zgodnie

z obowiązującymi regulacjami. Izba podkreśla również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, co oznacza, że w przykazie precyzyjnego i przejrzystego wezwania z dnia 24 kwietnia 2024 roku, to wykonawca miał wyjaśnić i wykazać i przedstawić dowody w jak najbardziej szeroki i precyzyjny sposób.

Nie uczynił tego, nie przedstawił żadnej argumentacji oraz dowodów w odniesieniu do wyceny usługi hostingu od momentu uruchomienia wersji produkcyjnej, a jedynie w zakresie środowiska deweloperskiego oraz testowego przedstawił informację, że udostępni własne zasoby na własnych serwerach.

Izba uznała za nieuprawnione kolejne wezwanie do złożenia uzupełnienia wyjaśnień, w konsekwencji wszelka argumentacja odnosząca się do dowodu złożonego wraz

z wyjaśnieniami z dnia 13 maja 2024 roku w ocenie Izby nie ma znaczenia, bowiem w tym zakresie uznanie za niezasadne wezwanie uzasadnia odstępianie od oceny przedstawianego wraz z ww. wyjaśnieniami dowodu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut 2 oraz zarzut 3 w tym zakresie powiązany za uzasadnione. Podkreślić należy za zasady Prawa zamówień publicznych przez działanie czy zaniechanie Zamawiającego mogą zostać naruszone nie tylko w stosunku

do wykonawcy, którego oferta została wybrana ale w odniesieniu do każdego podmiotu ubiegającego się o zamówienie, w przypadkach, gdy Zamawiający podejmuje działania niezgodnie z ustawą.

W zakresie zarzutu 1 odwołania naruszenia art. 224 ust. 6 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konkurenta, w przypadku udzielenia przez niego wyjaśnień, które nie zostały poparte wymaganymi dowodami, a tym samym wyjaśnień, które nie wykazały w szczególności: - faktycznej optymalizacji kosztów oraz stosowania procedur umożliwiających zwiększenie efektywności, - rzetelnej kalkulacji części składowych ceny ofertowej, w tym elementów, składających się na koszt usługi hostingu czterech portali zgodnie z OPZ w zakresie Etapu II oraz prac rozwojowych w zakresie Etapu IV wraz

z przedstawieniem dowodów,

oraz **w zakresie zarzutu 3 odwołania** naruszenia art. 16 Ustawy, przez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, przez bezkrytyczne przyjęcie przedstawionej przez Konkurenta nierzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, a także bezkrytyczne przyjęcie ogólnikowych i gołosłownych twierdzeń Konkurenta, zawartych w treści złożonych przez niego wyjaśnień

– Izba zarzuty uznała za zasadne.

W zakresie rozpoznania powyższych zarzutów Izba w całości w tym miejscu powołuje i przyjmuje argumentację faktyczną i prawną poczynioną powyżej w zakresie rozpoznania zarzutu 2. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. W zakresie rozpoznania zarzutu 2 wyjaśnione i wykazane zostało, że MobileMS wraz z wyjaśnieniami z dnia 29 kwietnia 2024 roku nie przedstawił wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty w odniesieniu do usługi hostingu, której realizację wskazał od momentu uruchomienia wersji produkcyjnej, przy czym zapewnił wydzielenie własnych serwerów tylko w zakresie środowiska deweloperskiego oraz testowego. Podkreślenia wymaga,

że Zamawiający jednoznacznie podał jakich informacji oczekuje w złożonych wyjaśnieniach

i podał, że wykonawca ma obowiązek „odnieść się do wszystkich elementów składowych, wskazanych w umowie i opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik do umowy, kształtujących cenę łączną oferty. Zgodnie z OPZ, pkt 2 Zakres przedmiotu zamówienia

i harmonogram prac, w punkcie 2.2 Etap II wdrożenie portalu, ppkt 6 jednoznacznie wyodrębniona została usługa hostingu o określonych w niej parametrach wraz

ze wskazaniem, że taka usługa ma być zapewniona co najmniej od chwili oddania Portalu

do wersji produkcyjnej przez okres 24 miesięcy.

W ocenie Izby MobileMS jednoznacznie zidentyfikował konieczność odniesienia się do tego elementu składowego, bowiem podał w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2024 roku,

że Hosting portali realizowany będzie na serwerach zapewniających minimalne wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Hosting policzony został jako okres 24 miesięcy od momentu uruchomienia na nim wersji produkcyjnej. Jednakże za tą informacją, oraz kwotą podaną w Tabeli 1 nie przedstawiono żadnej argumentacji faktycznej oraz dowodów uzasadniających wykazanie realności zaoferowanej kwoty. Izba podkreśla,

że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania (art. 244 ust. 5 ustawy) realności ceny,

w tym przypadku zgodnie z żądaniem Zamawiającego, wszystkich elementów składowych opisanych w OPZ oraz w SWZ i załącznikach, w tym usługi hostingu. Każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy czyli uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby MobileMs nie przedstawił wyjaśnień i nie wykazał, zgodnie z żądaniem Zamawiającego z wezwania z dnia 24 kwietnia 2024 roku, składowych ceny oferty odnoszących się do wszystkich elementów składowych tj. w odniesieniu do usługi hostingu, nie przedstawił też wymaganych przez Zamawiającego dowód. W zasadzie wyjaśnienie z dnia 13 maja 2024 roku potwierdza w sposób jednoznaczny braki w wykazaniu elementów składowych stanowiących cenę łączną. Informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 13 maja 2024 roku jednoznacznie były żądane w wezwaniu z dnia 24 kwietnia 2024 roku, natomiast pojawiły się w postępowaniu o zamówienie dopiero w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 maja 2024 roku, w dniu 13 maja 2024 roku.

W odniesieniu do powyższych naruszeń i stwierdzonej podstawy do odrzucenia oferty MobileMS Izba dokonując subsumcji stanu faktycznego pod odpowiednie przepisy prawa wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawą prawną odrzucenia oferty w przypadku stwierdzonej ceny rażąco niskiej tej oferty jest ww. przepis. Powyższa regulacja prawa uzupełniona jest wytycznymi z art. 224 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym 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.

Ten przepis stanowi wytyczną oceny w zakresie, w jakim bada się okoliczności i podstawy do stwierdzenia zaistnienia rażąco niskiej ceny oferty. Wymaga podkreślenia,

że jednoznacznie stwierdzony jest skutek odrzucenia oferty w przypadku braku udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie, w zakresie jaki wymagany był przez Zamawiającego.

W konkluzji, brak przedstawienia wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień (w piśmie z dnia 29 kwietnia br.) w zakresie elementów składowych określonych w OPZ w odpowiedzi na jednoznaczne i precyzyjne wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 24 kwietnia br.) skutkuje zaistnieniem podstawy odrzucenia oferty MobileMS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust.6 ustawy. Izba podkreśla również, że brak złożenia wyjaśnień wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia takich wyjaśnień w zakresie elementu składowego nie może być konwalidowana przez wskazanie uczestnika z rozprawy, że stanowi znikomy procent wartości zamówienia. Izba podkreśla, że Zamawiający jednoznacznie chciał uzyskania informacji odnośnie elementów składowych w etapach realizacji zamówienia. Wskaz należy, że usługa hostingu stanowi jedno z elementów realizacji zamówienia, który nie został przez wykonawcę wykazany w przedstawionych wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2024 roku ceny oferty – MobileMS nie wykazał w jaki sposób skalkulował cenę świadczenia usługi hostingu przez okres 24 miesięcy od uruchomienia w wersji produkcyjnej. Izba podkreśla, że w obliczu argumentacji z odwołania odnoszącej się do cen wykupu serwera z gwarancją łącza o odpowiednich wymaganych parametrach, brak jakiegokolwiek wyjaśnienia wykazania w piśmie z dnia

24 kwietnia 2024 roku nie pozwala na jakiegokolwiek skonfrontowanie prawidłowości kalkulacji ceny MobileMS, bowiem nie ma żadnych informacji w wyjaśnieniach tego podmiotu.

W zakresie podnoszonych w uzasadnieniu odwołania niezgodności

co do parametrów Nielimitowanego transferu wymaganego w OPZ, a w ocenie Odwołującego niespełnionego z uwagi na limit transferu do 240TB Izba stwierdza, że w tym zakresie nie przeprowadził Odwołujący żadnego dowodu na tą okoliczność, natomiast samo wskazanie adresu strony internetowej nie stanowi dowodu potwierdzającego powyższe okoliczności. Tak samo Izba odnosi się do współdzielenia danego serwera z innymi klientami oraz powiązanie z tym braku gwarancji przepustowości łącza na poziomie 10 Gbps.

W zakresie podnoszonego w treści zarzutu 1, określonego w petitum odwołania, odniesienia się do rzetelnej kalkulacji części składowych ceny oferty odnoszących się do prac rozwojowych w zakresie Etapu IV oraz dowodów, jak również w zakresie faktycznej optymalizacji kosztów oraz stosowania procedur umożliwiających zwiększenie efektywności – Izba stwierdza brak podniesienia przez Odwołującego jakiegokolwiek argumentacji faktycznej umożliwiającej poddanie zarzutu ocenie w tej części.

W tym zakresie Izba podnosi, że uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozzerwalny element podniesienia w odwołaniu zarzutów odwołania zakreśla jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd,

że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie

w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane

na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko

co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzworowanie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Jedynie w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie z zasadą orzekania

w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika

to również z tego, że jakiegokolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu oraz uczestnikowi postępowania odwoławczego argumentację / stanowisko Odwołującego, z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej.

Mając powyższe na uwadze Izba zarzut 1 – w części dającej poddać się rozpoznaniu – oraz zarzut 3 w tym zakresie powiązany, za uzasadnione.

W zakresie zarzutu 4 odwołania – tj. zarzutu ewentualnego w stosunku

do poprzednich naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konkurenta, w przypadku została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem oferuje wykonanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia w zakresie usługi hostingu czterech portali zgodnie z OPZ, Izba wskazuje:

W związku z uwzględnieniem zarzutu głównego (zarzutu 1,2 i 3) Izba nie poddaje pod rozpoznanie zarzutu

ewentualnego (zarzutu 4).

W orzecnictwie Izby, ale również sądów powszechnych i Sądu Najwyższego - uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. III CZP 58/13- utrwaliła się jednolita obecnie praktyka, że w postępowaniu odwoławczym możliwe jest kształtowanie zarzutów ewentualnych. Tym samym, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego

w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp.

W orzecnictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014 nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r.(sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

Koszty:

Izba uwzględniła odwołanie.

Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego, nie przybył na posiedzenie i rozprawę prawidłowo powiadomiony o terminie. Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania w całości koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: