

## WYROK

Warszawa, dnia 13 czerwca 2024 r. r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka  
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę: Alfavox sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Rozwoju i Technologii z siedzibą w Warszawie

### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 i 2 oraz 4 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie niezgodności z warunkami zamówienia, które zostały wskazane w uzasadnieniu odrzucenia tej oferty.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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:.....

### Uzasadnienie

Zamawiający Ministerstwo Rozwoju i Technologii z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Uruchomienie oraz utrzymanie dostępnej z poziomu online ankiety potrzeb przedsiębiorcy ze zintegrowanym formularzem rezerwacji konsultacji oraz bazy danych Innopoint”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 lutego 2024 r. nr 2024/BZP 00216885.

I. W dniu 20 maja 2024 r. wykonawca Alfavox sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

1. czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, w okolicznościach, w których wezwanie dotyczyło stricte prawidłowości kalkulacji ceny oferty, nie zaś jej treści rozumianej jako charakterystyka zaoferowanych przez Odwołującego świadczeń ergo nieuprawnione było na podstawie wyjaśnień RNC wywodzenie negatywnych dla Odwołującego skutków w płaszczyźnie zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, bez wyjaśnienia wątpliwości co do zgodności

treści oferty z warunkami zamówienia - co zdaniem Odwołującego narusza art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp;

2.zaniechanie Zamawiającego w postaci braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wskazanych w uzasadnieniu jej odrzucenia rzekomych niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest posiadanie pewności co do niezgodności oferty z wymaganiami wynikającymi z dokumentów zamówienia - co zdaniem Odwołującego narusza art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

3.zaniechanie Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia w postaci zaniechania przytoczenia konkretnych postanowień z treści dokumentów zamówienia, którym oferta Odwołującego nie odpowiada, co godzi w zasadę przejrzystości Postępowania oraz oddziałuje niekorzystnie na przysługujące Odwołującemu prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej przez nałożenie na Odwołującego obowiązku domyślania się przyczyn niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia - co zdaniem Odwołującego narusza art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp;

4.czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty wykonawcy Trimtab Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo że nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny - co zdaniem Odwołującego narusza art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

–unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

–unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

–powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanych w uzasadnieniu jej odrzucenia rzekomych niezgodności jej treści z warunkami zamówienia.

II. Pismem wniesionym w dniu 10 czerwca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiłwykonawca Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że wykonawca Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453) pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. Ww. wykonawca nie wniósł zgłoszenia przystąpienia drogą elektronicznej skrzynki podawczej Urzędu, lecz przesłał je na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu którego obsługiwana jest korespondencja Izby. Powyższe oznacza, że wykonawca Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w sposób wymagany zgodnie z ww. przepisem. W terminie wynikającym z przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp nie doszło do skutecznego wniesienia pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy. W związku z tym Izba stwierdziła, że wykonawca Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła:

Pismem z dnia 15 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie szczegółowych wyjaśnień i złożenie dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił w dniu 21 oraz 22 marca 2024 r.

Dokonując oceny wyjaśnień Odwołującego Zamawiający pominął dokumenty przesłane przez wykonawcę w dniu 22 marca 2024 r., gdyż ich doręczenie Zamawiającemu nastąpiło po terminie wskazanym w wezwaniu.

Pismem z dnia 15 maja 2024 r. Zamawiający poinformował m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy

Trimtab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (obecnie: Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Dalsze ustalenia faktyczne zostaną przedstawione łącznie z merytoryczną oceną zarzutów odwołania.

Przechodząc do przedstawienia stanowiska Izby w tym zakresie należy na wstępie poczynić dwie ogólne uwagi.

Po pierwsze, dokonując oceny czynności odrzucenia oferty wykonawcy Izba bierze pod uwagę – w zakresie stanowiska zamawiającego - wyłącznie okoliczności przedstawione w uzasadnieniu dokonania tej czynności. W analogiczny sposób Izba bierze pod uwagę okoliczności, na które powołuje się wykonawca – jeżeli czynność odrzucenia oferty opiera się na treści wyjaśnień wykonawcy przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, Izba uwzględni wyłącznie okoliczności przedstawione w tych wyjaśnieniach. Nie dotyczy to jednak twierdzeń o okolicznościach, które stanowią odpowiedź na argumentację zamawiającego przedstawioną w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jeżeli nie mogły być przedstawione na wcześniejszym etapie lub nie było takiej potrzeby.

Po drugie, skład orzekający Izby podziela pogląd, zgodnie z którym wyjaśnienia wykonawcy dotyczące wyliczenia ceny mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Jednakże może to mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, w której na gruncie treści tych wyjaśnień nie istnieją żadne wątpliwości co do zaistniałej niezgodności i nie ma potrzeby wystosowania do wykonawcy wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że taka sytuacja nie zaistniała w poddanej pod rozpoznanie Izby sprawie.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na trzy przyczyny uznania oferty tego wykonawcy za niezgodną z warunkami zamówienia.

W zakresie pierwszej przyczyny Zamawiający wskazał m.in.:

„Na gruncie definicyjnym kolokacja nie stanowi chmury, choć teoretycznie specyficzna parametryzacja środowisk w ramach odrębnych kolokacji mogłaby zostać zinterpretowana jako posiadająca walory chmury i w takim przypadku można byłoby zbadać czy jest to konfiguracja pozwalająca na spełnienie postawionych w OPZ wymogów. W wyjaśnieniach brak jest jednak opisu parametryzacji czy konfiguracji, które wskazywałyby na to, iż zaoferowane rozwiązanie faktycznie posiada znamiona chmury, co stanowi wymaganie Zamawiającego.

Z powyższego fragmentu uzasadnienia wynika, że uznanie rozwiązania przyjętego przez Odwołującego za zgodne z warunkami zamówienia zostało przez Zamawiającego uzależnione od opisu parametryzacji czy konfiguracji. Przedstawienia tego typu informacji Zamawiający powinien był wymagać od Odwołującego poprzez wystosowanie do niego wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w wystosowanym do Odwołującego wezwaniu do przedstawienia wyliczeń ceny Zamawiający zwrócił jedynie uwagę – jako na wymagania wskazane w OPZ, które powinny zostać uwzględnione przy kalkulacji oferty - na określone parametry wykorzystywanego rozwiązania chmurowego, o których mowa w rozdz. 7 OPZ.

Zdaniem składu orzekającego Izby, w zakresie dwóch pozostałych przyczyn stanowisko Zamawiającego oparte jest na przypuszczeniach co do sposobu realizacji zamówienia przez Odwołującego. Zamawiający nie posiadał wystarczających informacji, aby jednoznacznie stwierdzić niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do drugiej przyczyny Zamawiający wskazał m.in.: „Wykonawca (...) w swojej kalkulacji cenowej określił poziom zaangażowania w usługi utrzymania jako 4 godziny miesięcznie, czyli 1 godzinę tygodniowo. Przedmiot zamówienia dot. m.in. zapewnienia utrzymania systemu, który będzie dostępny 24 godziny na dobę. Nawet zakładając, że wybrane elementy utrzymania są na mocy umowy zawartej z dostawcą rozwiązań chmurowych realizowane w dużej mierze na poziomie tego dostawcy, to nie wyłącza to konieczności udziału członków personelu Wykonawcy w kooperacji w wykonaniu tych prac - chociażby całodobowego monitorowania usług i zapewnienia ich ciągłości czy realizacji prac związanych z aktualizacją oprogramowania. Ponadto zapisy jednego z załączonych dowodów, w których występuje chociażby zakres usługi polegający na tzw. „zdalnych rękach”, czyli m.in. umożliwieniu zdalnego zarządzania wskazują, że taka usługa może zgodnie z zapisami umowy być realizowana wyłącznie w godzinach roboczych w dni powszednie. Już sam fakt możliwości wystąpienia awarii poza tym zakresem czasowym sprawia, że oszacowany koszt utrzymania jest daleko niewystarczający. O ile Wykonawca mógłby wykazać, że np. administrator systemu będzie równolegle opiekował się kilkoma systemami i to wpływa na ograniczenie kosztów usługi, o tyle wymiar średnio jednej godziny tygodniowo poświęconej na zajęcie się zamawianym systemem (i to bez zaangażowania pozostałych członków zespołu utrzymującego) jest zdecydowanie niedoszacowany i niezgodny z OPZ.

Z powyższego fragmentu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający uznał, że Odwołujący przyjął sposób realizacji usług utrzymania w sposób niezgodny z OPZ. Jednakże Zamawiający nie uzyskał kompletnej wiedzy w przedmiocie zakładanego przez Odwołującego sposobu realizacji ww. usług. Uzyskana przez Zamawiającego w tym zakresie wiedza ma fragmentaryczny charakter. W wezwaniu z dnia 15 marca 2024 r. zakres wyjaśnień został sprecyzowany w następujący sposób:

„Złożone wyjaśnienia powinny zawierać w szczególności:

- 1) Kosztorys wytworzenia zamawianego oprogramowania, w tym koszt zabezpieczenia oprogramowania na zasadach określonych w OPZ, koszt wykorzystywanego oprogramowania standardowego, koszt wynagrodzenia personelu zaangażowanego w realizację zamówienia wraz z podziałem obowiązków poszczególnych członków personelu i prognozowaną czasochłonnością prac w ujęciu osobowym.
- 2) Kosztorys zapewnienia infrastruktury technicznej oraz środowisk na zasadach określonych w OPZ.
- 3) Koszty osobowe uwzględnione w etapie utrzymania wraz z podziałem obowiązków personelu i prognozowaną czasochłonnością prac.
- 4) Koszty oszacowania stawki za świadczenie prac rozwojowych, w tym przede wszystkim koszty osobowe członka personelu o roli programisty wraz z dowodami potwierdzającymi możliwość wykonania wymaganych prac za stawkę wskazaną w ofercie Wykonawcy.”

Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia odnoszą się do przyjętych kosztów realizacji usług w ww. zakresie, jednakże nie można tego w prosty sposób przekładać na założenia wykonawcy co do zakładanego sposobu realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, że wymiar średnio jednej godziny tygodniowo poświęconej na zajęcie się zamawianym systemem jest zdecydowanie niedoszacowany i niezgodny z OPZ. Jednakże przyjęcie przez wykonawcę określonego założenia kalkulacyjnego nie oznacza, że wykonawca z pewnością planuje wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby nie można było dokonać tak kategorycznej oceny bez znajomości założeń Odwołującego w zakresie sposobu realizacji zamówienia w ww. zakresie. W odwołaniu Odwołujący wskazał, że w jego przedsiębiorstwie „procesy monitorowania działania i utrzymanie oferowanych produktów i systemów wspierane są przez rozwiązania oparte na sztucznej inteligencji (AI). Tym samym, przykładowo, jedna osoba (a w tym wypadku aż 3 osoby wymiennie) może przy wsparciu AI obsługiwać od kilkunastu do kilkudziesięciu produktów, systemów jednocześnie w trybie „24/7/365”. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący nie był dotychczas zobowiązany do przedstawienia szczegółowych informacji odnośnie zakładanego sposobu realizacji zamówienia w tym zakresie, gdyż Zamawiający nie skierował do niego wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast w odniesieniu do trzeciej przyczyny Zamawiający wskazał m.in.: „co wprost wynika z załączonego dowodu – parametry usługi nie zapewniają możliwości eliminowania występujących błędów w czasie przewidzianym w OPZ. Należy zwrócić uwagę, iż dla błędów krytycznych czy poważnych czas naprawy wymagany przez Zamawiającego wynosi 8 godzin. Z kolei czas usunięcia awarii dla usługi kolokacji, na którą powołuje się Wykonawca wynosi 12 godzin. Oznacza to, iż teoretyczny i prawdopodobny jest scenariusz, w którym błąd w działaniu usługi będzie występował ponad 8 godzin i na co Wykonawca nie daje gwarancji realizacji, ponieważ ograniczają go w tym zakresie posiadane warunki umowne z dostawcą usług kolokacji.”

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że argumentacja Zamawiającego została oparta na jednym z dowodów złożonych przez Odwołującego (tj. umowie na kolokację zawartej z jednym z dostawców usług kolokacji). Stanowisko Zamawiającego nie uwzględnia całokształtu założeń Odwołującego odnośnie sposobu realizacji zamówienia w tym zakresie, także tych ujawnionych w ramach wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, tj. okoliczności korzystania przez Odwołującego równolegle z kilku tzw. data center.

Powyższe stanowisko Izby dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Na tej podstawie odrzucenia oferty Zamawiający skupił się w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty. Natomiast do podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odniósł się w minimalnym zakresie. O niedoszacowaniu usług utrzymania Zamawiający wskazał jedynie w zakresie drugiej przyczyny podanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Należy przy tym zauważyć, że niedoszacowanie jednego elementu kosztotwórczego nie musi oznaczać, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający powinien odnieść się do całkowitej ceny oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności należy określić poziom niedoszacowania, a następnie zweryfikować czy nie istnieje możliwość pokrycia go z ustalonej przez wykonawcę rezerwy lub ewentualnie zmniejszenie zakładanego zysku. Oczywiście nie dotyczy to sytuacji, w której niedoszacowanie jednego elementu kosztotwórczego w sposób oczywisty

skutkuje niedoszacowaniem całkowitej ceny oferty i w konsekwencji prowadzi do uznania jej za rażąco niską. Taka okoliczność nie została jednak wykazana przez Zamawiającego.

W odniesieniu do nieuwzględnionego zarzutu nr 3 należy wskazać, że co do zasady zamawiający powinni podawać w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia postanowienia SWZ, z którymi w ich ocenie odrzucana oferta jest niezgodna. Należy zauważyć, że niezadośćczynienie temu prowadzi nie tylko do ograniczenia wykonawcom prawa do korzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej, ale również zmniejsza szanse zamawiającego na uzyskanie korzystnego dla niego rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym. W niniejszej sprawie Zamawiający ograniczył się do wskazania wymagań co do przedmiotu zamówienia, bez podania konkretnych postanowień SWZ. Niemniej jednak z uzasadnienia odwołania wynika, że Odwołujący nie miał problemów ze zidentyfikowaniem wymagań Zamawiającego, do których ten odniósł się w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Odwołujący nie podniósł również, że chodzi o wymagania niepostawione przez Zamawiającego w tym postępowaniu. W tym stanie rzeczy nie można uznać, że Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak zarzucił Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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). Wprawdzie jeden z zarzutów odwołania nie został uwzględniony, jednakże nie miało to znaczenia dla uwzględnienia w całości żądań Odwołującego. Z tego powodu Izba postanowiła, na podstawie § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia, w całości obciążyć Zamawiającego kosztami postępowania.

Przewodnicząca:.....