**Sygn. akt: KIO 2891/23**

**WYROK**
**z dnia 17 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez Odwołującego **Innergo Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. św. Jacka Odrowążka 15, 03-310 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Województwo Dolnośląskie, Urząd Województwa Dolnośląskiego**, ul. Wybrzeże j. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław

przy udziale Wykonawcy – **Trecom Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Czyżewska 10, 02-908 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1.**Oddala odwołanie.**
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Innergo Systems Sp. z o.o. i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Przystępującego;
2.2Zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego - Trecom Wrocław Sp. z o.o. kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:……**

**Sygn. akt: KIO 2891/23**

**U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Urząd Województwa Dolnośląskiego, w trybie podstawowym na *„Dostawa i wdrożenie Systemu chroniącego przez spamem elektroniczną pocztę Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego”*(sygn. postępowania: DOK-IŻ.272.61.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.08.2023 r., 2023/S 146-467953, wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (Trecom Wrocław Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 02.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust.1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny z zaniechanie odrzucenia oferty Trecom Wrocław Sp. z o.o., pomimo, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodem nie uzasadniała podanej w ofercie ceny, a zaoferowania przez Trecom cena jest rażąco niska.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie
Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty – Trecom Wrocław Sp. z o. o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Trecom Wrocław Sp. z o. o. i dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty Trecom Wrocław Sp. z o.o. w dniu 21 września 2023 roku.

Odwołujący kwestionuje zasadność przyjęcia wyjaśnień z 07.09.2023 r. wraz z dowodami, które nie dawały żadnych przesłanek do uznania ceny za należycie skalkulowaną. Załączony dowód mający potwierdzać wynegocjowaną dla tego zamówienia cenę, w ocenie Odwołującego jako zawierający ogólne oświadczenie nie ma charakteru konkretnej oferty i nie została wskazana konkretna nazwa i oznaczenie oprogramowania. W oparciu o taki dokument nie ma możliwości odniesienia ceny do konkretnego modelu oprogramowania, a co za tym idzie weryfikacji, czy oferta dostawcy rzeczywiście dotyczy oprogramowania zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zakwestionował również wyjaśnienia w elemencie dotyczącym kosztu wdrożenia oprogramowania, w którym wykonawca ograniczył się do wskazania samej kwoty bez wyjaśnienia metodyki kalkulacji ceny. Wykonawca na podstawie wezwania zobowiązany był podać składowe wraz z kalkulacja ich kosztów wraz z dowodami.

Wyjaśnienia w elemencie dotyczącym wynagrodzenia sprowadzają się do ogólnej deklaracji zgodności z przepisami i wysokości nie niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W ocenie Odwołującego w tych okolicznościach nie ma podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień wraz z dowodami.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i uwzględnił w całości zarzuty.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Trecom Wrocław Sp. z o.o. Wykonawca wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienie przez Zamawiającego w całości odwołania, w dniu 13.10.2023 r. skutecznie wniósł sprzeciw. Wykonawca w piśmie procesowym z dnia 17.10.2023 r. odniósł się do zarzutów i przedstawił dodatkowe dowody.

**Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ogłoszenie, swz, wyjaśnienia złożone przez Trecom Wrocław Sp. z o.o. w zakresie ceny oraz stanowiska i wyjaśnienia składane na rozprawie i w pismach procesowych.

**Izba ustaliła i zważyła.**

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie systemu chroniącego przed spamem elektroniczną pocztę Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego.Wartość zamówienia oszacowana została przez Zamawiającego na kwotę netto 366.045,49 zł. i stanowi część zamówienia o wartości całkowitej 8.836.220,34 zł. Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 450.235,95 zł. brutto.

W postępowaniu złożone zostały 2 ofert. Wykonawcy zaoferowali ceny brutto: 385.000,00 zł (Innergo Systems Sp. z o.o.) i 244.770,00 zł. (Trecom Wrocław Sp. z o.o.).

Pismem z 06.09.2023 r. Zamawiający wezwał Trecom Wrocław Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczących wyliczenia ceny, która jest niższa o 45,64% od szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający oczekiwała w szczególności wyjaśnienia uwarunkować kalkulacji i wskazania kosztów: oprogramowania i wdrożenia oraz innych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę.

Wykonawca Trecom Wrocław Sp. z o.o. złożył w piśmie z 07.09.2023 r. wyjaśnienia, w których wskazał:

*W odpowiedzi na otrzymane pismo z dnia 06.09.2023 wzywające do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskich cen, informujemy, że zaproponowane ceny w ofercie do postępowania wynikają ze specjalnych, korzystnych cen zaproponowanych przez oficjalnego dystrybutora. Do wyjaśnienia załączamy dokument od dystrybutora potwierdzający te ceny, przygotowane dla postępowania DOK-IZ-II.272.61.2023.*

*Niniejszym, oświadczamy, że spełniamy wszelkie warunki oraz obowiązki związane z realizacją zamówienia do postępowania. Ustalanie ceny odbyło się zgodnie z kryteriami zawartymi w wezwaniu do wyjaśnień. Informujemy, że przy wyliczeniu ceny zostały założone następujące koszty:*

*• Nasz koszt oprogramowania zgodnie z wymaganiami na 5 lat to 140 000,00 PLN netto,*

*• Wewnętrzny koszt wdrożenia to 10 000,00 PLN netto.*

*Suma sprzedaży wynosi 199 000,00 PLN netto, a więc marża to 49 000,00 PLN netto, co pozwala pokryć wszelkie koszty firmy w tym zakresie, np. koszty administracyjne, logistyczne itd. Zatem potwierdzamy, że wartość kosztów pracy przyjętych do ustalania ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ani od minimalnej stawki godzinowej.*

*Oświadczamy również, że zaproponowana oferta jest zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

*W ofercie zostały uwzględnione wszystkie czynności niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia do tych zadań. Ceny obejmują całkowity zakres zamówienia.*

Do wyjaśnień załączone zostało oświadczenie dystrybutora Ingram Micro Sp. z o.o. z 07.09.2023 r., z którego wynika, iż Wykonawca Trecom Wrocław Sp. z o.o. otrzymał ofertę do prowadzonego postępowania na podstawie wyceny producenta dla wskazanego projektu. Oferta zakupu systemu chroniącego przed spamem pocztę elektroniczną została wyceniona na kwotę 140.000,00 zł netto. Ponadto w oświadczeniu wskazano, iż *system jest dostarczany z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta, jest legalny, oryginalny, zgodny ze specyfikacją techniczną producenta.*

Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie nazwy i producenta oferowanego oprogramowania.

Zamawiający w dniu 21.09.2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – Trecom Wrocław Sp. z o.o.

**Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołanie w całości.**

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą oceny wyjaśnień z 07.09.2023 r. złożonych przez Trecom Wrocław Sp. z o.o. w zakresie ceny i możliwości przyjęcia ich jako wyczerpujących i uzasadniających cenę, co pozwalałoby na obalenie podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Trecom Wrocław Sp. z o.o., którego cena rodziła podejrzenie rażąco niskiej, i to na Wykonawcy wnoszącym sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów, zgodnie z art. 537 pkt 2 Ustawy spoczywał ciężar wykazania, iż oferta wybrana nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Przystępującego wnoszącego sprzeciw prezentowanie w piśmie procesowym z 17.10.2023 r. i na rozprawie zasadniczo odnosiło się do podstawy zarzutów, a te sprowadzały się do zakwestionowania wyjaśnień wraz z dowodem złożonym na potwierdzenie wysokości kosztu zakupu zaoferowanego oprogramowania. Tym samym miało ono na celu odparcie zarzutów i wykazanie prawidłowości oceny wyjaśnień, których zasadniczym elementem było wykazanie kosztów oprogramowania i kosztów wdrożenia systemu. Również w odwołaniu zostało wprost wskazane, iż to te elementy zamówienia stanowią zasadniczy koszt uwzględniany w cenie oferty.

Punktem odniesienia dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego są wyjaśnienia Trecom Wrocław Sp. z o.o. zawarte w piśmie z 07.09.2023 r., w tym ich zasadnicza treść odnosząca się do sprecyzowanego oczekiwania Zamawiającego i dotycząca kosztów zakupu oprogramowania i wdrożenia systemu.

Odwołujący kwestionował dowód załączony do wyjaśnień, jak i samą treść wyjaśnień w części dotyczącej wykazania kosztów oprogramowania wskazując na brak sprecyzowania w wyjaśnieniach, jak i w dowodzie nazwy oprogramowania, co miało uniemożliwiać zweryfikowanie, czy cena pozwala na dostawę oprogramowania spełniającego wymagania zamówienia. Co do kosztów wdrożenia systemu określonych na poziomie 10.000 zł, w ocenie Odwołującego zostały one zaniżone w stosunku do kosztów takiej usługi uwzględniających wszystkie uwarunkowania SOPZ i ceny obowiązujące na rynku. *W ocenie Odwołującego, wycena kosztów wdrożenia zgodna z SOPZ w zakresie „Wymagań w zakresie wdrożenia" powinna opiewać na kwotę nie niższą niż 16.000 zł netto, obejmujących 84 roboczo-godziny pracy specjalistów. Koszty określone przez Trecom, wskazane bez żadnych dodatkowych wyjaśnień, wskazują na wycenę tej usługi poniżej cen rynkowych na rażąco niskim poziomie*. Inne okoliczności mające mieć wpływ na kalkulację kosztów, do których Wykonawca Trecom Wrocław Sp. z o.o. się nie odniósł dotyczą obowiązku wykonania dokumentacji powykonawczej oraz przeprowadzenia warsztatów dla pracowników Zamawiającego, które realizowane mają być w wymiarze 18 godzin roboczych.

Na wstępie należy podkreślić, iż zakresem zarzutów, które faktycznie związane były z oceną wyjaśnień w zakresie podstaw kalkulacji ceny oferty, nie została objęta kwestia związana z oceną zgodności zaoferowanej dostawy z wymaganiami zamówienia. Chociaż Odwołujący wiązał możliwość oceny wyjaśnień w zakresie ceny z oceną parametrów produktu, to zarzut ten nie mógł prowadzić do uwzględnienia odwołania. Skoro oceniane wyjaśnienia miały na celu odniesienie się do kalkulacji kosztów, do czego wezwany został Wykonawca Trecom Wrocław sp. z o.o., to nie było co do zasady możliwe rozszerzenie badania oferty na ocenę zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami zamówienia. W okolicznościach badanej sprawy nie zachodziła bowiem sytuacja, w której z treści wyjaśnień składanych w zakresie podstaw wyliczenia ceny, miało wynikać, iż zaoferowany produkt nie spełnia parametrów zamówienia. Chociaż w orzecznictwie wskazuje się na możliwość stwierdzenia w oparciu o wyjaśnienia w zakresie ceny, iż oferta nie odpowiada wymaganiom zamówienia, to aby taka możliwość wystąpiła koniecznym jest wskazanie w treści wyjaśnień na okoliczności, które pozwalałyby stwierdzić, iż zaoferowano produkt niezgodny z treścią swz. W badanej sprawie takich okoliczności nie stwierdzono. W sytuacji gdy w ofercie nie było koniecznym podanie nazwy konkretnego oprogramowania, należy uznać, iż ocena oferty dokonywana była w oparciu o ogólne oświadczenie o zgodności produktu z wymaganiami, co również zostało potwierdzone w wyjaśnieniach oświadczeniem: *Niniejszym, oświadczamy, że spełniamy wszelkie warunki oraz obowiązki związane z realizacją zamówienia do postępowania.* Odwołujący próbował kwestionując dowód i wyjaśnienia podważyć ich skuteczność z uwagi na brak identyfikacji produktu wycenionego na potrzeby projektu. Powyższe działanie, nie mogło w ocenie składu orzekającego, prowadzić do uznania, iż wycena nie uwzględnia oprogramowania zgodnego z parametrami oczekiwanymi przez Zamawiającego. Należy zauważyć, iż odrzucenie oferty tylko na tej podstawie, faktycznie prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący w swojej ofercie również nie wskazywał na rodzaj oferowanego oprogramowania, a tym samym należało uznać, iż oświadczenia wykonawców o zgodności przedmiotu oferty z parametrami zamówienia, mają taką samą moc. Tym samym oceniając wyjaśnienia należało przyjąć oświadczenie Wykonawcy, iż zaproponowana cena obejmuje oprogramowanie spełniające wymagania opisane w dokumentacji postępowania. To Odwołujący, formułując tezę przeciwną zobowiązany był wykazać, iż zaoferowane oprogramowanie nie spełnia wymagań Zamawiającego. Skoro takiego zarzutu nie sformułował, to wniosek o niedostatecznej treści wyjaśnień oparty na braku identyfikacji produktu, również nie miał znaczenia.

Odnosząc się zatem do wyjaśnień i złożonego dowodu, skład orzekający uznał, iż znaczenie z punktu widzenia kalkulacji ceny miało wykazanie kosztów dostawy oprogramowania, a te zostały wykazane w dostateczny sposób. Złożenie oświadczenia dystrybutora oprogramowania stanowi wystarczający dowód na okoliczność wyceny kosztu zakupu na potrzeby realizowanego projektu. Nie było koniecznym szczegółowe opisywanie parametrów produktu, gdyż oświadczenie to złożone zostało na potrzebę wykazania założeń kalkulacyjnych, a nie zgodności produktu z parametrami zamówienia. Ponieważ Wykonawca załączył dowód w postaci oświadczenia dystrybutora oprogramowania nie można przyjąć stanowiska, iż nie był to dowód przydatny, czy jak określił to Odwołujący pozbawiony mocy dowodowej wyłącznie przez brak wskazania produktu, co miałoby pozwolić na ocenę jego parametrów.

W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołania sprowadzała się do przeniesienia akcentu badania wyjaśnień w zakresie ceny na weryfikację przedmiotu dostawy, co nie miało związku z samą procedurą, która służyć ma rozwianiu wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Nie było spornym, iż zasadniczym elementem kosztowym był element związany z przedmiotem dostawy, co zostało potwierdzone oświadczeniem dystrybutora producenta, w którym odnosił się do konkretnego projektu w ramach którego dostawa ma być zrealizowana.

Odnosząc się natomiast do kosztu wdrożenia, który w wyjaśnieniach został określony w wysokości 10.000 zł, Odwołujący nie wykazał, aby zasadniczym było przyjęcie jego wniosków o niedoszacowaniu tego kosztu. Odwołujący jako minimalny poziom wskazał kwotę 16.000 zł (obejmujące 84 roboczogodziny pracy specjalistów), co nie zostało w żaden sposób wyjaśnione, tak aby możliwym było przyjęcie, że stanowi to obiektywną rynkową wycenę usługi.

Odnosząc się do tego elementu, jak wskazał Przystępujący, wycena usługi stanowi ok 5% wartości dostawy, co również ma przełożenie na ofertę Odwołującego (przyjmując, że sam uwzględnił koszt na poziomie 16.000 zł). Ponieważ nie zostało wykazane przez Odwołującego, iż minimalna ilość roboczogodzin na wdrożenie wyniesie 84, skład orzekający nie miał podstaw do zakwestionowania wyjaśnień Przystępującego prezentowanych w piśmie procesowym, w którym wskazał na oszacowaną ilość roboczogodzin na poziomie 48, co przy koszcie 10.000 zł, wskazywać ma na stawkę roboczogodziny wykwalifikowanego personelu wynoszącą 208,33 zł netto. Przyjmując nawet szacunek Odwołującego, to stawka roboczogodziny wyniosłaby 116,28 zł netto, co jest stawką rynkową, na którą to okoliczność Przystępujący przedstawił raport płacowy na rok 2023 ().

Podniesione w odwołaniu okoliczności nie mogły prowadzić do uznania zasadności zarzutów. Wyjaśnienia złożone Zamawiającemu chociaż nie były obszerne to prezentowały istotną dla kalkulacji kosztów wycenę oprogramowania, jak również koszty dodatkowe, co przy zamówieniu obejmującym dostawę z wdrożeniem pozwalało ocenić wycenę jako rynkową. Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, które podważałyby prezentowane w wyjaśnieniach okoliczności dotyczące wyceny kosztów. Powyższe prowadzić musiało do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Przystępującego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: ……..**