

WYROK

Warszawa, dnia 10 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2025 r. przez wykonawcę **Aspello Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Zielonej Górze**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Cyber Security Lab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwolującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania.

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

Ośrodek Doskonalenia Nauczycieli w Zielonej Górze dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Wykonanie, wdrożenie oraz utrzymanie oprogramowania platformy internetowej „Generacja-L”, realizującej projekt "ZBUDOWANIE SYSTEMU KOORDYNACJI MONITOROWANIA REGIONALNYCH DZIAŁAŃ NA RZECZ KSZTAŁCENIA ZAWODOWEGO, SZKOLENIA WYŻSZEGO ORAZ UCZENIA SIĘ PRZEZ CAŁE ŻYCIE, W TYM UCZENIA SIĘ DOROSŁYCH". Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2024 r. pod numerem 578808-2024.

W dniu 10 stycznia 2025 r. wykonawca Aspello Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Odwołujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny spełniające wymagania określone w art. 224 ustawy Pzp,

2) art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Cyber Lab Security, pomimo iż oferta ta nie była ofertą z najniższą ceną.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Cyber Security Lab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 30 stycznia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 lutego 2025 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych na rozprawie przez Odwołującego dowodów z: dokumentów potwierdzających liczbę godzin przy realizacji innego projektu, protokołu odbioru usługi dla CUI Wrocław, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z kwotą jaką zamawiający przeznaczył na realizację innego zamówienia, protokołu odbioru końcowego umowy dla Krajowej Izby Diagnostyki Laboratoryjnej. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego na rozprawie przez Odwołującego dowodu z informacji o przyznaniu dostępu do infrastruktury konkretnym osobom oraz dowodu z wyceny usług środowiska chmurowego. Izba uznała, że okoliczności, które miałyby zostać dowiedzione za pomocą wskazanych dowodów winny stanowić przedmiot wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu zawyżenia ceny oferty innego podmiotu - korespondencji mailowej, tj. e-mail z dnia 10.01.2025 r. Prezesa Zarządu Odwołującego oraz odpowiedź w formie e-maila z dnia 10.01.2024 r. udzielona Mariusza Sołtysik – przedstawiciela firmy amb software sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Izba uznała dowód za bezprzedmiotowy. Odwołujący nie złożył odwołania na czynność wezwania z dnia 12 listopada 2024 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z: oferty Sygnity S.A., oferty Alfavox Sp. z o.o., oferty Axians IT Services Poland sp. z o.o. Izba uznała, że sam fakt, iż inne podmioty w innych postępowaniach były w stanie zaoferować stawki na określonym poziomie nie dowodzi realności wyceny przeprowadzonej przez Odwołującego.

Izba uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie, wdrożenie oraz utrzymanie oprogramowania platformy internetowej „Generacja-L”, realizującej projekt "ZBUDOWANIE SYSTEMU KOORDYNACJI I MONITOROWANIA REGIONAL DZIAŁAŃ NA RZECZ KSZTAŁCENIA ZAWODOWEGO, SZKOLNICTWA WYŻSZEGO ORAZ UCZENIA SIĘ PRZE ŻYCIE, W TYM UCZENIA SIĘ DOROSŁYCH". Systemu wielokierunkowej komunikacji pozwalającego na tworzenie zbieranie, zarządzanie oraz udostępnianie informacji przez interesariuszy. Narzędzia umożliwiającego wygenerowanie siatki powiązań pomiędzy użytkownikami oraz zebranie oferty edukacyjnej i biznesowej województwa lubuskiego.

Stosownie do pkt 3.1 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, *Do realizacji przedmiotowego zamówienia Zespół Wykonawcy musi składać się z min.:*

oWykonawca powoła koordynatora do realizacji zadania. Zamawiający oczekuje cotygodniowych spotkań koordynatora w swojej siedzibie mieszczącej się pod adresem ul. Chopina 15 A, 65-031 Zielona Góra. Wszystkie realizowane moduły, szablony graficzne i układy stron muszą przed wykonaniem uzyskać akceptację Zamawiającego na ww. spotkaniach.

oKierownika projektu (osoby posiadającej min. 3-letnie doświadczenie w zarządzaniu projektami IT oraz wiedzę pozwalającą na przeprowadzenie szkoleń z administracji oraz użytkownika systemu, będącej w stanie wykazać min. 5 zakończonych sukcesem projektów prowadzonych przez niego z wykorzystaniem metodyk SCRUM lub PRINCE2). Kierownik projektu jest dostępny przez cały okres trwania projektu i odpowiada za wszystkie aspekty związane z wdrożeniem oraz utrzymaniem rozwiązania.

oAnalityka (1 osoba posiadająca min. 2 letnie doświadczenie, specjalizująca się w zbieraniu oraz analizie wymagań).

oProgramistów dostępnych przez cały okres trwania projektu, w tym:

▪dwóch starszych programistów (2 osoby/specjaliści posiadający min. 5-letnie doświadczenie w programowaniu i

tworzeniu aplikacji). Starszy programista posiada doświadczenie w technologiach wykorzystywanych w projekcie oraz znajomość najlepszych praktyk programistycznych. Odpowiada za nadzór nad zespołem programistycznym oraz kluczowe decyzje techniczne. Regularnie wykonuje przeglądy kodu, sporządza dokumentację techniczną oraz prowadzi mentoring młodszych programistów zespołu developerskiego. Starszy programista musi posiadać doświadczenie w realizacji min. dwóch projektach, opartych na kryptografii oraz transparentnym szyfrowaniu danych.

▪Jednego programistę fullstack (1 osoba/specjalista posiadający min. dwuletnie doświadczenie, Programista fullstack posiada doświadczenie w technologiach wykorzystywanych w projekcie oraz znajomość najlepszych praktyk programistycznych. Odpowiada za tworzenie, wdrażanie i rozwój aplikacji mobilnych Android / iOS. Programista fullstack posiada doświadczenie w pracy z rozwiązaniami chmurowymi i tworzeniem aplikacji webowych.

▪Trzech programistów frontend lub backend (3 osoby/specjaliści posiadający min. 2-letnie doświadczenie w programowaniu i tworzeniu aplikacji). Programista posiada doświadczenie w technologiach wykorzystywanych w projekcie oraz znajomość najlepszych praktyk programistycznych. Odpowiada za tworzenie, wdrażanie i rozwój oprogramowania, zgodnie z założeniami projektowymi. Programista regularnie wykonuje przegląd kodu, sporządza dokumentację techniczną oraz posiada doświadczenie w pracy z rozwiązaniami chmurowymi i tworzeniem aplikacji webowych. Co najmniej jedna z podanych osób musi posiadać doświadczenie w projektowaniu i realizacji rozwiązań DevOps.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na 1.500.000,00 zł netto, co stanowi równowartość 323 478,04 euro. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 25 września 2024 r. na podstawie analizy cen rynkowych.

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert:

- 1.amb software sp. z o.o. z ceną 7 472 865,00 PLN
- 2.Odwołującego z ceną 1 860 006,00 PLN
- 3.Przystępującego z ceną 1 906 500,00 PLN
- 4.INFOMEX Sp. z o.o. z ceną 2 351 090,88 PLN
- 5.Polski Gladiator Sp. z o. o. z ceną 1 135 000 PLN

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.500.000,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 12 listopada 2024 r. wezwał Odwołującego, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SWZ. Ponadto cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający przytoczył treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz wskazywał, że Wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- 1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług;
- 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 4)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W odniesieniu do charakteru zamówienia szczególnie istotnym elementem zamówienia są koszty pracy poszczególnych osób zaangażowanych w realizację zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem harmonogramu prac, kosztów pozyskania niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia, koszty usług hostingowych, a także wyjątkowo korzystne warunki świadczenia usług. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa do szczegółowego wykazania, że cena zawarta w Państwa ofercie umożliwi prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia.

W dniu 17 listopada 2024 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, w części zastrzeżonych jako tajemnica

przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia składają się z 13 stron, z czego od strony 9 znajduje się uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W treści wyjaśnień wskazano zestawienie kosztów oraz załączono kopię umowy o pracę oraz kopię umowy o współpracy z Odwołującym.

Pismem z dnia 31 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, podnosząc, że *Brak szczegółowej informacji jakie realnie kwoty przyjęto w kalkulacji kosztów wykonania – w zakresie Kosztów osobowych – przedmiotu zamówienia. Brak informacji o liczbie roboczogodzin dla poszczególnych etapów. Podano jedynie całkowitą i ogólnikową liczbę godzin przewidzianą dla poszczególnych osób.(...)*

Dodatkowo, wykonawca w celu uzasadnienia przyjętego przez siebie łącznego kosztu podaje jedynie średnią stawkę za godzinę, której rynkowość mają potwierdzać dane z portalu wynagrodzenia.pl. Wykonawca posługuje się tylko kwotami wynagrodzeń dostępnymi w portalu wynagrodzenia.pl. Zamawiający zwraca też uwagę na wątpliwości dotyczące aktualności zestawień, którymi posłużył się Wykonawca.

Wykonawca w przyjętej przez siebie kalkulacji uwzględnił stawki obowiązujące w jego firmie, przy czym nie podaje żadnej informacji o uwzględnieniu zwiększających się kosztów w czasie realizacji projektu, który będzie trwał nawet 18-19 miesięcy.

Wykonawca wskazuje, że zamówienie będzie realizował zgodnie z przyjętymi w firmie metodologią i schematami, które mają wpłynąć na wysokość kosztu poniesionego na realizację, ale nie opisuje w jaki sposób te elementy wpływają na niższe koszty.

Liczba godzin wskazana przy Programiście Frontend wynosi 640, co przekłada się na założenie, że będzie on wykonywał przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia mniej niż 40 godzin miesięcznie. Taka liczba roboczogodzin potwierdza również, że wykonawca zaplanował angaż tylko jednego takiego programisty, czyli tak naprawdę 1 osoba na ¼ etatu, co zwiększa uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania aplikacji.

Liczba godzin wskazana przy Programiście Backend wynosi 1440, co przekłada się na założenie, że będzie on wykonywał przez cały okres realizacji zamówienia do 80 godzin miesięcznie, czyli zaledwie jedna osoba na pół etatu na wykonanie całej platformy, co zwiększa uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania platformy. Wykonawca nie założył w projekcie udziału także Programisty Full-stack, a przynajmniej złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości czy osoba o takich kwalifikacjach była brana pod uwagę na potrzeby realizacji zamówienia.

Wykonawca w swoim uzasadnieniu, odwołując się do wcześniejszych realizacji, wymienia podmioty, dla których realizował zamówienia, ale nie wymienia przy tym konkretnych rozwiązań/systemów, które wykonał (nie ma informacji na czym te realizacje polegały), co budzi wątpliwości Zamawiającego co do złożoności wcześniej wykonywanych zadań.

Wykonawca w przyjętych kosztach osobowych wskazał specjalistów w technologiach nie akceptowanych przez Zamawiającego - Wykorzystanie technologii PHP, zamiast wskazanej przez Zamawiającego w specyfikacji techniczno-funkcjonalnej (pkt. 5.13) technologii Java, co nie spełnia wymogów stawianych przez Zamawiającego. W przedstawionej kalkulacji nie została uwzględniona żadna osoba, która specjalizowałaby się w technologii Java. Co więcej, do wyceny załączono umowę o pracę z programistą PHP.(...)

II. Pkt. 2 Koszty udostępnienia środowiska chmurowego

Nie przedstawiono informacji w zakresie ponoszonych kosztów: infrastrukturalnych, licencyjnych i utrzymaniowych (...)

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia Wykonawcy nie potwierdzają, że cena przeznaczona na udostępnienie środowiska chmurowego nie pomija elementów istotnych z punktu widzenia skalowalności oraz zapewnienia wysokiej dostępności infrastruktury (Wymagane zapewnienie SLA na poziomie 99,90%).

III. Brak kalkulacji kosztów oprogramowania niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia:

IV. Koszty świadczenia usług gwarancji – poza podaniem kwot – nie są potwierdzone żadną kalkulacją

V. Wykonawca nie wskazuje, jakie sprzyjające okoliczności zostały uwzględnione.

VI. Koszty dojazdu – wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji na potwierdzenie tego kosztu, poza podaniem kwoty.

VII. Wykonawca nie uwzględnił kosztu zabezpieczenia prawidłowej realizacji przedmiotu umowy – a realizacja potrwa około 18-19 miesięcy.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwołujący wskazywał, że złożone przez niego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami uzasadniały podaną w ofercie cenę i nie powinny w żadnym wypadku budzić wątpliwości Zamawiającego, a odrzucenie jego oferty było nieuprawnione.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała na względzie okoliczność, że kwestia oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny musi być rozstrzygana *ad casum*, bowiem każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w odrębnych dla niego realiach, a zatem indywidualnie oceniane powinny być okoliczności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po analizie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Izba stwierdziła, że argumentacja w nich przytoczona jest niewystarczająca i uniemożliwia ocenę przez Zamawiającego realności zaoferowanej ceny, zatem odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne.

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

Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jak stanowi art. 224 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Na wstępie Odwołujący w zasadzie kwestionował zasadność wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazując, że cena oferty Przystępującego jest nieznacznie wyższa od ceny oferty Odwołującego, a średnia arytmetyczna cen została zawyżona przez jednego z wykonawców, na potwierdzenie czego załączył do odwołania dowód w postaci korespondencji mailowej. Takie działanie Odwołującego należy uznać za spóźnione. Jeżeli Odwołujący chciał zakwestionować zasadność wezwania do wyjaśnień ceny powinien odwołać się od tej czynności w określonym terminie. Polemika z wezwaniem do wyjaśnień ceny na etapie oceny złożonych wyjaśnień jest nieuprawniona i sformułowana po terminie. Dlatego też Izba uznała, że powyższy dowód jest bezprzedmiotowy, a argumentację pominęła.

Następnie Odwołujący wskazywał na fakt wykonania przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego Specyfikacji techniczno-funkcjonalnej. Izba pominęła również tę argumentację, bowiem nie dało się ustalić czy wolą Odwołującego było sformułowanie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Również w żądaniach wskazanych w *petitum* odwołania brak jest wniosku o odrzucenie oferty Przystępującego. Odwołujący postawił zarzuty precyzyjnie (dotyczą one nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego), ale w sposób niedostosowany do własnego stanowiska podniesionego w odwołaniu.

Dalej, Odwołujący odnosił się do kosztów personelu wskazując, że zarzut Zamawiającego o braku w wyjaśnieniach informacji o liczbie roboczogodzin dla poszczególnych etapów jest nieuprawniony, ponieważ nie było to przedmiotem wezwania. Odwołujący podkreślał, że uwzględnił każdy etap realizacji umowy w swojej kalkulacji cenowej.

Izba uznała, że Zamawiający słusznie postawił powyższy zarzut, bowiem w wezwaniu wyraźnie określono, że w wyjaśnieniach należy szczególnie uwzględnić harmonogram prac. Nie sposób więc zgodzić się z Odwołującym, że wystarczające było podanie ogólnej liczby roboczogodzin z podaniem kosztu personelu wykonującego czynności związane z realizacją zamówienia w zakresie opracowania Dokumentacji Projektowej, dostawy i Wdrożenia Oprogramowania Dedykowanego Systemu oraz opracowania Dokumentacji powykonawczej. Powyższe nie stanowi przedstawienia kosztów osób ze szczególnym uwzględnieniem harmonogramu prac.

Odwołujący nie zgadzał się też z zarzutem Zamawiającego o braku przedstawienia umów o pracę/kontraktów osób takich jak kierownik projektu, analityk i pozostały personel projektu, podnosząc, że załączył do wyjaśnień przykładowe umowy, które tylko potwierdzają prawdziwość kalkulowanych stawek. Podkreślał, że samo podanie przez Odwołującego średnich stawek obowiązujących w jego firmie, które w żaden sposób nie odbiegają od stawek rynkowych, potwierdza rzetelność przedstawionej kalkulacji kosztów personelu Odwołującego.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.1 SWZ Zamawiający wymagał następującego personelu skierowanego do realizacji zamówienia: Kierownika projektu, Analityka, 2 x starszego programisty, 1 x programisty typu full stack, 3 x programisty frontend lub backend. Łącznie: 8 osób.

Zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego Wykonawca w swoim wyjaśnieniu oraz w kalkulacjach uwzględnił 9 pracowników, ale jest tam mowa tylko o 1 x programista frontend, 1 x programista backend czyli 2 programistów (bez uwzględnienia programisty full stack) zamiast 6 wymaganych. Osoby takie jak: tester, projektant UX, administrator systemu, inżynier ds. Bezpieczeństwa, Architekt nie są programistami. Jednocześnie jako dowody mające na celu wykazanie realności dla zastosowanych stawek wykonawca przedstawił kopię jednej umowy o pracę dla testera oraz jednej umowy o współpracę dla programisty PHP.

Stosownie do wezwania z dnia 12 listopada 2024 r. Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów pracy poszczególnych osób zaangażowanych w realizację zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem harmonogramu prac. Dlatego też wskazanie na 9 stanowisk, z których część nie pokrywa się z zespołem wymaganym zgodnie z pkt 3.1 SWZ, bez przedłożenia stosownych dowodów na potwierdzenie wysokości przyjętych stawek, nie mogło być wystarczające.

Rację należy przyznać Przystępującemu, że specjalistom wskazanym w pkt 3.1 SWZ zostały postawione konkretne wymagania w zakresie doświadczenia i umiejętności, a więc na etapie składania ofert wykonawca powinien był

już wiedzieć, którzy konkretnie specjaliści spełniają postawione wymagania, ponieważ zostaną oni skierowani do realizacji zamówienia. Stąd w kalkulacji czasochłonności wykonania zamówienia wykonawca powinien był przyjąć konkretne stawki wynagrodzeń konkretnych pracowników, a nie średnie stawki obowiązujące na danym stanowisku u Odwołującego i to dla stanowisk, które nie pokrywają się z wymaganiami określonymi w dokumentacji zamówienia.

Ponadto, powoływanie się przez Odwołującego na przeciętne wynagrodzenia wynikające z raportów płacowych opublikowanych na portalu <https://wynagrodzenia.pl> nie jest wystarczające. Sama ta okoliczność nie dowodzi, że takie właśnie koszty rzeczywiście Odwołujący ponosi. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 23 października 2020 r., sygn. akt KIO 2432/20, gdzie wskazano: *Jedynym załączonym do wyjaśnień dowodem, mającym potwierdzać zasadność argumentacji odwołującego w zakresie realności ceny jego oferty były cztery wydruki stanowiące raporty płacowe dla stanowisk, których zapewnienia przez okres realizacji umowy wymagał zamawiający. Dowód ten Izba uznała za nieprzydatny dla wyjaśnień przedstawionych przez odwołującego. Po pierwsze dokumenty nie stanowiły potwierdzenia stawek obowiązujących lub stosowanych w praktyce u odwołującego. Miały one charakter wydruków z funkcjonującej na rynku, internetowej „porównywarki” wynagrodzeń, które wskazywały miesięczne stawki wynagrodzenia dla danych stanowisk. Po drugie nie były one adekwatne do treści wyjaśnień w zakresie wynagrodzeń personelu realizującego zamówienie. W wyjaśnieniach odwołujący wskazał na przyjętą przez konsorcjum stawkę dotyczącą średniego kosztu jednej osobogodziny, natomiast załączone dowody jak wskazano powyżej zawierały miesięczne stawki wynagrodzenia dla danych stanowisk. Odwołujący nie wyjaśnił jak przyjęty przez niego koszt jednej osobogodziny przekładał się na wynikające z dowodów wynagrodzenia miesięczne, a przez brak wskazania jakichkolwiek informacji dotyczących zakładanej pracochłonności przy realizacji zamówienia, nie można było stwierdzić, aby ten dowód w okolicznościach związanych z wyjaśnianiami cokolwiek potwierdzał.*

W związku z powyższym, Odwołujący w celu wykazania realności przyjętych stawek winien był przedstawić umowy lub przynajmniej oświadczenia osób na stanowiska wskazane w SWZ co do wysokości kosztów zatrudnienia. Załączenie dwóch umów na stanowiska niepowiązane z tymi wymienionymi w pkt 3.1 SWZ oraz odniesienie do przeciętnego poziomu wynagrodzeń nie może zostać uznane za wykazanie realności kosztów zatrudnienia.

Odwołujący wskazał też w wyjaśnieniach, że dotychczasowe nabyte doświadczenie w realizacji usług o podobnym charakterze i specyfice, pozwoliło na wypracowanie metodologii i schematu realizacji przedmiotu zamówienia umożliwiającej sprawną i zgodną z wymaganiami ujętymi w dokumentacji przetargowej realizację usług.

Zdaniem Izby powyższe może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło do bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odwołujący potwierdził, że szacowana liczba 640 godzin dla programistów frontend jest wystarczająca do realizacji przedmiotowego zamówienia. Potwierdził także, że szacowana liczba 1440 godzin dla programistów frontend jest wystarczająca do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podnosił, że Zamawiający w SWZ wymagał jedynie by programiści byli dostępni przez cały okres trwania projektu bez podawania konkretnej liczby godzin ich dostępności.

Izba podzieliła w tym zakresie wątpliwości Zamawiającego przedstawione w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że *Liczba godzin wskazana przy Programiście Frontend wynosi 640, co przekłada się na założenie, że będzie on wykonywał przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia mniej niż 40 godzin miesięcznie. Taka liczba roboczogodzin potwierdza również, że wykonawca zaplanował angaż tylko jednego takiego programisty, czyli tak naprawdę 1 osoba na ¼ etatu, co zwiększa uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania aplikacji. Liczna godzin wskazana przy Programiście Backend wynosi 1440, co przekłada się na założenie, że będzie on wykonywał przez cały okres realizacji zamówienia do 80 godzin miesięcznie, czyli zaledwie jedna osoba na pół etatu na wykonanie całej platformy, co zwiększa uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania platformy. Wykonawca nie założył w projekcie udziału także Programisty Full-stack, a przynajmniej złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości czy osoba o takich kwalifikacjach była brana pod uwagę na potrzeby realizacji zamówienia.*

Ponadto, jak podnosił Przystępujący prac będzie więcej, tj. *Jeśli dołożyć do tego prace związane z zapewnieniem responsywności (por. str. 2 tiret 3 OPZ), optymalizacją wydajności, obsługą błędów, dostosowania do standardów WCAG (por. str. 2 tiret 3 OPZ, str. 3 tiret 1 OPZ), integracje z serwisami backendowymi, implementację lub integrację z gotowymi rozwiązaniami 2FA oraz spełnienie pozostałych wymagań funkcjonalnych zawartych w specyfikacji technicznofunkcjonalnej, z całą pewnością przekroczona zostanie liczba 640 godzin dla Programisty frontend.*

Zamawiający zakwestionował też, że do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący załączył umowę o pracę z

programistą PHP, podczas gdy należało uwzględnić osobę, która specjalizowałaby się w technologii Java. Zdaniem Odwołującego, fakt, że osoba obecnie realizuje projekty w technologii PHP, nie oznacza braku umiejętności w technologii Java, a jedynie odzwierciedla aktualne zapotrzebowanie rynkowe.

Izba zwraca uwagę, że to technologia Java jest wskazana w dokumentach zamówienia (okoliczność bezsporna). Ponadto, z załączonej do wyjaśnień umowy o współpracy nie wynika, że wskazana osoba posiada doświadczenie w technologii Java. Taka argumentacja pojawiła się dopiero w odwołaniu, gdzie Odwołujący wskazał, że umowa załączona do kalkulacji dotyczy specjalisty z ponad 16-letnim doświadczeniem komercyjnym, z czego ponad 10 lat obejmuje intensywną pracę w technologii Java. Dlatego zgodzić należy się z Zamawiającym, że w przedstawionej kalkulacji nie została uwzględniona żadna osoba, która specjalizowałaby się w technologii Java, a załączona do wyjaśnień umowa o współpracy dotyczy programisty PHP.

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał też, że nie określono w wyjaśnieniach w jaki sposób zastosowanie metody Agile będzie miało przełożenie na kalkulację ceny oferty. W odwołaniu podniesiono, że *Zgodnie z zasadami metodyki Agile, cykliczne spotkania są bardzo krótkie i mają charakter intensywnych, maksymalnie kilkunastominutowych sesji.* Dodatkowo Odwołujący przedstawił charakterystykę metodyki Agile i sposobu jej wykorzystania. Niemniej opis ten należy uznać za spóźniony, gdyż samo wskazanie w treści wyjaśnień na zastosowanie określonej metodyki działań nie ma przełożenia na kalkulację ceny.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego odniósł się także do kosztów udostępnienia środowiska chmurowego podnosząc, że wyjaśnienia wykonawcy nie przedstawiają informacji w zakresie ponoszonych kosztów: infrastrukturalnych, licencyjnych i utrzymaniowych. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wymagał jedynie wskazania „kosztu usług hostingowych”.

Rację należy przyznać Przystępującemu, że udostępnienie środowiska chmurowego powinno obejmować wszystkie elementy określone w dokumentach zamówienia. Odwołujący podał w wyjaśnieniach jedynie zbiorczą kwotę w tym obszarze i nie poparł wyjaśnień żadnym dowodem. Natomiast Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia kosztu usług hostingowych oraz kosztów pozyskania niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia. Zamawiający wezwał do szczegółowego wykazania, że cena zawarta w ofercie Odwołującego umożliwi prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący argumentował również, że żądanie szczegółowej kalkulacji każdego elementu na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Rzeczywiście nie sposób domagać się, aby wykonawca przedstawiał dowody na każdą okoliczność i każdy element ceny, który deklaruje i który wymienia. Niemniej w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wprost w wezwaniu wskazał elementy, które należało wyjaśnić, w tym koszty usług hostingowych. Zatem, uznać, że udostępnienie środowiska chmurowego jest istotnym czynnikiem cenotwórczym w ramach niniejszego postępowania. Dlatego też rzetelna wycena powyższego zakresu, poparta wyjaśnieniami, opisem lub dowodami była obowiązkiem wykonawcy, a nie jedynie wskazanie jednej zbiorczej kwoty, z której nic nie wynika.

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji na potwierdzenie kosztu dojazdu, poza podaniem kwoty. Jest to okoliczność bezsporna, bowiem w wyjaśnieniach Odwołujący podał jedynie kwotę i oświadczył, że kalkuluje minimum 12 spotkań specjalistów w siedzibie Zamawiającego, jak również cotygodniowe spotkania kierownika projektu. Dopiero w odwołaniu pojawiają się informacje dotyczące realnego dystansu, kosztu przejechania kilometra. Izba uznała więc, że wyjaśnienia Odwołującego w kwestii kosztów dojazdu nie zostały w wyjaśnieniach ceny w żaden sposób realnie wyliczone.

Dlatego już z samych tych powodów Zamawiający miał uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia. Ponadto, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16, *to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący) mają wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego.*

Obowiązkiem Odwołującego było złożenie konkretnych, odpowiadających na wezwanie i popartych dowodami wyjaśnień ceny. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisu sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów.

Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Odwołujący, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, akcentował, że złożył wyjaśnienia, które obejmowały aż 13 stron wraz z dowodami. Niemniej wyjaśnienia Odwołującego ograniczają się do: przytoczenia orzecznictwa, kilku ogólnikowych fragmentów dotyczących bogatego doświadczenia wykonawcy w realizacji zamówień, zestawienia kosztów, w zakresie którego dowody dotyczą wyłącznie kosztów osobowych i to w niepełnym oraz nieadekwatnym zakresie, podania kilku pozycji kosztowych w żaden sposób nieudowodnionych, przedstawienia na 5 stronach uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny. Załączenie dodatkowo dwóch przykładowych umów na stanowiska niepowiązane z tymi przewidzianymi przez Zamawiającego oraz odniesienie do przeciętnego poziomu wynagrodzeń (również dla personelu nieokreślonego w dokumentacji zamówienia) nie wykazało realności kosztów zatrudnienia, które niewątpliwie przy tego rodzaju usłudze stanowią jeden z najistotniejszych czynników cenotwórczych składających się na cenę oferty.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia ceny są ogólnikowe, koszty nie zostały w żaden sposób udowodnione oraz nie potwierdzają prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej.

Izba oddaliła również zarzut naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo iż oferta ta nie była ofertą z najniższą ceną. Izba stwierdziła, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia postanowień dokumentów zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie, czy też stosowania kryteriów niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie poczynił żadnego uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów, tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (por. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 22/23).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodnicząca:.....