Sygn. akt: KIO 2941/23

WYROK

z dnia 24 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2023 r. przez wykonawcę **GIAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Ochrony Środowiska w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **GISPartner sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GIAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GIAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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 2941/23

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

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Warszawie – prowadzipostępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.

„Budowa, modernizacja i integracja systemów informatycznych i geoprzestrzennych do gromadzenia i przetwarzania informacji o zarządzaniu ochroną przyrody", numer referencyjny: BDG-ZZP.082.7.2023.Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 113-354746.

W dniu 5 października 2023 r. wykonawca GIAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

a) naruszenie art. 224 ust.6 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny za zamówienie podstawowe oraz opcjonalne,

b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. 224 ust. 6 PZP poprzez błędne zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy oferta Odwołującego została skalkulowana prawidłowo a Zamawiający nie podał argumentów dlaczego cena z oferty Odwołującego miałaby być nierealną,

c) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 PZP poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej wymagań na skutek nieprawidłowego stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków w postępowaniu w zakresie dysponowania zasobami innego podmiotu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego, ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w postaci kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą, wg faktury złożonej na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że:

1. KWESTIA KORZYSTANIA Z ZASOBÓW PODMIOTU TRZECIEGO

Odwołujący podnosi, że przedstawione przez niego zobowiązanie podmiotu udostępniającego spełnia wymagania PZP, w szczególności poprzez określenie w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje usługi i daje podstawę do ustalenia czy Odwołujący ma dostęp do zasobów podmiotu trzeciego i czy ten dostęp umożliwi prawidłową realizację zamówienia.

W wezwaniu z dnia 23 sierpnia 2023 r., które Zamawiający skierował do Odwołującego, Zamawiający wezwał do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, wskazując, że wymaga, aby ze zobowiązania wynikały „konkretne czynności (zakres), który będzie realizował podmiot trzeci i sposób ich realizacji. Odwołujący w dniu 28 sierpnia 2023 r. przedstawił Zamawiającemu nowe zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby – jak sam

Zamawiający wskazuje na stronie 4. Uzasadnienia odrzucenia oferty – „zobowiązanie (…) ze wskazaniem konkretnego zakresu prac do wykonania".
Zgodnie z art. 118 ust. 4 PZP, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:
1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.
„Celem ww. [art. 118 ust. 2 PZP] przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp wymagają zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony."
Z przedstawionego w dniu 28 sierpnia 2023 r., zmienionego zobowiązania NEFENI sp. z o.o. wynika w sposób jednoznaczny zakres dysponowania zasobami i nie wydaje się, aby musiał być przedmiotem dedukcji Zamawiającego.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że NEFENI sp. z o.o. nie wykona prac we wskazanym w zobowiązaniu zakresie, nie był uprawniony do stwierdzenia, że zobowiązanie zostało złożone tylko w celu formalnego potwierdzenia spełniania wymogu w postępowaniu, a że Odwołujący nie wykazał realnego udziału NEFENI sp. z o.o. w realizacji przedmiotu zamówienia.
Po pierwsze, zgodnie z przepisem art. 118 ust. 4 zobowiązanie podmiotu ma wyłącznie potwierdzić istnienie stosunku, który zagwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, i jednocześnie, odwrotnie - rzeczywisty dostęp do zasobów potwierdza się tylko zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby. Zatem z żadnego innego dokumentu niż ze zobowiązania Zamawiający nie może wnioskować o realności udostępniania zasobów.
Po drugie, w żadnym miejscu przywołany wyżej przepis PZP nie upoważnia Zamawiającego do żądania wskazania konkretnych czynności, które wykona podmiot udostępniający zasoby.
Odwołujący podnosi, że żądanie, aby podmiot udostępniający zasoby wskazał konkretne czynności, które wykona, jest niezgodne z PZP. „Zakres usług" w rozumieniu art. 118 ust. 4 PZP nie oznacza: „konkretne czynności."
Natomiast, jeśli chodzi o to w jakim zakresie podmiot udostępniający zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą, to w uzupełnionym zobowiązaniu NEFENI sp. z o.o., przekazanym Zamawiającemu w dniu 28 sierpnia 2023 r., ten zakres został wskazany. W kontekście tego uzupełnionego zobowiązania, Zamawiający miał możliwość zorientowania się o realnym udostępnieniu zasobu przez podmiot trzeci.
Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podaje m.in.:
a) „stosownie do dyspozycji art. 118 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy, Zamawiający oczekiwał wskazania przez wykonawcę zakresu (zadań) w realizacji których podmiot udostępniający zasoby weźmie udział, ale pozostających w korelacji z zakresem zadań wskazanych w konkretnym warunku udziału w postępowaniu w ramach zdolności technicznej, do którego podmiot ten zobowiązał się udostępnić swoje zasoby.",
b) „za niewystarczające należy uznać wskazanie w treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, w zakresie udział tego podmiotu w realizację przedmiotu zamówienia, powielenie jedynie części treści warunku udziału w postępowaniu, co zostało poczynione w przedstawionym dokumencie."
W stwierdzeniu przywołanym w lit. b) Zamawiający odnosi się do pierwszego zobowiązania NEFENI sp. z o.o., bo przecież Zamawiający wzywał do uzupełniania pierwszego zobowiązania do czego doszło i Odwołujący przedstawił nowe zobowiązanie z zakresem usług, które wykona NEFENI sp. z o.o., o którym nawet sam Zamawiający spuentował w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że nowe zobowiązanie zawierało konkretny zakres prac.
Ostatecznie zobowiązanie NEFENI sp. z o.o. nie zawierało „powielenia jedynie części treści warunku udziału w postępowaniu", a obejmowało zakres usług, które wykona NEFENl sp. z o.o. w ramach udostępnienia zasobów.
Jeśli zatem podstawą do stwierdzania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie spełnia warunków miało być to, że oświadczenie NEFENI sp. z o.o. „powiela jedynie część treści warunku udziału w postępowaniu" to jest to oczywiste naruszenie Zamawiającego, skoro Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił uzupełnione zobowiązanie NEFENl sp. z o.o.
Jednocześnie, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający twierdzi sprzecznie o tym czy oświadczenie

podmiotu udostępniającego ocenił prawidłowo czy nie. W jednym miejscu Zamawiający stwierdza: „ (…) z treści uzupełnionego na wezwanie zobowiązania z dnia 28.08.2023 r. wynika konkretny zakres prac, które ten podmiot (Nefeni) wykona. (podkreślenia własne)".

W innym miejscu Zamawiający stwierdza: „Tylko szczegółowe określenia zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez Wykonawcę umożliwia Zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji Wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia", co miałoby sugerować, że Zamawiający uważa, że zobowiązaniu brakuje tych konkretów, pomimo tego, że kilka zdań wcześniej Zamawiający twierdzi, że z dokumentu pochodzącego od NEFENI sp. z o.o. wynika „konkretny zakres prac". Zatem Zamawiający sam sobie przeczy co do tego czy ze zobowiązania wynika jaki konkretnie zakres prac wykona Odwołujący i czy jest to wystarczający opis zakresu zadania. Tę sprzeczność należy tłumaczyć na korzyść Odwołującego.

Słowo „sugerować" powyżej nie jest użyte przez Odwołującego przypadkiem, bowiem w treści uzasadnia odrzucenia oferty Zamawiający nie stwierdza wprost, ani nie uzasadnia, że przedstawiony przez Odwołującego zakres usług, które deklarował wykonać podmiot trzeci, nie pozwoli Wykonawcy wykonać prawidłowo zamówienia – a taki jest cel przepisów art. 118 ust. 4 PZP i to powinien Zamawiający badać oceniając zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby. Treść zobowiązania służy do potwierdzenia warunku (tylko ten dokument). W ocenie

Odwołującego wynika ze zobowiązania, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizować konkretny zakres usług, a samego zakresu usług Zamawiający nie ocenił negatywnie. Oznacza to, że przedłożone zobowiązanie NEFENI sp. z o.o. służyło potwierdzeniu spełniania warunków zamówienia przez Wykonawcę i nie było podstaw po stronie Zamawiającego do stwierdzenia, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że „powoływanie się

przez Wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej służy jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez zaangażowania tego podmiotu w wymaganym zakresie w realizację zamówienia" oraz, że „wykonawca nie wykazał realnego udziału podmiotu udostępniającego zasobu w realizacji przedmiotu zamówienia, co nie potwierdza spełniania warunku udział w postępowaniu". Ze zobowiązania NEFENI sp. z o.o. jasno wynika jaki jest zakres prac, które wykona NEFENI, a samego zakresu Zamawiający nie kwestionował. Zamawiający nie stwierdził w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że ocenia ten zakres prac z uzupełnionego zobowiązania NEFENI w sposób negatywny. Zamawiający nie stwierdził w uzasadnieniu odrzucenia oferty, ze udział podmiotu udostępniającego zasoby w postępowaniu będzie niewystarczający, czy nie gwarantuje wykonania zamówienia przez Wykonawcę. A nie można pomijać celu art. 118 ust. 2 i 4 PZP i wagi zobowiązania, z którego ma wynikać dla Zamawiającego potwierdzenie, czy zakres i sposób udostępnienia zasobów pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający tego nie kwestionuje.

Zamawiający nie stwierdził, że zakres i sposób udostępniania zasobów są nieodpowiednie dla spełnienia warunku. Nie może w tym momencie, w szczególności w czasie rozprawy, twierdzić, że zakres i sposób udostępnienia zasobów ocenił jako niewystarczający, jeśli nie podał i nie wykazał tej okoliczności jako podstawy odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 253 PZP, Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o odrzuceniu. Wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu. Z uzasadnienia powinny wynikać w sposób wyczerpujący motywy podjęcia takiej, a nie innej decyzji przez Zamawiającego. Ma to szczególne znaczenie przy uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy. Wykonawca w odwołaniu może bowiem odnieść się jedynie do tych zarzutów, które zostały wobec niego wyartykułowane. Nie może domyślać się faktycznych motywacji, argumentacji zamawiającego. Jednoznacznie należy zgodzić się z wyraźnym w orzecznictwie poglądem , iż zakres sprawy rozpoznawanej przez KIO nie może wykraczać poza zakres zarzutów formułowanych wobec oferty wykonawcy w uzasadnieniu jej odrzucenia. Izba zaś nie może brać pod uwagę takich okoliczności, które nie zostały ujawnione w uzasadnieniu, a wyartykułowane dopiero na etapie sprawy przed KIO.

Reasumując, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby powinno być przez Zamawiającego badane tylko pod kątem zdolności z art. 118 ust. 4, tj. czy zakres udostępnionych usług i sposób wykonania umożliwia wykonawcy wykonanie zamówienia, a tego Zamawiający nie zakwestionował. Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika, aby zamawiający uznał, że ten zakres jest nieadekwatny do wymaganego doświadczenia. Zatem nie było podstawy odrzucenia oferty jako niespełniającej warunków w zakresie wymaganego doświadczenia.

II. UDZIAŁ PODWYKONAWCY MSHK SP. Z O.O.

Zamawiający błędnie uznał, że Odwołujący nie wkalkulował w swoją ofertę kosztów szacunkowych udziału pracowników/współpracowników MSHK sp. z o.o. w realizacji zamówienia. Argumenty uzasadnienia odrzucenia oferty

Odwołującego pokazują, że:
- Zamawiający w ogóle nie zapoznał się z kalkulacja excel, którą otrzymał w formie elektronicznej, z której wprost wynika, że wynagrodzenia pracowników/współpracowników MSHK wg stawek z ich umów zostały uwzględnione w kalkulacji,
- że nie zrozumiał samych wyjaśnień, które były klarowne.

Z kalkulacji wynika, że Odwołujący założył, że skorzysta z usług MSHK sp. z o.o. jako podwykonawcy. Uzgodniony z MSHK sp. z o.o zakres jego udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca, skutkował wytypowaniem osób, zatrudnionych na stanowiskach, które wg uzgodnień mogłyby z ramienia MSHK sp. z o.o realizować prace. MSHK sp. z o.o. przekazał Wykonawcy umowy o pracę/współpracę tych osób. Stanowiska tych osób, oraz ich wynagrodzenia zostały uwzględnione w kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego.

Odwołujący, aby pokazać Zamawiającemu jaką pracochłonność założył dla projektu, uwzględnił w kalkulacji także pracowników MSHK, a nie tylko – jak błędnie wskazuje Zamawiający - marżę dla podwykonawcy MSHK. Łączna kalkulacja zawiera nie tylko marżę podwykonawcy MSHK sp. z o.o. ale pokazuje wartość wynagrodzenia dla pracowników MSHK sp. z o.o. Całe wynagrodzenie oczekiwane przez MSHK sp. z o.o. znajduje się w kalkulacji excel jako suma kosztów pracowników/współpracowników opisanych MSHK i marży podwykonawcy.

Zamówienie zostało podzielone wg OPZ na 4 główne etapy, poszczególne etapy, zostały rozwinięte jeszcze na podetapy. GIAP tworząc ofertę, każdy etap wykonania przedmiotu umowy, dokładnie przeanalizował względem ilości roboczodni potrzebnych do wykonania danego zadania z wskazaniem ile zamierza przeznaczyć osób do danego zadania. Takie kalkulacje przedstawia załącznik w formacie Excel, który został wysłany do Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tabele dokładnie pokazują, że do każdego etapu zostały skalkulowane średnie stawki dla danego stanowiska, wyliczone na podstawie tabeli przedstawiającej łącznie 27 osób (pracownicy firmy GIAP, NEFENI oraz MSHK).

Podsumowując stawki przyjęte do obliczeń oparte są również o koszty pracowników podwykonawcy MSHK. Excel prezentuje dokładnie ile osób zamierza wykorzystać od podwykonawcy MSHK. Pokazuje to tabela, która dokładnie wylicza zaangażowanie osób od MSHK. Kalkulacja, przedstawiła łącznie koszt w wysokości 1 013 346,23 zł brutto po stronie MSHK, jak również marżę, którą MSHK uzyska po wykonaniu przedmiotu zamówienia, wspominana wcześniej kwota 50 667,31 zł.

W/w obliczenia znajdują się w pliku Excel w kolumnach L-O, wiersze 25-121. Z tabeli z wykazem stanowisk pracowników jasno wynika, że do ustalenia średniej ceny za roboczodzień zostali wliczeni pracownicy/współpracownicy MSHK.

Średnia stawka za roboczodzień została wyliczona z uwzględnieniem pracowników/współpracowników podwykonawcy MSHK.

Nie jest zatem prawdą, i stoi w sprzeczności z kalkulacją, stwierdzenie zamawiającego, że w kalkulacji ujęto tylko kwotę marzy podwykonawcy, bowiem cała kwota 1.064.013,54 zł ujęta jest w kalkulacji. Wszystkie złożone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że w kalkulacji Wykonawca uwzględnił podwykonawcę MSHK sp. z o.o.

Nie odpowiada faktom, że w kalkulacji została uwzględniona tylko kwota 50.667,31 zł, bo została w niej ujawniona także kwota odpowiadająca wynagrodzeniu osób, które skierowane zostałyby przez MSHK sp. z o.o. do realizacji umowy.

Nie wiadomo skąd Zamawiający wysnuł wniosek, że wykazanie wynagrodzenia pracowników MSHK stanowi jedynie potwierdzenie rynkowości stawek stosowanych przy zatrudnieniu specjalistów. Odwołujący wyjaśniał, że założone zostało jacy specjaliści podwykonawcy zostaną skierowani do wykonywania prac i przy tym założeniu i uwzględniając pracochłonność zadań, Wykonawca dokonał kalkulacji.

III. KWESTIA ZAOFEROWANEJ CENY BRUTTO

Zamawiający uznał, że Wykonawca nie udowodnił możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i wskazuje, że Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia dla tego stwierdzenia.

Zamawiający przedstawił wykaz kosztów składających się na wartość oferty Odwołującego – 3.675.238,77 zł w rozbiciu na pozycje i uznał, że Odwołujący nie udowodnił możliwości wykonania umowy za tę cenę, bo:

a) W koszcie pracodawcy nie uwzględnił pracowników MSHK sp. z o.o. – co nie jest stwierdzeniem prawdziwym - jak wynika z wyjaśnień w pkt. II powyżej, koszt szacunkowy pracy osób skierowanych z MSHK sp. z o.o. został uwzględniony w kalkulacji,

b) Że koszt podwykonawcy wkalkulowany w cenę oferty wynosił tylko 50.677,31 zł – co nie jest stwierdzeniem prawdziwym, bowiem zgodnie z tym co pkt. II powyżej, w cenę oferty wkalkulowany jest koszt wynagrodzenia, które MSHK sp. z o.o. zapłaciłaby swoim pracownikom za wykonywanie prac,

c) Wartość wynagrodzenia NEFENI z uwzględnieniem testera wynosi 81.598,00 zł brutto, a wartość wynagrodzenia NEFENI z wyjaśnień wynosi 401.275,52 zł.

Zamawiający nie wyjaśnia jednak dlaczego wartość wynagrodzenia miałaby być nieprawidłowo skalkulowana. Zamawiający stwierdził, że oferty podwykonawców są niedoszacowane, co prowadziło do rażącego odrzucenia ceny. Zamawiający nie podaje jednak żadnej argumentacji z której miałoby wynikać, że cena którą zaoferował Odwołujący jest

nierealna i że nie gwarantuje prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, że koszty podwykonawców są niedoszacowane.
Tymczasem obowiązkiem Zamawiającego, który planuje odrzucić ofertę z uzasadnieniem rażąco niskiej ceny jest wyjaśnić wykonawcy dlaczego oferta jest nierealna i nie można wykonać zamówienia za cenę oferty. W innym wypadku odrzucenie oferty jest nieprawidłowe.
Dokładnie taka argumentacja wypływa z wyroku KIO 216/21: „Błędne było również uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, które poza wskazaniem na niespójności w wyjaśnieniach nie zawierało argumentacji potwierdzającej, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest nierealna, a kalkulacja nie przedstawia cen rynkowych dających gwarancję wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego."
Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Cena wykonawcy GISPartner sp. z o.o. jest niższa niż cena Odwołującego - 3 490 002 zł – a została uznana przez Zamawiającego za realną.
Z całego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający popełnił błędy
w odczytaniu kalkulacji i wyjaśnień Odwołującego. Te błędy nie mogą być podstawą wnioskowania o tym, że cena jest rażąco niska.
Aby Zamawiający mógł uznać, ze oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 PZP, musi wykazać, że jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołujący Zamawiający nie sprostał temu obowiązkowi w kontekście wyjaśnień Odwołującego.
Odwołujący wskazuje także, co podawał w wyjaśnieniach z dnia 17 sierpnia 2023 r. że zgodnie z wyrokiem KIO 351/23 ogólnozakładowe koszty prowadzenia działalności gospodarczej, są kosztami marginalnymi, które nie są istotnie związane z przedmiotem zamówienia i Wykonawca mógłby je całkowicie pominąć w dokonanej kalkulacji, a uwzględnił je na kwotę ponad 600.000,00 zł. „Przy ocenie ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę tylko te koszty, które są istotnie związane z przedmiotem zamówienia. Ogólnozakładowe koszty prowadzenia działalności gospodarczej występują zawsze i nie są bezpośrednio związane z pozyskaniem kolejnego zamówienia. Nieuwzględnienie ich przez wykonawcę w składanych wyjaśnieniach, czy też stwierdzenie o ich marginalnym znaczeniu nie daje podstaw do twierdzenia, że wykonawca nie wykazał, a w konsekwencji nie wyjaśnił, że cena oferty nie jest rażąco niska. Twierdzenie przeciwne prowadziłoby do absurdu, gdyż np. przy wielomilionowym kontrakcie niewykazanie przez wykonawcę np. kosztów internetu, kosztu pracy kserokopiarek czy kosztu parkowania samochodu mogłoby powodować skutek w postaci odrzucenia oferty z uwagi na okoliczność niewykazania tych kosztów, które pozostają de facto bez znaczenia dla głównego przedmiotu świadczenia."
Z tych przyczyn w ocenie Odwołującego już wskazanie przez Odwołującego tych kosztów dowodzi realności i rzetelności oferty, skoro Wykonawca uwzględnił w kalkulacji te koszty, których obowiązku uwzględniać nie miał. Z drugiej strony skoro koszty te nie są kosztami istotnymi dla danego Zamówienia Odwołujący ma „wolne" ponad 600.000,00 zł, które może przeznaczyć na pokrycie dowolnego kosztu, który powstanie w toku wykonywania prac. Zatem rezerwa w istocie jest wyższa niż ta pierwotnie ujęta w kalkulacji.

IV. KWESTIA ZAOFEROWANEJ PRZEZ WYKONAWCĘ CENY BRUTTO ZAMÓWIENIA OPCJONALNEGO

Odwołujący kwestionuje aby w tym zakresie przedstawił lakoniczne wyjaśniania. Nie jest prawdą, że Odwołujący przedstawił lakoniczne wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej stawki 1 roboczogodziny asysty technicznej, bowiem Odwołujący wyjaśniał jakie czynności pracowników wyceniał dokonując kalkulacji, w arkuszu excel ujął informację ile roboczogodzin oszacował poświęcą dane osoby w związku z tą asystą, dołączył umowy o pracę tych osób, a w kalkulacji excel prowadził obliczenia z uwzględnieniem średniej stawki za roboczogodzinę.
Nie można wyjaśnieniom wykonawcy w kalkulacji excel odmówić przymiotu szczegółowości.
Jeśli po stronie Zamawiającego pojawiły się wątpliwości w tym zakresie, albo nie chciał samodzielnie otworzyć arkusza kalkulacyjnego excel żeby sprawdzić wyliczenia, powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Trzeba zauważyć, że Zamawiający w ramach drugiej tury wyjaśnień oferty nie wymagał wyjaśnień oferty w zakresie zamówienia opcjonalnego, a na koniec uznał, że pierwsze wyjaśnienia w tym zakresie są nieprawidłowe. W tym zakresie, jeśli wyjaśnienia które otrzymał Zamawiający nie pozwalały mu na samodzielne przeliczenie stawki celem weryfikacji że jest prawidłowa, powinien wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień. Z kalkulacji excel wprost wynika, że wynik dzielenia sumy średniej wynagrodzeń brutto 8488,08 przez 168 h daje stawkę 50,52 zł netto – 62,14 zł brutto do której dodano koszty pośrednie do dało kwotę 74,54 zł, względem zaoferowanej 93,00 zł.
Reasumując, Odwołujący podnosi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, operować należy przepisami prawa, które stanowią granice obowiązków i uprawnień. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył wskazane przepisy PZP. Najpierw, wykroczył poza brzmienie przepisu art. 118 ust. 2 i 4 PZP i nie ocenił prawidłowo zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Potem nie zapoznał się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (być

może nawet nie otworzył arkusza kalkulacyjnego, który otrzymał, a którym wiele razy pojawia się wyraz „MSHK" i z którego wynika, że koszty osobowe pracowników MSHK zostały skalkulowane i na skutek tych naruszeń uznał, że Odwołujący nie wykona zamówienia za wskazaną cenę. W ocenie Odwołującego, zachowanie Zamawiającego, powinno skutkować uwzględnieniem Odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 października 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 ustawy, tj. kwestii korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający przedstawia następujące stanowisko:

Zamawiający miał uzasadnione podstawy, by uznać, że podmiot udostępniający zasoby - Nefeni sp. z o.o. nie wykona prac we wskazanym w zobowiązaniu zakresie i był uprawniony do stwierdzenia, że zobowiązanie zostało złożone jedynie w celu formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Odwołujący nie wykazał realnego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Na wstępie należy zauważyć, że Zamawiający nie podważa wskazanego w uzupełnionym w dniu 28.08.2023 r. zobowiązaniu konkretnego zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby, a podnosi zarzut – sformułowany na podstawie złożonych przez Odwołującego, w toku badania jego oferty, wyjaśnień i dokumentów – że podmiot ten nie wykona prac we wskazanym w zobowiązaniu zakresie, na co wskazuje m.in. oferta podmiotu Nefeni sp. z o.o. z dnia 03.08.2023 r.

Po pierwsze, Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem, że rzeczywisty dostęp do zasobów potwierdza się tylko zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby. Zgodnie z art. 118 ust. 3 wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotu trzeciego przedkłada zobowiązanie tego podmiotu lub inny podmiotowy środek dowodowy. Ponadto, zgodnie z art. 119 ustawy, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmiot udostępniający zasoby zdolności technicznej i zawodowej pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienie warunków udziału w postępowaniu. A więc ustawa nie tylko uprawnia, lecz wręcz obliguje Zamawiającego do oceny udostępnionych zasobów, ale nie odsyła jedynie w tym zakresie do dokumentu zobowiązania – jak wskazuje Odwołujący.

Po drugie, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że *„zobowiązanie podmiotu ma wyłącznie potwierdzić istnienie stosunku, który zagwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, i jednocześnie, odwrotnie – rzeczywisty dostęp do zasobów potwierdza się tylko zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby. Zatem z żadnego innego dokumentu niż ze zobowiązania Zamawiający nie może wnioskować o realności udostępniania zasobów"*.

Podkreślenia wymaga, że oświadczenie woli w zakresie spełnienia świadczenia i jego ceny, zawarte w ofercie, a więc m.in. oświadczenie o poleganiu na zasobach podmiotów trzecich oraz wyjaśnienia w zakresie ceny, stanowią integralną część oferty, w związku z czym powinny być oceniane łącznie i nierozerwalnie. Uznanie stanowiska Odwołującego zacytowanego powyżej prowadziłoby do sytuacji, w której ocenę spełnienia świadczenia należałoby dokonywać odrębnie od ceny oferty, czy jej części składowych – szczególnie w zakresie udziału podwykonawców – które w ocenie Zamawiającego, łącznie stanowią o treści oferty.

Po trzecie, zmienność stanowiska Odwołującego co do zakresu i przede wszystkim wartości udziału podmiotu Nefeni sp. z o.o. w realizacji przedmiotu zamówienia (od wartości 81 598 zł brutto, pierwotnie przedstawionej w kalkulacji szczegółowej, potwierdzonej ofertą tego podmiotu z dnia 03.08.203 r., ostatecznie do kwoty 401 278,52 zł – z uwzględnieniem wartości rezerwy), dawały podstawy do uznania, że udział tego podmiotu, szczególnie w zakresie udostępnianych zasobów zdolności technicznej będzie „blankietowy", a Odwołujący rozpisując w wyjaśnieniach z dnia 01.09.2023 r. wartość rezerwy, uczynił to tylko w celu „ratowania" swojej oferty.

Odwołujący kalkulując cenę oferty miał obowiązek uwzględnienia w niej wszelkich wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia. Jeśli w części tego świadczenia odwoływał się do zasobów innego podmiotu, czyli był w stanie przewidzieć nie tylko konieczność, ale i zakres prac do wykonania przez ten podmiot, to należało uznać ten określony zakres prac za objęty zamówieniem, za ustalonym przez strony wynagrodzeniem, które następnie Odwołujący zobowiązany był wkalkulować w wartość swojego wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia. Jeśli więc w wyjaśnieniach ceny z dnia 17.08.2023 r., szczegółowej kalkulacji tej ceny oraz w ofercie podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 03.08.2023 r. widnieje wartość wynagrodzenia dla tego podmiotu w wysokości 81 598,00 zł, z czego zdecydowaną większość stanowi koszt udziału testera to należało uznać, że za pozostały zakres udostępnianych zasobów, który podmiot wskazuje w swoim zobowiązaniu otrzyma wynagrodzenie w znikomej wysokości.

Biorąc powyższe pod uwagę, w tym konkretny zakres prac z zobowiązania Nefeni sp. z o.o., wartość wynagrodzenia oczekiwana przez tą spółkę *„tytułem udostępnienia w sposobie i zakresie wskazanym w zobowiązaniu"* (treść oferty Nefeni sp. z o.o. z dnia 03.08.2023 r.) oraz brak przedstawienia spójnych a zarazem jednoznacznych dowodów na potwierdzenie zmiany wartości wynagrodzenia tego podmiotu**,** należy uznać, że powoływanie się przez Odwołującego na

potencjał podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej służy jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez zaangażowania tego podmiotu w wymaganym zakresie w realizację przedmiotu zamówienia.

Tym samym, Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał realnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia, co nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tak ustalonym stanie faktycznym podmiot udostępniający zasoby, w ocenie Zamawiającego, służy jedynie uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego, zaś całość prac faktycznie miała być realizowana przez Odwołującego wraz z podwykonawcą MSHK sp. z o.o. W konsekwencji powyższego oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b ustawy.

Na koniec, na potwierdzenie powyższego Zamawiający pragnie przywołać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2448 z dnia 13 września 2021 r., zgodnie z którym: (…) *udział podmiotu udostępniającego zasoby polegający wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Zapobiec ma to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez Wykonawcę. Powinno się uwzględniać doświadczenie tego przedsiębiorcy, który rzeczywiście, tj. w sensie technicznym, wykona część zamówienia, do której doświadczenie się odnosi. Wykonawca z tylko sobie znanych powodów zaniechał wyjaśnienia przyczyn jak będzie wyglądał udział X w realizacji zamówienia, ograniczając się do stwierdzenia, iż udział ten będzie bezpośredni, jednocześnie nie precyzując – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – co ta bezpośredniość będzie w istocie oznaczać. Zamawiający ma prawo usuwać wszelkie wątpliwości, jakie pojawiają się w trakcie badania i oceny ofert, a obowiązkiem Wykonawcy jest – o ile jego zamiarem jest realizacja zamówienia zgodnie z przepisami prawa – wątpliwości te wyjaśniać*.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy oraz zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy, Zamawiający wskazuje, co następuje:

1. Kwesta zaoferowanej ceny brutto w zakresie zamówienia podstawowego:

Podstawę odrzucenia oferty Odwołującego stanowił art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. 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*.

Przepis art. 224 ust. 6 ustawy umożliwia więc odrzucenie oferty w sytuacji, gdy nie jest on w sposób jednoznaczny stwierdzić, że ma do czynienia z ceną pozwalającą na realizację zamówienia, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. W takiej sytuacji ustawodawca dopuszcza odrzucenie oferty w związku niedopełnieniem obowiązku wykazania, że Wykonawca poprawnie i rzetelnie skalkulował swoje wynagrodzenie. Odwołujący w treści odwołania zarzuca Zamawiającemu brak udowodnienia nierealności przedstawionej ceny. Zamawiający pragnie jednak podkreślić, że zgodnie z art. 224 ust. 5 to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. W tym miejscu Zamawiający podkreśla, że zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 1 i 2 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, zaś posiadając dalsze wątpliwości wzywał do udzielenia dalszych wyjaśnień, z tym zastrzeżeniem, że każdorazowo wyjaśnienia dotyczyły innych budzących wątpliwości kwestii, tak aby w konsekwencji nie naruszyć reguły jednokrotności wezwań, mającej podstawę w wyrażonych w art. 16 ustawy zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca jako profesjonalista i uczestnik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego winien zdawać sobie sprawę z nałożonego ustawą obowiązku polegającego na złożeniu wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień jednoznacznie potwierdzających prawidłowość przeprowadzonej kalkulacji. Wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego miały charakter zaś wymijający. Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności stanu faktycznego:

a) w odniesieniu do Nefeni sp. z o.o. okolicznością bezsporną jest, że spółka pełni funkcję podmiotu udostępniającego zasoby w rozumieniu art. 118 ustawy. Podmiot ten złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, w którym wskazał zakres zasobów, do których udostępnienia się zobowiązał. Zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 ustawy *wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane*.

Zestawiając tym samym zakres udostępnionych zasobów w treści zobowiązania podmiotu trzeciego, z zakresem postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a także okolicznością, że podmiot ten zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 ustawy będzie zobowiązany do nieustannego udziału w realizacji zamówienia horyzontalnie – na przestrzeni całego okresu jego realizacji, w każdym etapie, uznać należy, że kwota otrzymana przez podmiot udostępniający zasoby w wysokości 81 598 zł brutto jest kwotą niedoszacowaną i budzi uzasadnione obawy, co też Zamawiający wskazał w treści przesłanej informacji o odrzuceniu oferty. W tym miejscu Zamawiający pragnie podkreślić, że kwestia ta wobec wątpliwości była badana w toku procedury wyjaśniającej. Wykonawca nie podał w swoich odpowiedziach żadnych argumentów potwierdzających prawidłowość tej kalkulacji.

Dodatkowo, potwierdzeniem nienależytego oszacowania kwoty ofercie jest fakt, że pomimo, że pierwotnie Wykonawca skalkulował udział podmiotu udostępniającego zasoby na poziomie 81 598 zł, w toku wyjaśnień kwota ta urosła – poprzez próbę wykorzystania rezerwy na nieprzewidziane cele – do kwoty 401 275,52 zł brutto. Wykonawca w toku składanych wyjaśnień wskazał bowiem, że na etapie składania ofert nie był w stanie przewidzieć całego zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby, jednocześnie zobowiązał się, że podmiot udostępniający zasoby będzie zaangażowany w każdą rodzajowo wymienioną w zobowiązaniu czynność, aby na koniec posiłkować się rozpisywaniem rezerwy na tzw. nieprzewidziane wydatki. W tym miejscu należy kategorycznie podkreślić, że już sam fakt ewolucji tych wyjaśnień i opierania swojej wyceny o rezerwę na nieprzewidziane wydatki nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze bowiem stanowi to tylko potwierdzenie, że Wykonawca nie dokonał na etapie składania ofert prawidłowej kalkulacji udziału podmiotu udostępniającego zasoby, w szczególności w odniesieniu do jego udziału w ramach udostępnianej zdolności technicznej. W tym miejscu warto wskazać na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2021 r. sygn. akt: KIO 3620/21, zgodnie z którym: *zawarcie w treści wyjaśnień ogólnego stwierdzenia, że ewentualne niedoszacowane koszty zostaną pokryte z pozostałej kwoty w istocie nic nie wyjaśnia i bynajmniej nie udowadnia, że cena została skalkulowana prawidłowo. Wręcz przeciwnie, stanowi ono pole do nadużyć i powoływania się następczo, już po złożeniu wyjaśnień na okoliczność, że w nieomówionej w wyjaśnieniach kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy łączną kwotą wynikającą z przedstawionych w wyjaśnieniach kosztów a ceną wskazaną w ofercie, mieszczą się wszelkiego rodzaju inne koszty w wyjaśnieniach nie omówione*. Nie sposób przyjąć twierdzeń, że na etapie składania ofert, Wykonawca będący profesjonalnym podmiotem IT, specjalizującym się w branży geoinformatyki, nie był w stanie przewidzieć jak dokładnie będzie wyglądał udział podmiotu udostępniającego zasoby, jakie będzie wykonywał czynności i przede wszystkim, ile one będą warte. Przeciwnie, Wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji analogicznych projektów geoinformatycznych winien być w pełni świadom wszystkich elementów składowych takiego zamówienia (*ciężko doszukiwać się w przedmiocie zamówienia aspektów niestandardowych o innowacyjnym charakterze*), a tym samym już na etapie składania musi zdawać sobie w pełni z co najmniej przybliżonego zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby, a co za tym idzie tak skalkulować cenę oferty, aby udział ten został uwzględniony i w pełni odzwierciedlał rolę tego podmiotu w realizacji zamówienia. Wykonawca przeciwnie – przyjął udział podmiotu udostępniającego zasoby na symbolicznym poziomie – 81 598 zł, z czego i tak znaczną większość kwoty konsumował udział polegający na udostępnieniu kadry, zaś pozostała część odnosząca się do doświadczenia, została skalkulowana na iluzorycznym wręcz poziomie.

Stanowisko Odwołującego jedynie upewniło Zamawiającego o braku należytej kalkulacji udziału podmiotu udostępniającego zasoby. Niezależnie od kwestii zmiany stanowiska Odwołującego

w procedurze wyjaśniania treści oferty, nawet przyjmując kwotę 401 275,52 zł brutto jako wynagrodzenie podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający nie może mieć pewności, że będzie to kalkulacja adekwatna do czynności rzeczywiście wykonywanych przez ten podmiot w toku realizacji zamówienia.

W konsekwencji powyższego, jak również okoliczności przedstawionych w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający prawidłowo oparł odrzucenie oferty o przesłankę art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy, tj. poprzez stwierdzenie, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie dochował ciążącego na nim obowiązku wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Treść powyższego przepisu jest wypadkową założenia ustawodawcy, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności, do którego nie dostosował się Odwołujący przedkładając wyjaśnienia oraz kalkulacje podlegające ewolucji w toku procedury wyjaśniającej. Skoro bowiem podmiot udostępniający zasoby udziela swoją kadrę oraz doświadczenie, dzięki któremu Odwołujący, który samodzielnie nie jest w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu, otrzymuje to zamówienie, co w dalszej kolejności implikuje konieczność realnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, udział ten winien znaleźć odzwierciedlenie w otrzymanym przez ten podmiot wynagrodzeniu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego, zupełnie niezrozumiałe jest przywoływanie w treści odwołania ogólnozakładowych kosztów prowadzenia działalności, ten bowiem element nie był kwestionowany przez Zamawiającego, a w konsekwencji nie był przyczyną odrzucenia jego oferty.

Również bez znaczenia, w ocenie Zamawiającego, jest powoływanie się przez Odwołującego na cenę zaoferowaną przez Przystępującego – GISPartner sp. z o.o. Fakt, że cena ta została przez Zamawiającego uznana za prawidłowo skalkulowaną, a ofertą wybraną, oznacza jedynie, że Przystępujący w toku wyjaśnień udowodnił Zamawiającemu możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, co nie ma żadnego związku z oceną kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego.

b) w odniesieniu do udziału podwykonawcy MSHK sp. z o.o. Zamawiający także nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego: *Nie jest zatem prawdą, i stoi w sprzeczności z kalkulacją, stwierdzenie zamawiającego, że w kalkulacji*

ujęto tylko kwotę marży podwykonawcy, bowiem cała kwota 1.064.013,54 zł ujęta jest w kalkulacji. Wszystkie złożone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że w kalkulacji Wykonawca uwzględnił podwykonawcę MSHK sp. z o.o. Nieodpowiada faktom, że w kalkulacji została uwzględniona tylko kwota 50.667,31 zł, bo została w niej ujawniona także kwota odpowiadająca wynagrodzeniu osób, które skierowane zostałyby przez MSHK sp. z o.o. do realizacji umowy".

Zgodnie z wezwaniem z dnia 29.08.2023 r., Zamawiający zobligował Odwołującego do udzielanie wyjaśnień, które jednoznacznie potwierdzą:

- w jaki sposób Wykonawca zapewni udział wskazanych osób w realizację przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę, że MSHK Sp. z o.o. nie jest podmiotem udostępniający Wykonawcy wskazane zasoby;

oraz

- czy wartości wynagrodzenia wskazane w kalkulacji szczegółowej dla poszczególnych stanowisk stanowią całkowity koszt zatrudnienia tych osób na etapie realizacji zamówienia, i czy jest to koszt Wykonawcy, czy podwykonawcy MSHK Sp. z o.o.?

Podstawą do skierowania w/w wezwania była wątpliwość Zamawiającego, związana z wyliczeniem wynagrodzenia pracowników w arkuszu kalkulacyjnym, które wskazywało, że część z nich została wyliczona na podstawie zatrudnienia pracowników w MSHK sp. z o.o. a nie na podstawie wartości zatrudnienia u Odwołującego. Tym samym, Zamawiający miał wątpliwość, czy osoby, których wymagał na spełnienie warunku udziału, jak np. Kierownik wdrożenia, czy Analityk biznesowy, będą delegowani do realizacji zamówienia z ramienia Odwołującego, czy podwykonawcy.

W odpowiedzi Odwołujący w dniu 01.09.2023 r. przedstawił stanowisko, z którego wynikało, że Odwołujący założył, że do realizacji umowy może skierować więcej pracowników z zakresu osób wymaganych przez Zamawiającego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym więcej niż jednego Kierownika wdrożenia i więcej niż jednego Analityka biznesowego, a więc dodatkowe osoby, których stanowiska mogą być tożsame z tymi, które Zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący potwierdził, że spełnia warunek udziału poprzez posiadanie zespołu projektowego (łącznie z podmiotem udostępniający zasoby), natomiast MSHK sp. z o.o., jednocześnie jako podwykonawca, może wykonywać część zadań osobami zatrudnionymi na tożsamych stanowiskach – co nie musi oznaczać, że *„każda z tych osób faktycznie będzie wykonywać te prace"*. W zakresie wynagrodzenia, Odwołujący wskazał, że będzie wypłacał wynagrodzenie osobom, które zatrudnia, w tym osobom wchodzącym w skład zespołu projektowego stanowiącego warunek udziału w zamówieniu.

Zgodnie z tak przedstawionymi wyjaśnieniami, Zamawiający uznał, że skoro pracownicy wykazani w tabeli 2 (całkowity koszt zatrudnienia), będą pracownikami Odwołującego, a więc koszt zatrudnienia uwzględniony tam stanowi koszt zatrudnienia u Odwołującego, a MSHK sp. z o.o. może skierować do realizacji zamówienia dodatkową osobę na tożsame stanowisko, to jej koszt powinien zostać dodatkowo wykazany w ofercie Odwołującego (w odrębnej pozycji).

Należy zauważyć, że wartości wynagrodzeń z komórek L – O, 25 – 121 pokazują koszt zatrudnienia w MSHK sp. z o.o., ale wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie został on nigdzie wliczony w ofertę Odwołującego.

Co istotne, jeśli by przyjąć, że *„Excel prezentuje dokładnie ile osób zamierza wykorzystać od podwykonawcy MSHK"* oraz, że *„w/w obliczenia znajdują się w pliku Excel w kolumnach L-O, wiersze 25-121. Z tabeli z wykazem stanowisk pracowników jasno wynika, że do ustalenia średniej ceny za roboczodzień zostali wliczeni pracownicy/współpracownicy MSHK. Średnia stawka za roboczodzień została wyliczona z uwzględnieniem pracowników/współpracowników podwykonawcy MSHK"*,należałoby uznać, że osoba skierowana do realizacji zamówienia na stanowisku m.in. Kierownika wdrożenia (wymagana na spełnienie warunku udziału w postępowaniu), w liczbie osób: 1 (wg tabeli 2), zgodnie z przedstawionymi formułami arkusza kalkulacyjnego, jest pracownikiem podwykonawcy. Co z kolei rodziłoby podejrzenie, że podmiot MSHK sp. z o.o. jest podmiotem udostępniającym zasoby.

Dodatkowo istotne jest, że liczba osób skierowana do realizacji zamówienia na stanowiskach, co do których Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu – tu m.in. Kierownik wdrożenia, czy Analityk biznesowy, a które zostały uwzględnione w kalkulacji Odwołującego, wynosi 1, co oznacza, że do wyliczenia ceny oferty zostało założone wynagrodzenie tylko dla 1 osoby na danym stanowisku. Więc tym bardziej nie sposób uznać, że w kalkulacji uwzględniono dodatkowe zatrudnienie MSHK sp. z o.o. na tożsamym stanowisku.

Tym samym, wątpliwym pozostaje fakt wkalkulowania w cenę oferty Odwołującego kosztu podwykonawstwa MSHK sp. z o.o., ponieważ jak zauważył Zamawiający, kalkulacja wykazuje wliczenie w ofertę Odwołującego jedynie stawki wynoszącej 50 667,31 zł, co ważne stanowiącej marżę podwykonawcy za udostępnienie kadry (zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 17.08.2023 r.), która nie pokrywa oczekiwanego przez niego całkowitego wynagrodzenia, wynikającego z jego oferty z dnia 17.08.2023 r., w wysokości 1 064 013,54 zł brutto.

Stwierdzenie Odwołującego z wyjaśnień z dnia 01.09.2023 r., że *Wykonawca uwzględnił wynagrodzenie osób z MSHK celem wykazania Zamawiającemu, że dokonał możliwie najbardziej rzetelnej kalkulacji uwzględniającej wynagrodzenie, które będzie należne pracownikom podwykonawcy, jednocześnie celem potwierdzenia że stawki stosowane przez*

Wykonawcę i Podwykonawcę są rynkowe (jedne i drugie adekwatne względem siebie)", w zestawieniu z informacjami (wyliczeniami) kalkulacji szczegółowej, pozwalały uznać, że przedstawione stawki wynagrodzenia MSHK sp. z o.o. zostały wykazane celem potwierdzenia stawek rynkowych i co więcej, posłużyły do wyliczenia kosztu wynagrodzenia, które będzie należne pracownikom na stanowiskach uwzględnionych w kalkulacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że kalkulacja kosztów realizacji przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie została niedoszacowana przez Wykonawcę. Również w tym zakresie Wykonawca, pomimo, że Zamawiający w toku procedury wyjaśniającej, próbował rozwiać wątpliwości związane z udziałem i rolą podwykonawcy, jak również z otrzymywanym przez ten podmiot wynagrodzeniem, Odwołujący nie przedłożył jednoznacznie przekonujących wyjaśnień. Informacje otrzymywane od Odwołującego były wymijające i nie odpowiadały wprost na zadane przez Zamawiającego pytania. Były to odpowiedzi dające możliwość przyjęcia różnych ich interpretacji i odmiennych założeń. W konsekwencji powyższych okoliczności również w tym przypadku Zamawiający prawidłowo zastosował przesłankę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy, tj. poprzez stwierdzenie, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

2. Kwestia zaoferowanej ceny zamówienia opcjonalnego:

W odniesieniu do zaoferowanej ceny zamówienia opcjonalnego, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, ponieważ zaoferowana cena za 1 roboczogodzinę świadczenia usług asysty technicznej wynosząca 93 zł brutto jest stawką obiektywnie wzbudzającą uzasadnione wątpliwości, co do prawidłowości jej kalkulacji. Mowa o stawce, która nie tylko była o ponad 30 % niższa od średniej arytmetycznej stawek wskazanych w ofertach pozostałych Wykonawców, będąc najniższą spośród zaoferowanych cen, lecz jednocześnie była ona ponad dwukrotnie niższa od stawki obliczonej na potrzeby szacowania wartości przedmiotu zamówienia, ustalonej przed wszczęciem postępowania, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, wynoszącej 221,40 zł brutto. W rezultacie, również w tym przypadku zachodziła podstawa do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy.

W tym miejscu Zamawiający pragnie zwrócić uwagę na następujące kwestie. Wykonawcy w treści złożonych ofert zaoferowali następujące stawki za 1 roboczogodzinę świadczenia usług asysty technicznej w ramach zamówienia opcjonalnego: Odwołujący – GIAP Sp. z o.o. – 93 zł brutto, OPEGIEKA Sp. z o.o. – 172,20 zł brutto, Comarch Polska S.A. – 138,38 zł brutto oraz GISPartner – Przystępujący – 129,15 zł brutto. Nie ma konieczności przeprowadzania szczegółowych analiz, aby dostrzec, że cena (stawka) za 1 roboczogodzinę świadczenia usług asysty technicznej zaproponowana przez Wykonawcę jest znacznie poniżej ceny szacunkowej oraz cen oferowanych przez kontr-oferentów. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, jeżeli Wykonawca proponuje stawkę znacznie korzystniejszą niż pozostali, przyjąć należy, że w toku składanych wyjaśnień przedstawi szczególne okoliczności za tym przemawiające, nie zaś sprowadzi całość wyjaśnień do przedstawienia tabeli z wynagrodzeniami pracowników, w ramach której wyciąga on jedynie średnią arytmetyczną wszystkich przedstawionych w tabeli stawek, bez wskazania konkretnych założeń, o które oparł swoje wyliczenia czy uwzględnienia chociażby założonego poziomu zaangażowania tych osób. W treści zaś złożonych wyjaśnień, w zakresie okoliczności przemawiających za wskazaną wyceną,

Odwołujący jedynie ograniczył się do stwierdzenia, że to inni Wykonawcy nie przewidzieli w swoich wycenach całego zakresu prac, *stąd ich stawki mogą się różnić i być wyższe*. Zamawiający pragnie także podkreślić rangę przedstawionej propozycji w zakresie zaproponowanej stawki za roboczogodzinę w ramach zamówienia opcjonalnego. Cena za świadczenie usług asysty technicznej podlegała ocenie Zamawiającego, jako osobne kryterium oceny ofert. W ramach tego kryterium można było uzyskać 10 punktów. W rezultacie, przy tak skalkulowanej stawce za 1 roboczogodzinę, oferta Wykonawcy uzyskała w ramach kryterium najwięcej punktów, w tym znacznie więcej niż oferty konkurencji, a mając na uwadze różnice punktowe, szczególnie pomiędzy ofertami sklasyfikowanymi na 1 i 2 miejscu, punktu te miały istotne znaczenie dla ich kolejności.

Na koniec Zamawiający pragnie odnieść się do zarzutu Odwołującego dotyczącego konieczności wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień. Taka sytuacja mogłaby oczywiście mieć miejsce w przypadku wątpliwości Zamawiającego do złożonych wyjaśnień, tak jak miało to miejsce w odniesieniu do kalkulacji i zakresu udziału wskazanych przez Odwołującego podwykonawców. W odniesieniu zaś do wyjaśnień dot. zamówienia opcjonalnego, zwracanie się z prośbą o przedłożenie dalszych okoliczności przemawiających za zaoferowaną stawką za 1 roboczogodzinę, stanowiłoby wprost o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez wielokrotność wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie. Skoro bowiem Wykonawca nie przedstawił żadnych okoliczności przemawiających za zastosowaniem tak korzystnej wyceny, nie dał Zamawiającemu żadnych podstaw do zadawania kolejnych pytań. Raz jeszcze Zamawiający pragnie zwrócić uwagę Odwołującego na spoczywający na nim obowiązek wynikający z treści art. 224 ust. 5 ustawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 113-354746.
W dniu 5 października 2023 r. wykonawca GIAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:
a) naruszenie art. 224 ust.6 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny za zamówienie podstawowe oraz opcjonalne,
b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. 224 ust. 6 PZP poprzez błędne zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy oferta Odwołującego została skalkulowana prawidłowo a Zamawiający nie podał argumentów dlaczego cena z oferty Odwołującego miałaby być nierealną,
c) naruszenie 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 PZP poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej wymagań na skutek nieprawidłowego stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków w postępowaniu w zakresie dysponowania zasobami innego podmiotu.
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę GIAP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 października 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca GISPartner sp. z o.o.z siedzibą we Wrocławiu.
Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.
Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. (pismo z dnia 16 października 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

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.
Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, 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.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.
Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy PZP, W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
Zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy PZP, Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:
1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu

ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 PZP poprzez ich wadliwe zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej wymagań na skutek nieprawidłowego stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków w postępowaniu w zakresie dysponowania zasobami innego podmiotu, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy PZP, W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, natomiast zgodnie z ust. 3, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Nadto w myśl art. 118 ust. 4 ustawy PZP, Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W związku powyższym, Izba zważa, że każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo polegania na zdolnościach innych podmiotów, jeśli Zamawiającemu zostanie wykazane, tj. udowodnione, że wykonawca będzie rzeczywiście dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia.

Dowodem potwierdzającym dysponowanie niezbędnymi zasobami jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny właściwy do tego celu podmiotowy środek dowodowy. Tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż: „ zobowiązanie podmiotu ma wyłącznie potwierdzić istnienie stosunku, który zagwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, i jednocześnie, odwrotnie – rzeczywisty dostęp do zasobów potwierdza się tylko zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby. Zatem z żadnego innego dokumentu niż ze zobowiązania Zamawiający nie może wnioskować o realności udostępniania zasobów".

Nadto należy przy tym zwrócić uwagę, iż zgodnie z normą art. 119 ustawy PZP, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w , oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Zdaniem Izby, oznacza to, iż po pierwsze ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do oceny udostępnionych zasobów przez wykonawcę, a po drugie analiza ta nie może być ograniczona tylko do dokumentu zobowiązania, w związku z czym oświadczenie o poleganiu na zasobach podmiotów trzecich oraz wyjaśnienia w zakresie ceny stanowią integralną cześć oferty złożonej przez Odwołującego, a to skutkuje tym, iż powinny być one oceniane łącznie.

Tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, który stwierdził na rozprawie , iż oferta Nefeni sp. z o.o. „nie ma żadnego znaczenia", co jak Izba rozumie nie powinna być ona brana pod uwagę przez Zamawiającego. Trudno jednak zgodzić się z powyższym stanowiskiem Odwołującego, zwłaszcza, że raz Odwołujący na rozprawie stwierdza, iż oferta Nefeni sp. z o.o. nie ma żadnego znaczenia, a innym razem , że „oferta Nefeni nie jest za niska", co w ocenie Izby świadczy o braku konsekwencji ze strony Odwołującego.

Izba zważa, że istotne w niniejszej sprawie jest zmienność stanowiska Odwołującego w składanych wyjaśnieniach co do zakresu i wartości udziału podmiotu Nefeni sp. z o.o. w realizacji przedmiotu zamówienia, począwszy od wartości 81 598 zł brutto wskazanej w kalkulacji kosztów, potwierdzonej ofertą tego podmiotu z dnia 3 sierpnia 2023 r., aż do kwoty 401 275,52 zł z uwzględnieniem wartości rezerwy rozpisanej w wyjaśnieniach z dnia 1 września 2023 r., co potwierdzają słowa Zamawiającego na rozprawie: „ Odwołujący rozpisywał rezerwę na tak zwane nieprzewidziane cele a następnie

została ona rozpisana na poczet podmiotu udostępniającego zasoby".
Izba zważa, iż Odwołujący kalkulując cenę oferty miał obowiązek uwzględnienia w niej wszelkich wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia.
Oznacza to, iż Odwołujący powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, był w stanie przewidzieć zakres prac do wykonania przez ten podmiot, zwłaszcza, że ze zobowiązania wynika, że spółka Nefeni sp. z o.o. powinna brać udział w realizacji całego przedmiotu zamówienia, a to skutkuje tym, iż Odwołujący zobowiązany był wkalkulować wartość wynagrodzenia podmiotu trzeciego do wartości swojego wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia. Tym samym, Izba nie podziela argumentacji Odwołującego przedstawioną w wyjaśnieniach z dnia 1 września 2023 r.
Poza tym, jeśli w wyjaśnieniach ceny z dnia 17 sierpnia 2023 r., szczegółowej kalkulacji tej ceny oraz w ofercie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Nefeni sp. z o.o. z dnia 3 sierpnia 2023 r. widnieje wartość wynagrodzenia dla tego podmiotu w wysokości 81 598,00 zł, z czego zdecydowaną większość stanowi koszt udziału testera, to w ocenie Izby Zamawiający miał pełne prawo uznać, że za pozostały zakres udostępnianych zasobów, który podmiot wskazuje w swoim zobowiązaniu z dnia 28 sierpnia 2023 r. otrzyma wynagrodzenie w znikomej wysokości.
Izba zważa, że patrząc przez pryzmat kalkulacji kosztów, gdzie są wymienione poszczególne etapy, udział podmiotu udostępniającego zasoby ogranicza się do udostępnienia testerów i udziału w jednym z etapów (II), zaś rezerwa wskazana przez Odwołującego była na nieprzewidziane cele, co jak słusznie zauważył Zamawiający „ciężko uznać, że udział podmiotu jest czymś nieprzewidzianym".
Nadto Odwołujący w treści odwołania argumentuje, że*,,Z przedstawionego w dniu 28 sierpnia 2023 r., zmienionego zobowiązania NEFENI sp. z o.o. wynika w sposób jednoznaczny zakres dysponowania zasobami i nie wydaje się, aby musiał być przedmiotem dedukcji Zamawiającego".* Jednakże należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że Odwołujący powołuje się na „zmienione zobowiązanie", co jednoznacznie stwierdził Zamawiający na rozprawie: „Odwołujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego w rozszerzonym zakresie zobowiązanie spółki Nefeni. Częściowo odnosiło się do kadry i częściowo do zdolności technicznej".
Izba zważa, że zgodnie z uzasadnieniem Zamawiającego odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego, zmienność ta dotyczyła wartości wynagrodzenia podmiotu udostępniającego zasoby: *,,Zmienność stanowiska Wykonawcy związana z wartością wynagrodzenia podmiotu udostępniającego zasoby za realizacje prac wskazanych przez ten podmiot w zobowiązaniu oraz brak przedstawienia spójnych a zarazem jednoznacznych dowodów na potwierdzenie wartości wynagrodzenia tego podmiotu (…)"*, skutkowało w ocenie Izby tym, iż powoływanie się przez Odwołującego na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej służyło jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji powyższego oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 4 ustawy PZP.
Tym samym, zarzut ten jest zdaniem Izby niezasadny.
Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust.6 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny za zamówienie podstawowe oraz opcjonalne oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. 224 ust. 6 PZP poprzez błędne zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy oferta Odwołującego została skalkulowana prawidłowo a Zamawiający nie podał argumentów dlaczego cena z oferty Odwołującego miałaby być nierealną, są zdaniem Izby niezasadne.

W ocenie Izby, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz poczynione ustalenia faktyczne z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Izba zważa, iż 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, z kolei w myśl art. 224 ust. 6 ustawy PZP, 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. Tak więc norma zawarta w art. 224 ust. 6 ustawy PZP umożliwia odrzucenie oferty wykonawcy, w związku niedopełnieniem obowiązku wykazania, że Wykonawca poprawnie i rzetelnie skalkulował swoje wynagrodzenie, a tym samym, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.
Odwołujący w treści odwołania zarzuca Zamawiającemu brak udowodnienia nierealności przedstawionej ceny. Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, bowiem zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP ,*Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub*

kosztu spoczywa na wykonawcy".

Izba zważa, że na etapie badania ofert, Odwołujący został wezwany, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy do złożenia wyjaśnień z dnia 10 sierpnia 2023 r. w zakresie wyliczenia ceny w ofercie, na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 128 ust. 4 do złożenia wyjaśnień z dnia 23 sierpnia 2023 r. dotyczących treści oferty i na podstawie art. 128 ust. 1 do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby – Nefeni Sp. z o.o., z którego będzie wynikało, że podmiot ten, ze względu na udzielone zdolności techniczne i zawodowe, zrealizuje usługi, do realizacji których udostępniane zdolności (zasoby) są wymagane, ze wskazaniem konkretnych czynności (zakresu), które podmiot trzeci będzie realizował i sposobu ich realizacji oraz na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień z dnia 29 sierpnia 2023 r. w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny i na podstawie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP do wyjaśnienia treści oferty.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy należy stwierdzić w odniesieniu do Nefeni sp. z o.o., iż podmiot ten jest podmiotem udostępniającym zasoby w rozumieniu art. 118 ustawy PZP, co jest w niniejszej sprawie okolicznością bezsporną.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Nefeni sp. z o.o. złożyła zobowiązanie (pierwotnie z dnia 3 sierpnia 2023 r., a następnie uzupełnione z dnia 28 sierpnia 2023 r.), w którym wskazała zakres zasobów, do których udostępnienia się zobowiązała.

Izba zważa, iż zestawiając zakres udostępnionych zasobów w treści zobowiązania podmiotu trzeciego z zakresem postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a także ofertą podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 3 sierpnia 2023 r. doszła do przekonania, że kwota otrzymana przez podmiot udostępniający zasoby w wysokości 81 598 zł brutto jest kwotą niedoszacowaną i słusznie mogła ona budzić uzasadnione obawy Zamawiającego. Izba chciałaby w tym miejscu zaznaczyć, że pierwotnie Odwołujący skalkulował udział podmiotu udostępniającego zasoby na poziomie 81 598 zł brutto, zaś w toku wyjaśnień kwota ta urosła, poprzez próbę wykorzystania rezerwy na nieprzewidziane cele, do kwoty 401 275,52 zł brutto.

Izba zważa, że Odwołujący w toku składanych wyjaśnień wskazał bowiem, że na etapie składania ofert nie był w stanie przewidzieć całego zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby, a jednocześnie zobowiązał się, że podmiot udostępniający zasoby będzie zaangażowany w każdą rodzajowo wymienioną w zobowiązaniu czynność, aby na koniec posiłkować się rozpisywaniem rezerwy na tzw. nieprzewidziane wydatki.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie dokonał na etapie składania ofert prawidłowej kalkulacji udziału podmiotu udostępniającego zasoby, w szczególności w odniesieniu do jego udziału w ramach udostępnianej zdolności technicznej.

W tym miejscu warto wskazać na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2021 r. sygn. akt: KIO 3620/21, zgodnie z którym: „zawarcie w treści wyjaśnień ogólnego stwierdzenia, że ewentualne niedoszacowane koszty zostaną pokryte z pozostałej kwoty w istocie nic nie wyjaśnia i bynajmniej nie udowadnia, że cena została skalkulowana prawidłowo. Wręcz przeciwnie, stanowi ono pole do nadużyć i powoływania się następczo, już po złożeniu wyjaśnień na okoliczność, że w nieomówionej w wyjaśnieniach kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy łączną kwotą wynikającą z przedstawionych w wyjaśnieniach kosztów a ceną wskazaną w ofercie, mieszczą się wszelkiego rodzaju inne koszty w wyjaśnieniach nie omówione".

Nie sposób również przyjąć twierdzeń Odwołującego, że na etapie składania ofert nie był w stanie przewidzieć, jak dokładnie będzie wyglądał udział podmiotu udostępniającego zasoby, jakie będzie wykonywał czynności, ile one będą warte, zwłaszcza, że Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem IT specjalizującym się w branży geoinformatyki i w stosunku do niego obowiązuje podwyższony miernik staranności wynikający z prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, zgodnie z art. 355 § 2 k.c.

Odwołujący, jak już Izba powyżej wskazała, przyjął udział podmiotu udostępniającego zasoby de facto na symbolicznym poziomie – 81 598 zł brutto, z czego jak słusznie zauważył Zamawiający „znaczną większość kwoty konsumował udział polegający na udostępnieniu kadry, zaś pozostała część odnosząca się do doświadczenia, została skalkulowana na iluzorycznym wręcz poziomie".

W ocenie Izby, nie zmienia powyższego stwierdzenie Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 września 2023 r.), iż udział podmiotu udostępniającego zasoby z uwzględnieniem kosztów zatrudnienia testera wynosi 449 121,88 zł (kwota podana również przez Odwołującego na rozprawie), zwłaszcza patrząc przez pryzmat zakresu prac wskazanych w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, oferty tegoż podmiotu z dnia 3 sierpnia 2023 r. oraz złożonych wyjaśnień z dnia 1 września 2023 r.

Nadto Izba odniesie się do ogólnozakładowych kosztów prowadzenia działalności, na które powoływał się Odwołujący w odwołaniu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że element ten nie był kwestionowany przez Zamawiającego i nie stanowił de facto przyczyny odrzucenia jego oferty, lecz to, iż podmiot udostępniający swoje zasoby, tj. Nefeni sp. z o.o. nie wykona prac we wskazanym w zobowiązaniu zakresie, to z drugiej jednak strony Izba wskazuje, iż koszty

ogólnozakładowe nie mogą stanowić kosztu marginalnego, co próbuje sugerować Odwołujący w odwołaniu, lecz powinny być one uwzględniane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Izba zważa, że najpierw Odwołujący wskazuje, iż szacuje koszt „ogólnozakładowy" związany z przedmiotowym zamówieniem na kwotę 600 000 zł, a potem próbuje udowadniać w odwołaniu, że nie powinien go wliczać do wyjaśnień, stwierdzając: „Odwołujący ma „wolne" ponad 600.000,00 zł, które może przeznaczyć na pokrycie dowolnego kosztu, który powstanie w toku wykonywania prac", ponieważ koszt ten stanowi „dodatkowy bufor na wcześniej nieuwzględnione koszty", co w ocenie Izby jednoznacznie świadczy o braku rzetelnego wyliczenia kosztów. Poza tym, Odwołujący nie wykazał w składanych wyjaśnieniach, jakie dokładnie koszty miałaby pokrywać powstała rezerwa.

Na marginesie Izba wskazuje, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest powoływanie się przez Odwołującego na cenę zaoferowaną przez Przystępującego – GISPartner sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ponieważ to na Odwołującym w wyniku wezwania do wyjaśnień ceny spoczywał obowiązek wykazania, że jego oferta nie jest rażąco niska, a czemu w ocenie Izby Odwołujący nie sprostał.

W odniesieniu do udziału podwykonawcy MSHK sp. z o.o. , Izba zważa, że zgodnie z wezwaniem z dnia 29 sierpnia 2023 r., Zamawiający zobowiązał Odwołującego do udzielanie wyjaśnień w zakresie:

„- w jaki sposób Wykonawca zapewni udział wskazanych osób w realizację przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę, że MSHK Sp. z o.o. nie jest podmiotem udostępniający Wykonawcy wskazane zasoby;

oraz

- czy wartości wynagrodzenia wskazane w kalkulacji szczegółowej dla poszczególnych stanowisk stanowią całkowity koszt zatrudnienia tych osób na etapie realizacji zamówienia, i czy jest to koszt Wykonawcy, czy podwykonawcy MSHK Sp. z o.o.?".

Izba zważa, że podstawą do skierowania w/w wezwania była wątpliwość Zamawiającego, związana z wyliczeniem wynagrodzenia pracowników w arkuszu kalkulacyjnym, które wskazywało, że część z nich została wyliczona na podstawie zatrudnienia pracowników w MSHK sp. z o.o., a nie na podstawie wartości zatrudnienia u Odwołującego. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający mógł mieć wątpliwości, czy osoby, których wymagał na spełnienie warunku udziału, jak np. Kierownik wdrożenia, czy Analityk biznesowy, będą delegowani do realizacji zamówienia z ramienia Odwołującego, czy podwykonawcy, na co również zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie.

Izba wskazuje, iż w odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w dniu 1 września 2023 r. przedstawił stanowisko, z którego wynikało, że Odwołujący założył, że do realizacji umowy może skierować więcej pracowników z zakresu osób wymaganych przez Zamawiającego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym więcej niż jednego Kierownika wdrożenia i więcej niż jednego Analityka biznesowego, a więc dodatkowe osoby, których stanowiska mogą być tożsame z tymi, które Zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu. Poza tym Odwołujący wskazał, iż MSHK sp. z o.o. jako podwykonawca może wykonywać część zadań osobami zatrudnionymi na tożsamych stanowiskach – co nie musi oznaczać, że *„każda z tych osób faktycznie będzie wykonywać te prace"*, z kolei w zakresie wynagrodzenia wskazał, że będzie wypłacał wynagrodzenie osobom, które zatrudnia, w tym osobom wchodzącym w skład zespołu projektowego stanowiącego warunek udziału w zamówieniu.

Zgodnie z tak przedstawionymi wyjaśnieniami, Izba zgadza się z Zamawiającym, iż skoro pracownicy wykazani w tabeli 2 (całkowity koszt zatrudnienia), będą pracownikami Odwołującego, a więc koszt zatrudnienia uwzględniony tam stanowi koszt zatrudnienia u Odwołującego, a MSHK sp. z o.o. może skierować do realizacji zamówienia dodatkową osobę na tożsame stanowisko, to jej koszt powinien zostać dodatkowo wykazany w ofercie Odwołującego (w odrębnej pozycji).

Izba zważa, że wartości wynagrodzeń w kosztorysie szczegółowym (tabela 2) z komórek L – O, 25 – 121 wynika koszt zatrudnienia w MSHK sp. z o.o., ale wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie został on wliczony w ofertę Odwołującego. Izba zwraca uwagę, że porównując kwoty podane przykładowo dla eksperta ds. infrastruktury, czy też dla specjalisty ds. oprogramowania przez Odwołującego jako koszt pracodawcy brutto z kosztami wskazanymi przez Odwołującego dla MSHK sp. z o.o., znacznie się różnią, na co wskazywał również Zamawiający na rozprawie ‚Wartości z tabeli się nie pokrywają, są różne", co w ocenie Izby świadczy, że złożone wyjaśnienia przez Odwołującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Co istotne, jeśli by przyjąć, jak wskazywał Odwołujący, iż *„Excel prezentuje dokładnie ile osób zamierza wykorzystać od podwykonawcy MSHK"* oraz, że *„w/w obliczenia znajdują się w pliku Excel w kolumnach L-O, wiersze 25-121. Z tabeli z wykazem stanowisk pracowników jasno wynika, że do ustalenia średniej ceny za roboczodzień zostali wliczeni pracownicy/współpracownicy MSHK. Średnia stawka za roboczodzień została wyliczona z uwzględnieniem pracowników/współpracowników podwykonawcy MSHK",* to w ocenie Izby należałoby uznać, że osoba skierowana do realizacji zamówienia na stanowisku m.in. Kierownika wdrożenia (wymagana na spełnienie warunku udziału w postępowaniu), w liczbie osób: 1 (według tabeli 2), zgodnie z przedstawionymi formułami arkusza kalkulacyjnego, jest pracownikiem podwykonawcy. Tym samym, rację ma Zamawiający, że rodziłoby to podejrzenie, iż podmiot MSHK sp. z o.o. jest podmiotem udostępniającym zasoby, a nie podwykonawcą.

Nadto Izba zważa, że liczba osób skierowana do realizacji zamówienia na stanowiskach, co do których Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, m.in. Kierownik wdrożenia, czy Analityk biznesowy, a które zostały uwzględnione w kalkulacji Odwołującego, wynosi 1, oznacza zdaniem Izby, że do wyliczenia ceny oferty zostało założone wynagrodzenie tylko dla 1 osoby na danym stanowisku. W związku z powyższym nie sposób uznać, że w kalkulacji uwzględniono dodatkowe zatrudnienie MSHK sp. z o.o. na tożsamym stanowisku.

Tym samym, wątpliwym pozostaje fakt wkalkulowania w cenę oferty Odwołującego kosztu podwykonawstwa MSHK sp. z o.o., ponieważ jak słusznie zauważył Zamawiający: „kalkulacja wykazuje wliczenie w ofertę Odwołującego jedynie stawki wynoszącej 50 667,31 zł, co ważne stanowiącej marżę podwykonawcy za udostępnienie kadry (zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 17.08.2023 r.), która nie pokrywa oczekiwanego przez niego całkowitego wynagrodzenia, wynikającego z jego oferty z dnia 17.08.2023 r., w wysokości 1 064 013,54 zł brutto".

Nadto Izba zważa, że stwierdzenie Odwołującego z wyjaśnień z dnia 1 września 2023 r., iż *„Wykonawca uwzględnił wynagrodzenie osób z MSHK celem wykazania Zamawiającemu, że dokonał możliwie najbardziej rzetelnej kalkulacji uwzględniającej wynagrodzenie, które będzie należne pracownikom podwykonawcy, jednocześnie celem potwierdzenia że stawki stosowane przez Wykonawcę i Podwykonawcę są rynkowe (jedne i drugie adekwatne względem siebie)",* w zestawieniu z informacjami (wyliczeniami) kalkulacji szczegółowej, w ocenie Izby pozwalały uznać Zamawiającemu, że przedstawione stawki wynagrodzenia MSHK sp. z o.o. zostały wykazane celem potwierdzenia stawek rynkowych i posłużyły do wyliczenia kosztu wynagrodzenia, które będzie należne pracownikom na stanowiskach uwzględnionych w kalkulacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że kalkulacja kosztów realizacji przedmiotu zamówienia we wskazanym powyżej zakresie została niedoszacowana przez Odwołującego, a Odwołujący nie złożył wyjaśnień, które uzasadniałyby jednoznacznie bez żadnych wątpliwości podaną w ofercie cenę.

Z kolei w odniesieniu do zaoferowanej ceny zamówienia opcjonalnego, Izba zważa, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy PZP, ponieważ zaoferowana cena za 1 roboczogodzinę świadczenia usług asysty technicznej wynosząca 93 zł brutto była stawką o ponad 30 % niższa od średniej arytmetycznej stawek wskazanych w ofertach pozostałych Wykonawców, jak również była ona ponad dwukrotnie niższa od stawki obliczonej na potrzeby szacowania wartości przedmiotu zamówienia, ustalonej przed wszczęciem postępowania, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, wynoszącej 221,40 zł brutto.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu zaoferowali stawki za 1 roboczogodzinę świadczenia usług asysty technicznej w ramach zamówienia opcjonalnego, tj. Odwołujący – GIAP Sp. z o.o. – 93 zł brutto, OPEGIEKA Sp. z o.o. – 172,20 zł brutto, Comarch Polska S.A. – 138,38 zł brutto oraz GISPartner - Przystępujący – 129,15 zł brutto.

Tym samym, w ocenie Izby, jeżeli Odwołujący zaoferował stawkę znacznie korzystniejszą niż pozostali Wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu, to obowiązkiem Odwołującego było złożenie takich wyjaśnień, w których przedstawi szczególne okoliczności za tym przemawiające.

Zgodnie bowiem art. 224 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP, wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, nie zaś sprowadzić całość wyjaśnień do przedstawienia tabeli z wynagrodzeniami pracowników, w ramach której Odwołujący wyciąga jedynie średnią arytmetyczną wszystkich przedstawionych w tabeli stawek, bez wskazania konkretnych założeń, o które oparł swoje wyliczenia.

Izba zważa, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu jedynie ograniczył się do stwierdzenia, że to inni Wykonawcy nie przewidzieli w swoich wycenach całego zakresu prac „*stąd ich stawki mogą się różnić i być wyższe*".

Nadto Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż Odwołujący wskazując w odwołaniu, iż:„Z kalkulacji excel wprost wynika, że wynik dzielenia sumy średniej wynagrodzeń brutto 8488,08 przez 168 h daje stawkę 50,52 zł netto – 62,14 zł brutto", co nie oznacza w ocenie Izby, iż jest ona prawidłowo wyceniona. Izba wzięła również pod uwagę, iż Odwołujący nie odniósł się wcale na rozprawie do argumentów Przystępującego, który wskazał w piśmie procesowym, że w kosztach osobowych kalkulacja dokonana przez Odwołującego jest zaniżona o co najmniej 32% wartości elementów składających się na kalkulację ceny.

Niezależnie od powyższego, Izba zgadza się z argumentacją Zamawiającego, iż w ramach zamówienia opcjonalnego, zwracanie się z prośbą o przedłożenie dalszych okoliczności przemawiających za zaoferowaną stawką za 1 roboczogodzinę, stanowiłoby „wprost o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez wielokrotność wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie".

Tym samym zarzuty te są zdaniem Izby niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……