

WYROK
z dnia 19 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant:

Piotr

Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2023 r. przez wykonawcę K. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DevMouse K. G. w Elblągu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie

przy udziale wykonawcy Decsoft Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Mazowieckiemu Urzędowi Wojewódzkiemu w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego K. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DevMouse K. G. w Elblągu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie przyjętych kosztów świadczenia usług serwisowych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie na rzecz odwołującego K. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DevMouse K. G. w Elblągu kwotę 11 389 zł 71 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt dziewięć złotych i siedemdziesiąt jeden groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na usługi pn. „Rozbudowa Aplikacji InPol (nr ref. BOU-VII.272.51.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 0359589/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 4 października 2023 r. wykonawca K. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DevMouse K. G. w Elblągu w postępowaniu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ww. postępowaniu oraz wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Decsoft Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy w złożonych wyjaśnieniach w dniu 11.09.2023 r. uzasadnił on kalkulację swojej ceny, w tym:
 - a) prawidłowo uwzględnił wszystkie elementy zamówienia określone w SWZ (z SWZ nie wynikało, że ma uwzględnić określone liczby błędów lub określone liczby godzin przeznaczone na usuwanie błędów),
 - b) nie był zobowiązany wprost do wykazania umów z wszystkimi pracownikami/podwykonawcami, którzy będą uczestniczyć w procesie realizacji zamówienia przez SWZ ani jakiegokolwiek pisma Zamawiającego wzywające go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie,
 - c) w swoich oświadczeniach Odwołujący nie stwierdził, że załącza wszystkie umowy z wszystkimi osobami

podwykonawcami/współpracownikami, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, przy czym: i) wezwaniu do udzielenia wyjaśnień Zamawiający nie wskazał, jakie dane należy uwzględnić w kalkulacji, ii) Zamawiający nie wezwał Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień;

2.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty Przystępującego w sytuacji, w której to niesłusznie odrzucono ofertę Odwołującego i nie wzięto jej pod uwagę;

3.art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust.1 ustawy Pzp przez brak wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jeżeli budziła ona wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem Odwołującego jako Wykonawcy, uchylenie czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie poniesionych kosztów postępowania od Zamawiającego w wysokości 7500 zł (wpisu od odwołania), 3600 zł (poniesionych kosztów zastępstwa radcy prawnego), 17 zł (opłaty skarbowej od pełnomocnictwa dla radcy prawnego).

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż odrzucenie jego oferty z powodu oceny rażąco niskiej ceny było nieprawidłowe. Z uzasadnienia Zamawiającego dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający nieprawidłowo zinterpretował wyjaśnienia Odwołującego w kontekście swoich wyjaśnień do SWZ z 25.08.2023 r. oraz w kontekście samej SWZ. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia do SWZ z 25.08.2023 r. zawierają jedynie statystyki ilości błędów w przeszłości – w okresie ostatnich 6 miesięcy i za poprzedni rok, przy czym nie wiadomo czy pytanie nr 14 i odpowiedź dotyczą ostatniego roku kalendarzowego czy ostatnich 12 miesięcy. Wyjaśnienia do SWZ z 25.08.2023 r. nie zawierają też informacji czy, które z tych statystyk ilości błędów i w jaki sposób należy je uwzględnić do określenia ceny przy aktualnie toczącym się postępowaniu. Ww. dane mają charakter wyłącznie informujący o przeszłości w dwóch różnych okresach czasowych, a nie stanowią elementu opisu przedmiotu zamówienia. W SWZ nie ma żadnej informacji, z której wynikałoby, ile błędów miesięcznie należy uwzględnić w określeniu ceny i jaki czas ich usunięcia miesięcznie należy uwzględnić w określeniu ceny. Oznacza to, że Wykonawca we własnym zakresie powinien określić możliwą częstotliwość błędów, a dane historyczne mają charakter wyłącznie poglądowy. Dalej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w swoich wyjaśnieniach do SWZ z 25.08.23 r. w odpowiedziach do pytań nr 5 i nr 14 udzielił odpowiedzi, zgodnie z zawartymi pytaniami o ilość błędów, a nie o ich czas usunięcia. Zatem ani pytania ani odpowiedzi nie wskazywały jaki był czas usunięcia tych wskazanych błędów.

W ocenie Odwołującego Zamawiający przyjął w uzasadnieniu odrzucenia oferty nielogiczną formę kalkulacji wymaganej pracochłonności na usunięcie błędów. Termin naprawy błędów (czyli termin, do którego należy ostatecznie usunąć usterkę – liczba godzin, w ciągu której należy usunąć usterkę) nie może być równoznaczny z faktyczną pracochłonnością wymaganą do naprawy błędu. Wprowadza to nielogiczne założenie, sugerujące, że im dłuższy czas naprawy błędu zaoferowany przez Wykonawców tym większa pracochłonność, a w związku z tym także i cena będzie rosła proporcjonalnie. Ponadto niezależnie od długości terminu przeznaczonego do usunięcia usterki (czyli terminu, w którym usterka ma być usunięta), usunięcie usterki może zająć równie dobrze np. 15 minut, 30 minut, 1 godzinę lub 5 godzin (albo każdą inną wartość). Czas usunięcia usterki zależy od wiedzy, kompetencji, doświadczenia, kwalifikacji osób usuwających usterkę. Zamawiający, w wyjaśnieniach treści SWZ z dn. 25 sierpnia 2023 r. określił ilość błędów, które wystąpiły w okresie poprzedniego roku (nie wiadomo, czy chodzi o rok 2022 czy o ostatnie 12 miesięcy, w związku czym nie wiadomo jak odnieść to do danych z ostatnich 6 miesięcy) na poziomie 17 (błąd krytyczny), 25 (błąd poważny) i 14 (błąd zwykły). Sumarycznie daje to liczbę 56 błędów przez 12 miesięcy, czyli 4,7 błędu miesięcznie. Odwołujący przyjął, bazując na własnym doświadczeniu w realizacji postanowień gwarancyjnych i/lub utrzymania systemów IT, maksymalną faktyczną pracochłonność naprawy błędu na poziomie 5 roboczogodzin, co sumarycznie daje miesięcznie 23,5 roboczogodziny w odniesieniu do pracochłonności. W związku z tym, według Odwołującego, przyjęta pracochłonność w kalkulacji ceny na poziomie 24 roboczogodzin jest wystarczająca do spełnienia wymagań Zamawiającego. Odwołujący w kalkulacji przyjął stawkę 250 zł netto/roboczogodzinę, która obejmuje narzut min. 100% w odniesieniu do kosztu roboczogodziny pracy specjalisty (w przypadku angażowania do wykonania zamówienia osób trzecich). Niezależnie od tego Odwołujący może osobiście wykonywać zlecenie, gdyż ma niezbędną wiedzę do tego. Wszystkie pozostałe koszty, które Odwołujący ponosi w ramach prowadzonej działalności, a w szczególności koszty wynajmu biura, koszty utrzymania infrastruktury IT (systemu obsługi zgłoszeń, systemu poczty elektronicznej) są kosztami pośrednimi – stałymi. Logicznie można przyjąć, że narzut na poziomie 125 zł/roboczogodzinę oraz 113 950 zł w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, bez wątpienia obejmuje także koszty pośrednie oraz zapewnia zysk netto dla Odwołującego. Jako część zarządzania ryzykiem, wysokość narzutu zaoferowanego przez Odwołującego zabezpiecza również nieprzewidziane sytuacje, umożliwiając pokrycie dodatkowych nieprzewidzianych kosztów. Odwołujący podkreślił, iż czasu usuwania błędów (wykonywania zamówienia) nie można utożsamiać z czasem „dyżurów” w zakresie przyjmowania zgłoszeń. Sposób zorganizowania przyjmowania zgłoszeń w trybie 24/7 jest kwestią organizacyjną. Czas gotowości do przyjęcia zgłoszenia nie jest czasem pracy. Odwołujący oferując podane czasy naprawy błędów przyjął

wymóg i obowiązek zapewnienia odpowiedniego systemu przyjmowania zgłoszeń 24/7. Natura utrzymania systemów informatycznych nie wymusza faktycznej pracy 24/7, a jedynie pozostawania w gotowości do podjęcia prac w tym trybie.

Odnosząc się do dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty dotyczącej kadry świadczącej opiekę serwisową, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający bazował tylko na własnych domniemaniach. Odwołujący faktycznie załączył do swoich wyjaśnień 2 przykładowe umowy z osobami, które mogą świadczyć usługi w ramach realizacji zamówienia wyłącznie w celu wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska - w celu wykazania, że przedstawione przez niego stawki wynagrodzenia są stawkami rzeczywistymi, rynkowymi itp. Odwołujący wskazał, że osoby, które zawarły przedstawione umowy, będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, ale nigdzie nie zastrzegł, że nie będzie zawierał innych umów z innymi osobami i że zamówienie będzie realizowane tylko przez te dwie osoby. Przyjmując, że w skład kadry serwisowej wchodzi tylko 2 osoby świadczące pracę przez 8 godzin dziennie z wyłączeniem niedziel i dni wolnych od pracy, Zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 Pzp., gdyż Zamawiający nie złożył takiego wezwania do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp ani z SWZ nie wynika obowiązek, aby wymienić wszystkie osoby wykonujące zlecenie. Na etapie występowania z wnioskiem do odwołującego o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny nie określił swoich wątpliwości odnośnie faktycznej możliwości realizacji przedmiotu zamówienia z art. 223 ust. 1 Pzp. Zgodnie z wezwaniem oraz zgodnie z art. 224 Pzp zamawiający oczekiwał tylko i wyłącznie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez odwołującego ceny za realizację przedmiotu Zamówienia. Zamawiający nie zobowiązał Wykonawcy do złożenia określonych dokumentów – w szczególności umów potwierdzających dysponowanie pełnym zespołem zapewniającym realizację zamówienia. Odpowiedź udzieloną przez Odwołującego w dniu 11.09.2023 r, należało jedynie rozpoznać w kwestii obliczenia ceny, a nie w kwestii innych okoliczności, które się do niej nie odnosiły. Odwołujący wskazał, iż w przypadku wątpliwości dotyczących treści oferty, która nie jest związana z ceną, tj. gwarancja czasów reakcji oraz naprawy błędów, zamawiający posiadał narzędzia prawne pozwalające na doprecyzowanie oraz wyjaśnienie swoich wątpliwości. Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp zamawiający ma prawo zażądać dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert lub innych dokumentów oraz przedstawienia środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń. Równocześnie, według opinii Odwołującego, w przypadku, gdy wątpliwości Zamawiającego powstały po otrzymaniu przez odwołującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, miał prawo wezwać Odwołującego do doprecyzowania oraz przedstawienia szczegółowych kalkulacji lub planów w odniesieniu do zagwarantowania przez odwołującego czasów reakcji i naprawy błędów w systemie.

Odwołujący wskazał także, iż w sytuacji, w której niesłusznie odrzucono ofertę Odwołującego, a jego oferta była najkorzystniejsza wg kryterium ceny i szybkości usunięcia błędów, wybór oferty innego Wykonawcy jako najkorzystniejszej jest nieprawidłowy i należy tę czynność unieważnić. Odwołujący przedstawił ponadto orzecznictwo na poparcie swoich twierdzeń.

Zamawiający w dniu 16 października 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazał, iż w dniu 07.09.2023 r. wezwał Odwołującego do pisemnego wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, ponieważ łączna cena za wykonanie zamówienia, tj. 280 317,00 zł była niższa o 57,53 % względem wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz niższa o 50,31 % względem średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy. Złożone przez Wykonawcę w dniu 11.09.2023 r. wyjaśnienia były nieprzekonywujące i zawierały szereg błędów, w związku z czym Zamawiający nie mógł stwierdzić prawidłowości przedstawionej kalkulacji ceny oferty względem wymaganego zakresu zamówienia. W związku z tym, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty .

18 października 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożył także wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę Decsoft Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił

materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Odwołującym w przedmiocie wyliczenia ceny oferty, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem 4 SWZ przedmiotem zamówienia jest ozbudowa Aplikacji InPol, obejmująca wykonanie Projektu Technicznego, integrację z systemem MOS oraz implementację. Opis Przedmiotu Zamówienia zawarty został w Załączniku nr 1 do SWZ oraz PPU stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem 12 SWZ wykonawca miał podać w Formularzu Ofertowym maksymalną cenę brutto za wykonanie całości zamówienia. Podstawą do określenia ceny był pełen zakres zamówienia określony w Załączniku nr 1 (OPZ) oraz Załączniku nr 2 (PPU) do SWZ. Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami wynikającymi z ww. dokumentów. W Rozdziale 13 Zamawiający opisał kryteria oceny ofert: Cenę o wadze 60 pkt oraz Czas usunięcia błędu o wadze 40 pkt. Zgodnie z pkt 13.2.2.w kryterium „Czas usunięcia błędu” - ocenie podlegać będzie zadeklarowany w ofercie przez Wykonawcę czas usunięcia Błędu Krytycznego, Błędu Poważnego i Błędu Zwykłego. Punkty będą przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów, w następujący sposób: a) 0 pkt – za brak skrócenia czasu usunięcia Błędu, b) maksymalnie do 40 pkt – za skrócenie czasu usunięcia Błędu. Definicje Błędów znajdują się we wzorze umowy. Zamawiający przedstawił sposób punktowania dla każdej kategorii Błędu zależny od określonego Czasu usunięcia błędu.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) przedmiot zamówienia obejmuje: 1. Wykonanie Projektu Technicznego 2. Rozbudowa Aplikacji inPOL w zakresie: a. Integracja z systemem rejestracji cudzoziemców - MOS, przy wykorzystaniu udostępnionego API SOAP pozwalająca na komunikację w zakresie importu określonego zestawu danych. b. Implementacja uwierzytelniania dwuetapowego (2FA) na etapie logowania się Użytkownika do Aplikacji. 3. Opracowanie Dokumentacji w tym Dokumentacji powykonawczej Aplikacji. 4. Przeniesienie autorskich praw majątkowych do Rozbudowy wytworzonej w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz jej Dokumentacji, w tym również przekazanie kodów źródłowych Aplikacji oraz udzielenie licencji na pozostałe oprogramowanie (jeżeli takie będzie konieczne) na zasadach określonych w Umowie. W przypadku dostarczenia Rozwiązania równoważnego Wykonawca jest zobowiązany do: - spełnienia wszystkich funkcjonalności opisanych w dokumentacji Aplikacji inPOL stanowiącej Załącznik nr 1 do niniejszego OPZ, - przeniesienia wszystkich danych z obecnie użytkowanej Aplikacji InPOL. 5. Udzielenie Gwarancji na prawidłowe działanie całej Aplikacji w tym wykonanej Rozbudowy na warunkach opisanych w Umowie, od dnia podpisania Protokołu Odbioru do zakończenia Gwarancji (przez 12 miesięcy).

Zamawiający udzielił w dniu 25 sierpnia 2023 r. wyjaśnień treści SWZ. W odpowiedzi na pytanie 5o treści „Proszę o informację, ile miesięcznie Błędów zostało zgłoszonych i usuniętych w Aplikacji w ciągu ostatnich 6 miesięcy jej działania z podziałem na kategorię błędów (Błąd Krytyczny, Błąd Poważny, Błąd Zwykły)”, Zamawiający wskazał: „W ciągu ostatnich 6 miesięcy zgłoszonych i usuniętych zostało 28 błędów z następującym podziałem na kategorie: Krytyczny - 6, Poważny - 12, Normalny - 10.” W odpowiedzi na pytanie 14: „Prosimy o przedstawienie statystyk dotyczących zgłoszeń za poprzedni rok dotyczących Aplikacji InPOL, z podziałem na kategorie błędów (Krytyczny/Poważny/Zwykły)” Zamawiający wskazał: „Krytyczny - 17, Poważny - 25, Normalny - 14”.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 536 585,37 zł. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 766 000,00 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Przystępującego z ceną 676 500,00 zł (Czas usunięcia błędu: krytycznego 24h, Poważnego 24h i mniej, Zwykłego 72h i mniej), Odwołującego z ceną 280 317,00 zł (Czas usunięcia błędu: krytycznego 6h i mniej, Poważnego 24 i mniej, Zwykłego 72 i mniej) oraz trzeciego wykonawcy z ceną 735 687,60 zł (Czas usunięcia błędu: krytycznego 24h, Poważnego 72h, Zwykłego 168h).

Zamawiający pismem z 7 września 2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do pisemnego wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, iż Komisja Przetargowa w trakcie badania oferty stwierdziła, że cena całkowita oferty w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Łączna cena za wykonanie zamówienia, tj. 280 317,00 zł jest niższa o 57,53 % względem wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz niższa o 50,31 % względem średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Zamawiający wskazał, iż, zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy, wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) 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. Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 224 ust 5 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Brak złożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia nie uzasadnią rażąco niskiej ceny oferty spowoduje odrzucenie oferty, zgodnie z art. 224 ust. 6 lub 226 ust. 1 pkt 8 ustawy.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, iż jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w opisie przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowieniach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, zysk Wykonawcy oraz została należycie skalkulowana i nie została zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia, co znajduje potwierdzenie w przedstawionych niżej wyjaśnieniach. W celu wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca kalkulował cenę w rozbiciu na poszczególne elementy, Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację. Z tego dokumentu wynika w sposób szczegółowy, jaką ilość poszczególnych elementów kosztotwórczych Wykonawca planuje przeznaczyć na realizację zamówienia oraz jaki jest ich koszt. Kalkulacja stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień. Kalkulacja własna wykonawcy jest również wystarczającym dowodem na realność zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał, iż taki pogląd jest przyjmowany jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i przywołał treść wybranych orzeczeń. Odwołujący wskazał, iż stawka przyjęta w formularzu kalkulacji własnej (tj. 250 zł netto/rbh) obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Zamówienia – wynagrodzenie członków zespołu, koszty administracyjne oraz zysk Wykonawcy. W zakresie kosztów pracy wykonawca wskazał dodatkowo, iż dołącza do wyjaśnień skany umów B2B nawiązanymi z osobami, które będą realizowały Zamówienie, jako dowód bezpośredniego dysponowania profesjonalnym zespołem oraz jako potwierdzenie kosztów pracy. Wyjaśniając wskazał, iż umowy B2B zostały zawarte bezpośrednio z osobami samozatrudnionymi, które osobiście realizują umowy, w związku z czym nie występuje tutaj podwykonawstwo w rozumieniu przepisów Pzp. Odwołujący wyraził nadzieję, że przedstawione wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami pozwolą Zamawiającemu utwierdzić się w przekonaniu, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna, należycie skalkulowana, została oparta na wymaganiach i wytycznych zawartych w dokumentacji przedmiotowego zamówienia oraz jest adekwatna do jego zakresu. Do wyjaśnień załączono dwie umowy B2B oraz kalkulację ceny ofertowej w arkuszu Excel.

Zamawiający w dniu 29 września 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazano:

„Zamawiający w dniu 07.09.2023 r. wezwał Wykonawcę do pisemnego wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, ponieważ łączna cena za wykonanie zamówienia, tj. 280 317,00 zł była niższa o 57,53 % względem wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz niższa o 50,31 % względem średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy. Dnia 11.09.2023 r. Wykonawca złożył przedmiotowe wyjaśnienia. Członkowie komisji przetargowej po analizie wyjaśnień Wykonawcy i przedstawionej kalkulacji stwierdzili błędne założenia będące podstawą do oszacowania ceny przez Wykonawcę odnośnie gwarancji i usług serwisowych zamówienia.

W zakresie szacunków dotyczących zakładanej ilości czasu potrzebnej do obsługi błędów, Wykonawca w kalkulacji zakłada 3 dni w miesiącu (24 godziny) na usuwanie zgłoszeń serwisowych. Jednocześnie w złożonej ofercie określa maksymalny Czas Reakcji i Czas Naprawy błędów w poszczególnych kategoriach na poziomie: 1. Błąd krytyczny – 6 godzin, 2. Błąd poważny – 24 godziny, 3. Błąd zwykły – 72 godziny. Zamawiający w opublikowanych w dniu 25.08.2023 r. wyjaśnieniach treści SWZ określił statystyki dotyczące ilości błędów jakie wystąpiły w czasie ostatniego roku, które przedstawiały się następująco: 1. Błąd krytyczny – 17 (1,4 błędu / mc), 2. Błąd poważny – 25 (2,1 błędu / mc), 3. Błąd zwykły – 14 (1,2 błędu /mc). Z przedstawionych powyżej statystyk z ilości błędów za ostatni rok uwzględniających podział na kategorie oraz maksymalny czas przewidywany na ich usunięcie zaproponowany przez Wykonawcę wynika, że realizacja usługi serwisowej powinna zakładać następującą ilość czasu w miesiącu: 1. Błąd krytyczny – 1,4 błędu * 6 godzin = 8,5 godziny, 2. Błąd poważny – 2,1 błędu * 24 godziny = 50 godzin, 3. Błąd zwykły – 1,2 błędu * 72 godziny = 84 godziny. Jak wynika z powyższego wyliczenia Wykonawca zgodnie ze wskazanym przez siebie czasem reakcji powinien

założyć 142,5 godziny miesięcznie na usunięcie błędów, natomiast na potrzeby kalkulacji kosztów założył 24 godziny (3 dni).

Ponadto w zakresie kadry świadczącej opiekę serwisową, Wykonawca zgodnie z dostarczonymi dokumentami do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, przewiduje tylko dwie osoby wykonujące opiekę serwisową dla systemu, świadczące pracę w wymiarze 8 godzin dziennie z wyłączeniem niedziel oraz dni ustawowo wolnych od pracy. Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy będących integralnym załącznikiem do SWZ, w części określającej warunki gwarancji zaznaczył, że Wykonawca musi zapewnić poprawne, nieprzerwane i stabilne działania całej Aplikacji oraz musi zapewnić System do obsługi Zgłoszeń (Błędów, pytań) działający w trybie 24/7/365, w celu bezbłędnego działania całości Aplikacji (§ 8 ust.2 pkt.1 i ust.3). Ze złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że Wykonawca nie ma możliwości zapewnienia nieprzerwanego działania systemu i obsługi zgłoszeń w trybie 24/7/365 w chwili, gdy deleguje do tego zadania tylko 2 pracowników, którzy łącznie będą świadczyli pracę przez 16 godzin na dobę (z wyłączeniem niedziel i dni ustawowo wolnych od pracy), a zwłaszcza w kontekście oświadczonego w ofercie przez Wykonawcę 6 godzinowego Czasu Naprawy błędu krytycznego.

Reasumując, istnieje duże ryzyko, że Wykonawca nie będzie w stanie świadczyć poprawnie usług wsparcia technicznego w okresie Gwarancji (w szczególności naprawy błędów w tak krótkim czasie), przy wykorzystaniu tylko 2 osób, zakładając jednocześnie pracę tylko 3 dni w miesiącu. W związku z tym, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, Zamawiający odrzuca ofertę w przedmiotowym postępowaniu."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z kolei zgodnie z 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. W ust. 6 tego przepisu mowa jest o tym, iż 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. Ponadto zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W ramach uwag natury ogólnej należy wskazać, iż odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją, pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym badanie podstaw odrzucenia oferty danego wykonawcy powinno zostać dokonane kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, a wynik tej weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Odrzucenie oferty nie może być oparte jedynie na domysłach czy przypuszczeniach Zamawiającego. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty w określonych okolicznościach faktycznych, zamawiający powinien być w stanie udowodnić zaistnienie przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, a powody swojej decyzji w sposób należyty przedstawić wykonawcy w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty.

Ponadto trzeba podkreślić, iż dokonując oceny prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Izba opiera się na okolicznościach faktycznych, które zostały zakomunikowane wykonawcy w zawiadomieniu o tej czynności. Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne odrzucenia oferty w sposób wyczerpujący i przejrzysty, do czego obliguje Zamawiającego treść art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Prawidłowe wypełnienie tego obowiązku odgrywa istotną rolę, przede wszystkim ze względu na możliwość zakwestionowania czynności odrzucenia oferty w drodze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wyeliminowana z postępowania. Dlatego też ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności przedstawione wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty, gdyż to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po

pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. W konsekwencji jakiegokolwiek rozszerzenie podstaw faktycznych odrzucenia oferty na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym i pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy w pierwszej kolejności wskazać, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę powołał się jedynie na dwie okoliczności: po pierwsze na przyjętą zbyt małą liczbę roboczogodzin miesięcznie na usunięcie błędów, a po drugie na przyjętą zbyt małą liczbę pracowników, którzy mają świadczyć usługi, niewystarczającą do zapewnienia systemu do obsługi zgłoszeń. W konsekwencji wszelkie dodatkowe okoliczności podnoszone w toku postępowania odwoławczego przez Zamawiającego i Przystępującego, mające wskazywać na wadliwość złożonych wyjaśnień, nie mogą podlegać ocenie Izby. Dotyczy to po pierwsze argumentacji Zamawiającego, który podczas rozprawy zwracał uwagę na brak zrozumienia tabeli zawierającej kalkulację kosztów załączonej do wyjaśnień Odwołującego czy na brak ujęcia w tej tabeli istotnych elementów takich jak np. prawa autorskie czy projekt techniczny. Okoliczności te nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty. Po drugie powyższe odnosi się także do szeregu twierdzeń zawartych w piśmie procesowym Przystępującego, m.in. tego, że wskazana stawka 250 zł/rbh stanowi koszty pracy tylko jednego specjalisty, przedstawionych w tym piśmie wyliczeń co do minimalnej pracochłonności jaką należało wycenić, szczegółowego zakresu czynności niezbędnych do obsługi zgłoszenia czy twierdzeń o braku uwzględnienia innych niż samo usuwanie błędów czynności, które wykonawca zobowiązany jest wykonywać w okresie gwarancji. Zwrócić też należy uwagę, iż zastrzeżenia podnoszone przez Przystępującego co do rzetelności, ogólności czy niekompletności wyjaśnień, braku wskazania przez Odwołującego podstawowych elementów cenotwórczych, braku nazwania i wykazania poszczególnych kosztów, w tym zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, poziomu zakładanego zysku, braku wyjaśnienia co zostało ujęte w „stawce”, braku uwzględnienia dyżuru przy obsłudze systemu zgłoszeń, braku wyjaśnienia czy uwzględniono koszty ubezpieczenia, koszty administracyjne, logistyczne, koszty prowadzonej działalności, ryzyko projektowe, etc. również nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący słusznie zauważył podczas rozprawy, iż Przystępujący nie powinien wyręczać Zamawiającego w przedstawianiu dodatkowej argumentacji, dlaczego odrzucono ofertę Odwołującego. Skoro Zamawiający nie wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty powyższych okoliczności jako wpływających na uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego są niekompletne i nie potwierdzają rynkowego poziomu ceny, to nie mogą one obecnie zostać wzięte przez Izbę pod uwagę. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający w ogóle nie wskazał na to, że wyjaśnienia były zbyt ogólne, niekompletne, nieadekwatne do treści wezwania czy nieoparte dowodami, lecz odniósł się tylko do jednej z pozycji kalkulacji cenowej i załączonych do wyjaśnień umów o współpracy.

W tym miejscu należy także zwrócić uwagę, iż okolicznością istotną w tym sporze i mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia było to, że Zamawiający skierował do Odwołującego bardzo ogólne wezwanie do wyjaśnień, które, sprowadzało się wyłącznie do powtórzenia treści przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie wyartykułował w wezwaniu żadnych konkretnych wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego, nie wskazywał na konieczność szczegółowego wyjaśnienia poszczególnych kategorii kosztów, z rozbiciem np. na koszty wykonania projektu technicznego, rozbudowy aplikacji, przeniesienia praw autorskich czy udzielenia gwarancji (usług serwisowych), nie wymagał też wyodrębnienia kosztów pracy, kosztów logistycznych, kosztów prowadzenia działalności, itp., nie zadał też wykonawcy żadnych konkretnych pytań. Ocena treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę jest zaś nierozdzielnie związana z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, które determinuje treść odpowiedzi, zakreślając jej granice. W świetle tak ogólnego wezwania Odwołujący mógł składając kalkulację cenową przyjąć taki sposób prezentacji elementów cenotwórczych, jaki wydawał mu się prawidłowy. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie zakwestionował samej treści wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego, nie zakwestionował też żadnej innej pozycji arkusza kalkulacyjnego poza miesięczną liczbą roboczogodzin na utrzymanie systemu, nie kwestionował też stawek wskazanych w kalkulacji za roboczogodzinę świadczenia usług. Jak wskazano powyżej, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego powołał się jedynie na dwie okoliczności, które jednak w ocenie Izby nie pozwalają stwierdzić jednoznacznie, że cena oferty Odwołującego jest ceną rażąco niską. Zamawiający oparł swoje stanowisko jedynie na przypuszczeniach, które ponadto wynikały z nie w pełni prawidłowych założeń.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wskazującego na zaniżenie przez Odwołującego liczby roboczogodzin przewidzianej na usuwanie zgłoszeń serwisowych, należy wskazać, że jego podstawą było dokonane przez Zamawiającego porównanie pracochłonności wskazanej w kalkulacji cenowej Odwołującego z wynikiem działania arytmetycznego polegającego na przemnożeniu zadeklarowanych przez Odwołującego w ofercie czasów usunięcia błędów przez przedstawione przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 25 sierpnia 2023 r. statystyczne ilości błędów. Izba zgodziła się z Odwołującym, że takie proste przeliczenie nie jest miarodajne, jako że faktyczny czas usunięcia błędów nie musi być równy zadeklarowanemu czasowi usunięcia błędu. Zamawiający poza takim przeliczeniem nie przedstawił w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego żadnych argumentów, które wykazywałyby konieczność

założenia przez wykonawcę pewnej minimalnej pracochłonności na usuwanie zgłoszeń serwisowych. Nie przedstawił także żadnych danych co do faktycznego czasu usuwania poszczególnych kategorii błędów w ramach usług utrzymaniowych systemu, realizowanych dotychczas. Przyjęte przez Zamawiającego założenie prowadziłoby do uznania, że każdy wykonawca potrzebuje dokładnie tyle czasu na usunięcie błędu, ile zadeklarował w ofercie i przez cały ten czas faktycznie pracuje nad usunięciem tego błędu. Tymczasem na faktyczny czas usunięcia błędu wpływa szereg czynników, chociażby organizacja pracy czy doświadczenie, ale też poziom skomplikowania danego błędu. Deklarowany czas usunięcia błędu daje Zamawiającemu gwarancję, że w określonym czasie błąd ten zostanie wyeliminowany, ale nie znaczy to, że przez tyle czasu trwać będzie proces jego usuwania. Jako przykład można wskazać na błąd zwykły, czyli błąd w teorii mniej skomplikowany, zgodnie z definicją zawartą w projektowanych postanowieniach umowy będący np. błędem językowym/graficznym w interfejsie – czas na usunięcie takiego błędu zgodnie z ofertą Odwołującego to 72 godziny, podczas gdy nie można wykluczyć, że jego faktyczna obsługa (zdiagnozowanie, naprawa) może zająć łącznie np. godzinę. Oczwistym jest przy tym, że wykonawca kalkulując cenę ofertową powinien poddać szczegółowej analizie dokumenty zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia i wymagania związane z obsługą systemu Zamawiającego, powinien wziąć także pod uwagę prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców statystyki co do liczby błędów, jakie wystąpiły w okresie 6 czy 12 miesięcy. Zamawiający jednak odrzucając ofertę Odwołującego nie powołał się na okoliczności, które faktycznie wykazywałyby, że przyjęta ilość roboczogodzin jest niedostateczna. Zamawiający słusznie zwrócił uwagę, że jest ona niska, niemniej przedstawione przez niego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego powody nie były w tym zakresie wystarczające.

Z kolei odnosząc się do wskazanej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego kwestii liczebności kadry świadczącej opiekę serwisową, Izba stwierdziła, iż wyprowadzony przez Zamawiającego wniosek, że Odwołujący przewiduje do realizacji zamówienia tylko dwie osoby, był zbyt daleko idący. Wniosek ten został przez Zamawiającego oparty wyłącznie na tym, że Odwołujący do wyjaśnień załączył dwie umowy o współpracy. Niemniej jak wynika z wyjaśnień Odwołującego umowy te zostały załączone po to, aby wykazać, że Odwołujący dysponuje osobami do realizacji zamówienia oraz aby potwierdzić realność przyjętych kosztów pracy (w tym wypadku zadeklarowanej stawki za roboczogodzinę). Zamawiający w sposób czysto subiektywny uznał, że opieka serwisowa byłaby realizowana wyłącznie przez te dwie konkretne osoby, podobnie bazując jedynie na własnym przekonaniu oraz treści tych dwóch umów. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie będzie w stanie zapewnić obsługi systemu zgłoszeń w trybie 24/7/365 z uwagi na określony w tych umowach czas pozostawania w gotowości do świadczenia usług. Tymczasem wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie dają podstawy do wyprowadzenia tak kategorycznego stwierdzenia, Zamawiający dysponował zaś stosownymi narzędziami, aby powstałe w tym zakresie wątpliwości wyjaśnić. Samo wskazanie na obawy Zamawiającego, iż „istnieje ryzyko, że Wykonawca nie będzie w stanie świadczyć poprawnie usług wsparcia technicznego w okresie gwarancji” w sytuacji, gdy Zamawiający nie podjął działań, aby realność tych obaw zweryfikować, a pierwsze wezwanie skierowane do Odwołującego nie artykułowało konkretnych wątpliwości, nie może prowadzić do stwierdzenia, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Izba wskazuje ponadto, iż kwestia możliwości skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień jest ocenna i zindywidualizowana, zależy od okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Jednym z kryteriów, które należy wziąć w takim wypadku pod uwagę, jest adekwatność udzielonych pierwszych wyjaśnień do treści wezwania skierowanego do wykonawcy, wezwanie – jak wskazano już wcześniej - determinuje bowiem treść odpowiedzi. Skierowanie wezwania do dodatkowych wyjaśnień jest możliwe na przykład w sytuacji, gdy zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie konkretnie powziął wątpliwości co do wyliczenia ceny, w zakresie jakich czynników cenotwórczych oczekuje wyjaśnień, czy też gdy na gruncie złożonych wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego dalsze pytania czy wątpliwości wymagające doprecyzowania. Izba ma świadomość, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie były rozbudowane, niemniej zawierały one kalkulację cenową w arkuszu kalkulacyjnym załączonym do wyjaśnień, gdzie przedstawiono założenia przyjęte przez Odwołującego, w tym szacowaną dla poszczególnych czynności pracochłonność oraz stawkę godzinową. Izba nie neguje tego, że na gruncie przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień po stronie Zamawiającego mogły powstać wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oferty Odwołującego czy co do przyjętych przez Odwołującego stawek lub założeń, niemniej – wobec faktu, że wezwanie skierowane do Odwołującego było ogólne, a odrzucenie oferty zostało oparte jedynie na przypuszczeniach Zamawiającego, do tego niedostatecznie uzasadnionych – Izba stwierdziła, iż kontynuowanie procedury wyjaśnień jest niezbędne, aby można było przesądzić o istnieniu podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego bądź jej braku.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie przyjętych kosztów świadczenia usług serwisowych. Przy czym Izba wskazuje, że zakres wezwania, jakie Zamawiający skieruje do Odwołującego, nie

musi by ograniczony wyłącznie do ww. aspektu. Istotne jest natomiast, aby wezwanie w sposób wyraźny artykułowało wszystkie wątpliwości Zamawiającego, zawierało precyzyjny opis zagadnień, które należy wyjaśnić lub konkretne pytania do wykonawcy, tak aby ocena wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na to wezwanie mogła być kompleksowa i weryfikowalna.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 389 zł 71 gr tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł), opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł) oraz dojazdu Odwołującego na rozprawę (bilety PKP na kwotę 234,15 zł oraz 38,56 zł).

Przewodniczący: