

WYROK
z dnia 18 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2023 r. przez wykonawcę **Red Ocean sp. z o. o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Agencja Nadzoru Audytowego, ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Softiq sp. z o.o., ul. Chorzowska 50, 44-100 Gliwice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz zawiadomienie o wyniku postępowania zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z podaniem pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Polską Agencję Nadzoru Audytowego, ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego, ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa, na rzecz odwołującego: Red Ocean sp. z o. o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2947/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Polska Agencja Nadzoru Audytowego, ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi utrzymania i rozwoju systemu Rejestracji i Ewidencji Firm Audytorskich STREFA PANA”, numer referencyjny: 1/2023/PZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.06.2023 r., nr 2023/S 124-394019.

W dniu 05.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Red Ocean sp. z o. o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa (dalej: „Odwołujący”) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp, poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, bez odniesienia się do wyjaśnień Odwołującego w zakresie ceny oferty i wskazanych przez Odwołującego podstaw do jej określenia, w tym przedstawionych przez Odwołującego dowodów co do kosztów stanowiących podstawę wyceny i bez zakwestionowania przez Zamawiającego tych wyjaśnień, jedynie w sposób niejasny wskazując, że Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów, potwierdzających przyjęte przez Odwołującego koszty, stanowiących podstawę do określenia ceny oraz niewskazanie w uzasadnieniu prawnym, że jedną z podstaw odrzucenia oferty stanowił art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania transparentności i jawności, nakazując tym samym Odwołującemu zgadywać w zakresie faktycznych i prawnych przyczyn odrzucenia jego oferty,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione zastosowanie tego przepisu i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a Odwołujący nie udowodnił, że cena nie jest rażąco niska, ponieważ nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających koszty, które zostały przez niego przyjęte do wyliczenia ceny, mimo braku podstaw do takich twierdzeń, udzielenia szczegółowych, dwukrotnych wyjaśnień przez Odwołującego, co do poszczególnych elementów cenotwórczych, wraz z przedstawieniem dowodów na swoje twierdzenia, w tym umów zawartych z personelem mającym realizować umowę i braku wskazania okoliczności, które przemawiają za uznaniem, że cena oferty jest rażąco niska,

3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających koszty, które zostały przez niego przyjęte do wyliczenia ceny, i tym samym nie udowodnił, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo że wyjaśnienia Odwołującego, w sposób szczegółowy opisały sposób kalkulacji ceny, wskazały na oszczędności wynikające ze znajomości systemu oraz doświadczenie personelu w pracy z systemem, obniżające koszty rozpoczęcia wykonywania zlecenia oraz wskazując dokładnie wynagrodzenie personelu, na dowód czego Odwołujący przedstawił umowy zawarte z personelem, oraz wskazując spodziewany zysk z realizacji i inne kwestie mające wpływ na wysokość zaferowanej ceny, a Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, czemu te wyjaśnienia i dowody miałyby być niewystarczające;

4) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo iż zgodnie z kryteriami oceny ofert, oferta ta jest najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i nie powinna zostać odrzucona, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„W trakcie trwania Postępowania, Zamawiający dwukrotnie, pismami z dnia 7 sierpnia 2023 r. oraz 1 września 2023 r., wezwał Odwołującego, do złożenia wyjaśnień, w celu wykazania, że zaproponowania przez Odwołującego cena nie jest

rażąco niska. W wezwaniu z dnia 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że „Cena, jaką Wykonawca zaoferował, jest niższa o 38,25% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz o 50,37% od wartości zamówienia, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.” (...) W wezwaniu z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający nie zakwestionował dowodów przedłożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 11 sierpnia 2023 r. Uznał on jednak, że „Wykonawca wyjaśnił, że usługa rozwoju Sytemu została skalkulowana na podstawie kosztów opartych na wynagrodzeniu tylko 2 specjalistów tj. starszego programisty oraz starszego analityka. Zamawiający wzywa do przedstawienia kalkulacji kosztów opartej na zespole 6 specjalistów zarówno w zakresie rozwoju jak i utrzymania Systemu, zgodnie z wymaganiami SWZ.” Zamawiający w wezwaniu z dnia 1 września 2023 r. nie odniósł się do pozostałej części wyjaśnień Odwołującego z dnia 11 sierpnia 2023 r. i nie wskazał innych konkretnych okoliczności poza kwestią ilości specjalistów i składu zespołu, które Odwołujący powinien wyjaśnić.

W związku z powyższym wezwaniem Odwołujący w wyjaśnieniach z 6 września 2023 r. (w zakresie określonym przez Zamawiającego terminie) szczegółowo opisał sposób kalkulacji przyjęty przez Odwołującego i relację między 2 stanowiskami rozliczeniowymi przyjętymi do kalkulacji oferty, o których mowa była w wyjaśnieniach z 11 sierpnia 2023 r., a 6 osobowym zespołem zapewnianym przez Odwołującego zgodnie z wymogami SIWZ oraz przedstawił dowody na okoliczność, że koszty zapewnienia powyższego 6 osobowego zespołu ponoszone przez Odwołującego są niższe od ceny zawartej w ofercie.

W swoich wyjaśnieniach Odwołujący wskazywał także na okoliczność, że w chwili obecnej Odwołujący świadczy Zamawiającemu usługi objęte Postępowaniem według niższej o 25% stawki niż wskazana w ofercie Odwołującego, jak również wskazał na okoliczność, że obecnie świadczy powyższe usługi według niższej stawki, mimo, że obecnie ponosi wyższe koszty, związane z dostarczeniem i utrzymaniem infrastruktury (które stanowią 25% ceny płaconej Odwołującemu przez Zamawiającego na podstawie obecnie obowiązującej umowy), których Odwołujący nie będzie ponosił w trakcie realizacji zamówienia objętego Postępowaniem

Pomimo złożenia przez Odwołującego szczegółowych wyjaśnień, pisami z dnia 11 sierpnia 2023 r. i 5 września 2023 r. i przedstawienia w nich stosownych dowodów, potwierdzających, że cena nie jest rażąco niska, zapewnia Odwołującemu godziwy zysk, a koszty Zamawiającego na realizację prac przewidzianych w ofercie i warunkach Postępowania są niższe niż cena ofertowa, Zamawiający w piśmie z dnia 29 września 2023 r., poinformował Odwołującego że odrzucił ofertę Odwołującego, ze względu na rażąco niską cenę, twierdząc, że Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających koszty, które zostały przez niego przyjęte do wyliczenia ceny, i tym samym nie udowodnił, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie odniósł się do wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Odwołującego ani nie wskazał czemu miałyby być one niewystarczające.

W związku z tym, Odwołujący podnosi następujące zarzuty:

Zarzut 1:

(...) W uzasadnieniu prawnym Zamawiający powołał się jedynie na art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. W uzasadnieniu faktycznym, Zamawiający podniósł dwie okoliczności:

- 1) Zamawiający wskazał, że cena oferta Odwołującego wynosiła 904 050,00 zł brutto i była niższa o 38,25% od średniej arytmetycznej cen pozostałych dwóch ofert (1 463 972,40 zł brutto) oraz o 50,37% od wartości zamówienia zaproponowanej przez Zamawiającego (1 821 600 zł brutto). Przy czym nie jest jasne czemu ma służyć przytoczenie tych okoliczności w uzasadnieniu odrzucenia oferty, ponieważ Zamawiający tego nie podaje, a są to wielkości na które Zamawiający wskazywał w wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do Odwołującego w dniu 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający w swoim rozstrzygnięciu nie wykazał, by z samego faktu różnicy w proponowanych cenach wynikał rażąco niski charakter ceny oferty Odwołującego. Można przypuszczać, że ma to związek z art. 224 ust. 2 p.z.p., który wskazuje, że Zamawiający może zwrócić się do oferenta o wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdy cena jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu lub wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, z uwzględnieniem zastrzeżeń z tego przepisu. Są to jednak wyłącznie przypuszczenia Odwołującego, a Zamawiający w uzasadnieniu, w żadnym miejscu nie przytoczył tego przepisu. (...)
- 2) Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ Wykonawca, dwukrotnie wezwany do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, mających wpływ na łączną wartość oferty, nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających koszty, które zostały przez niego przyjęte do wyliczenia ceny i tym samym nie udowodnił, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Powyższe punkty uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, przytoczone powyżej niemal w całości, stanowiły całość uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że punkt 2 uzasadnienia został sformułowany w sposób, który wskazuje, że zawarte w nim przyczyny stanowiły podstawę do uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską, z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób odczytać dlaczego Zamawiający uznał cenę zawartą w ofercie Odwołującego za rażąco niską. Nie jest też jasne czemu przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody, w pismach z dnia 11 sierpnia 2023 r. i 6 września 2023 r. nie zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające do wykazania, że cena nie była rażąco niska. Pozostała część uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, tj. punkt 1, też nie wyjaśnia tej kwestii.

Za niejasne, a co najmniej nieprecyzyjne, należy też uznać uzasadnienia prawne odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający powołuje się w nim jedynie na art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., choć samo sformułowanie punktu 2 uzasadnienia faktycznego sugeruje, że oparł się on także na art. 224 ust. 6 p.z.p. Używa on bowiem sformułowań, które stanowią powtórzenie tego przepisu, jednak bez powołania się ten przepis. Tym samym, w tak sporządzonym uzasadnieniu Odwołujący nie jest w stanie odtworzyć toku rozumowania Zamawiającego w sposób pewny ani odnieść się argumentacji Zamawiającego ponieważ takowa nie została przedstawiona. Należy zresztą podkreślić, że zgodnie z piśmiennictwem nieprawidłowa jest sytuacja, w której nie jest możliwe odczytanie z uzasadnienia, jakie były przyczyny i podstawy podjęcia danej decyzji przez Zamawiającego. Precyzyjnie powinna być także sformułowana podstawa prawna odrzucenia. Nie jest też dopuszczalne ograniczenie się do wskazania, że oferent nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska: (...)

Zarzut 2:

Odnosząc się do drugiego zarzutu, na wstępie Odwołujący podkreśla, że choć Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał jedynie art. 226 ust. 1 pkt 8, to jak zostało wskazane w uzasadnieniu do pierwszego zarzutu, uzasadnienia faktyczne sugeruje, że oparł się on także na art. 224 ust. 6 p.z.p. Dlatego też w ocenie odwołującego, konieczne jest zaskarżenie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ, pomimo braku tego wskazania wprost w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, artykuły te zostały zastosowane w związku ze sobą. Ze względu na brak jakiegokolwiek wskazania przez Zamawiającego, jakie dokładnie elementy ceny oferty Odwołującego,

doprowadziły do jej uznania za rażąco niską, Odwołujący nie jest w stanie przytoczyć innych wyjaśnień, argumentów lub dowodów niż te, które złożył on w trakcie Postępowania. Odwołujący podkreśla, że zaproponowana przez niego cena nie była rażąco niska, a zgodnie z piśmiennictwem nie można uznać ceny za rażąco niską, tylko z tego powodu, że pozostali oferenci proponowali cenę wyższą. Tym samym zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. nastąpiło niezgodnie z prawem, ponieważ Odwołujący został pozbawiony możliwości udowodnienia, że cena nie była rażąco niska: (...)

Zarzut 3:

(...) W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego brak jest jakiegokolwiek odniesienia się Zmawiającego do wyjaśnień Odwołującego, poza ogólnym stwierdzeniem, że były niewystarczające, z czym Odwołujący się nie zgadza. Wyjaśnienia Odwołującego, przekazane Zmawiającemu pisami z dnia 11 sierpnia 2023 r. i 6 września 2023 r. wskazywały sposoby kalkulacji kosztów, pozycji wymaganych w Postępowaniu przez Zmawiającego tj. Usługi Rozwoju Systemu, Opcjonalnej Usługi Rozwoju Systemu oraz Usługi Utrzymania Systemu, wskazując przewidywany czas realizacji danych usług, konieczny do realizacji zlecenia personel, wynagrodzenie tegoż personelu, w tym wskazanie stawek godzinowych oraz potencjalnych premii, a w przypadku prac opcjonalnych – przewidywane wynagrodzenie za godzinę pracy, a także wskazał spodziewany zysk, osobno dla każdej z pozycji, wymaganych przez Zmawiającego. Odwołujący wskazał także, że ponieważ od 2020 r., świadczył on usługi utrzymania i rozwoju systemu będącego przedmiotem Postępowania, ma on doświadczenie i pełną wiedzę o systemie, zna sposoby i okresy jego zwiększonego wykorzystania, co pozwala uwzględniać w ofercie minimalną wartość ryzyka, związanego z realizacją projektu. Posiada też personel zaznajomiony z systemem, co w dalszym stopniu pozwala ograniczyć koszty, przez zmniejszenie tzw. bariery wejścia. Odwołujący wskazał także, że w stosunku do wynagrodzenia wypłacanego mu w ramach zamówienia z 2020 r., cena zawarta w jego ofercie była o 25% większa w zakresie usług utrzymania systemu oraz o 9,65% większa w zakresie usług rozwoju systemu. Składając w dniu 6 września 2023 r. dodatkowe wyjaśnienia, w związku z pismem Zmawiającego z dnia 1 września 2023 r., Odwołujący wskazał, że usługa będzie realizowana przez co najmniej zespół 6-osobowy, zgodnie z wymogami Postępowania. Na dowód powyższych twierdzeń, Odwołujący przekazał Zmawiającemu kopię umów z personelem, który miał realizować usługę, w razie przyjęcia oferty.

Zamawiający nie kwestionował powyższych wyjaśnień Odwołującego, ani nie zgłosił do nich zastrzeżeń, za wyjątkiem wątpliwości co do liczby personelu wyrażonej pismem z dnia 1 września 2023 r., a które Odwołujący wyjaśnił. Zmawiający nie wskazał też żeby przedstawione dowody nie pozwoliły potwierdzić wyjaśnień Odwołującego. W związku z powyższym Zmawiający naruszył art. 234 ust. 6 p.z.p. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie poprzez uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego były niewystarczające do wykazania, że cena nie była rażąco niska, podczas gdy brak było podstaw do takiego uznania i których to podstaw Zamawiający nie wskazał, zaś wyjaśnienia Odwołującego były szczegółowe, wyczerpujące i poparte dowodami, których Zamawiający nie kwestionował - oraz złożone w określonych przez Zamawiającego terminach.

Zarzut 4:

(...) Takimi kryteriami zdawał się też kierować Zmawiający, ponieważ informując o wyborze oferty, w piśmie z dnia 29 września 2023 r., powołał się na następujące kryteria oceny:

- 1) Kryterium A – skrócenie czasu usunięcia awarii lub błędów (waga 40%)
- 2) Kryterium C1 – cena brutto oferty za usługę utrzymania (waga 30%)
- 3) Kryterium C2 – cena brutto oferty za usługę rozwoju stawka za godzinę (waga 30%)

(...) Zmawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, która w razie braku odrzucenia tejże oferty prawdopodobnie zostałaby uznana za najkorzystniejszą, naruszył art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 239 ust. 2 p.z.p., poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Softiq sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach z ceną oferty 1.943.410,32 PLN i łączną liczbą przyznanych punktów 87,49,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako niezawierającej rażąco niskiej ceny i w związku z tym niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 09.10.2023 r. wykonawca Softiq sp. z o.o., ul. Chorzowska 50, 44-100 Gliwice (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 18.10.2023 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania i rozwoju systemu Rejestracji i Ewidencji Firm Audytorskich STREFA PANA.

Pismem z dnia 07.08.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego „do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, mających wpływ na łączną wartość oferty. Cena, jaką Wykonawca zaoferował, jest niższa o 38,25% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz o 50,37% od wartości zamówienia, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji przedmiotu zamówienia. W ramach wyjaśnień zasadne jest uwzględnienie tego, czy zaoferowana przez Wykonawcę cena obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Tym samym proszę, o wskazanie w sposób szczegółowy wszystkich elementów cenotwórczych składających się na łączną maksymalną cenę brutto oferty. Wykonawca składając wyjaśnienia powinien wykazać, że zaoferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej. Wyjaśnienie winno przedstawiać potwierdzenie wykonania przedmiotu zamówienia wraz ze złożeniem dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w złożonej ofercie.”

Pismem z dnia 11.08.2023 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi, której treść wraz z załącznikami, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 01.09.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego „do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, mających wpływ na łączną wartość oferty. Wykonawca w przekazanych 10.08.2023 r. wyjaśnieniach

nie wykazał w sposób wystarczający, że zaoferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 3 ust. 12 projektowanych postanowień umowy oraz rozdziale IX ust. 1 pkt 4b SWZ Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił zespół 6 specjalistów dedykowanych do realizacji zamówienia. Wykonawca wyjaśnił, że usługa rozwoju Sytemu została skalkulowana na podstawie kosztów opartych na wynagrodzeniu tylko 2 specjalistów tj. starszego programisty oraz starszego analityka. Zamawiający wzywa do przedstawienia kalkulacji kosztów opartej na zespole 6 specjalistów zarówno w zakresie rozwoju jak i utrzymania Systemu, zgodnie z wymaganiami SWZ.

Zamawiający, w oparciu o wymagania w zakresie utrzymania Systemu przedstawione przez Zamawiającego w pkt. I załącznika nr 3 do projektowanych postanowień umowy, wzywa do przekazania wyszczególnienia wraz z kalkulacją cenową wszystkich składników związanych ze świadczeniem usługi utrzymania Systemu.

Wyjaśnienie winno przedstawiać potwierdzenie wykonania przedmiotu zamówienia wraz ze złożeniem dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w złożonej ofercie."

Pismem z dnia 01.09.2023 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi, której treść wraz z załącznikami, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 29.09.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał:

„1. Cena oferty (904 050,00 zł brutto) złożona przez Wykonawcę jest niższa o 38,25% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (1 463 972,40 zł brutto) oraz o 50,37% od wartości zamówienia, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia (1 821 600 zł brutto).

2. Oferta została odrzucona, ponieważ Wykonawca, pomimo dwukrotnego wezwania przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, mających wpływ na łączną wartość oferty, nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających koszty, które zostały przez niego przyjęte do wyliczenia ceny i tym samym nie udowodnił, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny."

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 253 ustawy Pzp:

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

3. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym

Odnosząc się do zarzutu nr 1 dotyczącego braku uzasadnienia faktycznego w piśmie z dnia 29.09.2023 r. informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że podanie takiego uzasadnienia służy realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz zasady jawności (art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). Obowiązek zamawiającego wynikający z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odpowiada bowiem jednocześnie prawu wykonawców do poznania prawnych i faktycznych podstaw odrzucenia ofert. Prawo to ma szczególne znaczenie w przypadku wykonawcy, którego oferta została odrzucona, bowiem dzięki uzyskaniu informacji o powodach odrzucenia jego oferty, może on dokonać analizy stanowiska zamawiającego i podjąć decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania w celu ochrony swoich interesów i przywrócenia oferty do postępowania. Dlatego też wymagane przez ustawodawcę w art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty, nie może się ograniczać do podania przepisów i ogólnego wskazania okoliczności faktycznych typu: „niewystarczające wyjaśnienia”, „rażąco niska cena”, „nienależyte wykonanie umowy”. Obowiązkiem zamawiającego, zarówno w świetle art. 253 ust. 1 pkt 2, jak i art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest podanie szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty, dającego wykonawcy pełną wiedzę o motywach, jakimi kierował się zamawiający odrzucając jego ofertę.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie nie tylko w ugruntowanym orzecznictwie Izby (np. wyrok z dnia 20.07.2015 r. o sygn. akt KIO 1429/15 zachowujący swoją aktualność mimo stanu faktycznego opartego na przepisach obowiązujących do 31.12.2020 r.), ale także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 28.01.2010 r. w sprawie C-406/08 stwierdził m.in.:

„30. Tymczasem lub o kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania.

31. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania."

Podsumowując zatem, należy podkreślić, że podanie przez zamawiającego pełnego i wyczerpującego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, w tym pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, jest niezbędne do tego, by wykonawcy mogli realnie korzystać ze środków ochrony prawnej, a w konsekwencji jest też niezbędne do tego, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przestrzegane były podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Brak wskazania takiego uzasadnienia stanowi zatem naruszenie nie tylko art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale także ww. zasad.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty

Odwolującego. W szczególności powołując się na art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający nie wskazał przykładowo: w jakim zakresie uznaje wyjaśnienia Odwołującego za niewystarczające, czego w tych wyjaśnieniach brakuje, na które pytania zawarte w wezwaniu do wyjaśnień Odwołujący nie odpowiedział, które konkretnie informacje zawarte w wyjaśnieniach dowodzą wadliwej kalkulacji ceny oferty, dlaczego Zamawiający uznaje tę kalkulację za wadliwą, które informacje zawarte w wyjaśnieniach są ze sobą sprzeczne, które nie zostały poparte dowodami, itp.

Zamawiający nie wskazał zatem pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dokonanej przez siebie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Z pewnością za takie pełne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne nie można uznać zdawkowej informacji ograniczającej się do wskazania, że Odwołujący „nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających koszty, które zostały przez niego przyjęte do wyliczenia ceny i tym samym nie udowodnił, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”. Wymaganiem w art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uzasadnieniem faktycznym nie jest także stwierdzenie, że cena oferty Odwołującego jest niższa o określony procent od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i od średniej arytmetycznej ofert, gdyż ta okoliczność jest przesłanką wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), natomiast nie może być samodzielną przesłanką odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską.

Nie można też zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, jakoby przeszkodą dla wskazania zgodnego z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty był fakt, że Odwołujący zastrzegł wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze, sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ujawnił częściowo informacje zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego, co nie tylko stoi w sprzeczności z dotychczasową decyzją Zamawiającego o nieodtajnieniu tychże wyjaśnień, ale także pokazuje niekonsekwentny stosunek Zamawiającego do tajemnicy przedsiębiorstwa jako „przeszkody” w podaniu uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Po drugie, istnieje możliwość przekazania informacji o powodach odrzucenia oferty w taki sposób, żeby wykonawca, który złożył odrzuconą ofertę otrzymał pełne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne w tym zakresie (zna przecież zastrzeżone przez siebie informacje, więc nie ma potrzeby ukrywania ich przed nim), a pozostali wykonawcy – uzasadnienie faktyczne nie zawierające konkretnych danych (np. liczb, nazw) objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie informowanie o powodach odrzucenia oferty w przypadku zastrzeżenia określonych informacji jest znaną na rynku zamówień praktyką, która pozwala z jednej strony na nieujawnianie tajemnicy, a z drugiej – na zapewnienie wykonawcom możliwie najszerzego dostępu do korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym – pełnego w tym zakresie dostępu dla wykonawcy, którego oferta została odrzucona.

Jednocześnie absolutnie nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, zgodnie z którą, skoro treść wyjaśnień jest znana Odwołującemu, to mógł on samodzielnie wyrobić sobie zdanie na temat tego, dlaczego jego wyjaśnienia zostały uznane za niewystarczające. Ustawodawca po to nałożył na zamawiających obowiązek podania m.in. uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, żeby wykonawcy nie musieli domyślać się, jakie były powody jej odrzucenia. Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że to zamawiający ma obowiązek podać pełne, wyczerpujące, szczegółowe i konkretne uzasadnienie odrzucenia oferty, a nie wykonawca ma sam „wyrabiać sobie zdanie”, za co jego oferta została odrzucona. Powyższego nie zmienia ciężący na wykonawcy obowiązek wykazania realności ceny oferty, gdyż nie zwalnia on zamawiającego ze stosowania art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z jednej strony zatem wykonawca ma wykazać, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, ale z drugiej strony zamawiający – jeśli uzna, że wykonawca tego nie wykazał – ma obowiązek podać pełne i szczegółowe uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty. Są to dwa niezależne od siebie obowiązki spoczywające na dwóch różnych podmiotach i w żadnym wypadku nie należy ich ze sobą mylić, ani wyprowadzać błędnego wniosku, że jakiegokolwiek zachowanie wykonawcy w tym zakresie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego.

Reasumując, pismo z dnia 29.09.2023 r. nie zawierało w istocie żadnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż nie zawierało żadnych konkretnych informacji o powodach odrzucenia tej oferty. Tak sformułowane przez Zamawiającego pismo nie daje Odwołującemu żadnej informacji o tym, co rzeczywiście było powodem odrzucenia jego oferty i żadnej możliwości dokonania oceny zasadności tego odrzucenia. Powyższe jednoznacznie przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 oraz art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego odwołanie zostało uwzględnione w zakresie zarzutu nr 1.

Jednocześnie odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu należy zauważyć, że nie podając uzasadnienia faktycznego, Zamawiający w piśmie z dnia 29.09.2023 r. w istocie nie dokonał też oceny oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający zakomunikował tylko swoją decyzję o odrzuceniu tej oferty, ale nie przedstawił powodów, które legły u podstaw tej decyzji. Izba tymczasem dokonuje oceny czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 473 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp), a w niniejszym postępowaniu „czynność” oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie została dokonana, bo Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego w tym zakresie. Tym samym Izba nie ma do czego się odnieść, aby ocenić prawidłowość albo nieprawidłowość działania Zamawiającego, bo nieznane są powody, dla których odrzucił on ofertę.

Wobec braku podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego, należy uznać, że zarzuty dotyczące art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6 i art. 239 ustawy Pzp, zostały wniesione zbyt wcześnie, bo przecież sam Odwołujący nie zna powodów odrzucenia swojej oferty, tj. konkretnych zastrzeżeń Zamawiającego wobec złożonych wyjaśnień (z pewnością wypełnieniem obowiązku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest podanie tych powodów w odpowiedzi na odwołanie, czyli dopiero w postępowaniu odwoławczym). Odwołujący musi najpierw otrzymać pełne i szczegółowe uzasadnienie odrzucenia swojej oferty, aby mógł dopiero formułować w tym zakresie zarzuty w ewentualnym kolejnym odwołaniu. Natomiast na obecnym etapie stawianie takich zarzutów jest działaniem przedwczesnym. Odwołujący nie sformułował też ww. zarzutów jako zarzutów ewentualnych na wypadek nieuwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 (art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), stąd Izba nie mogła formalnie pozostawić ich bez rozpoznania, mimo uznania zarzutu nr 1 za zasadny. Reasumując, Izba nie może dokonać merytorycznej oceny zasadności albo niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, gdyż sam Zamawiający w piśmie z dnia 29.09.2023 r. nie dokonał takiej oceny, tj. nie podał uzasadnienia faktycznego w tym zakresie. W tym stanie rzeczy zarzuty dotyczące art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6 i art. 239 ustawy Pzp należy uznać za przedwczesne i z tego powodu podlegające oddaleniu.

Uwzględnienie przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oznacza, że Zamawiający ma: unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, a jeśli ponownie zdecyduje się odrzucić ofertę Odwołującego (lub jakąkolwiek inną) – ma tym razem zawiadomić o wyniku postępowania zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym podać nie tylko uzasadnienie prawne, ale też pełne i szczegółowe uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty, tak by wykonawca uzyskał wiedzę o powodach odrzucenia swojej oferty i mógł

realnie korzystać ze środków ochrony prawnej, jeżeli uzna decyzję Zamawiającego za niezgodną z przepisami ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1, ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 5 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba uwzględniła zarzut dotyczący art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz oddaliła pozostałe zarzuty dotyczące art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6 i art. 239 ustawy Pzp jako przedwczesne. W takim przypadku koszty postępowania odwoławczego powinny być rozdzielone między Zamawiającego i Odwołującego zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia. Z uwagi jednak na rodzaj i wagę zarzutu nr 1 uwzględnionego przez Izbę, który miał zasadnicze znaczenie dla zachowania wobec Odwołującego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, a także fakt, że pozostałe zarzuty jako przedwczesne w istocie nie mogły zostać ocenione przez Izbę merytorycznie, Izba zastosowała § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia i odstąpiła od rozdziału kosztów, w całości obciążając nimi Zamawiającego.

Przewodnicząca: