

Sygn. akt: KIO 2425/23

WYROK
z dnia 7 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **S-NET sp. z o.o. w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie** przy udziale wykonawcy **Infomex sp. z o.o. w Żywcu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę S-NET sp. z o.o. w Krakowie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S-NET sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **S-NET sp. z o.o. w Krakowie** na rzecz **Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie** kwotę **354 zł 90 gr** (słownie: trzysta pięćdziesiąt cztery złote dziewięćdziesiąt groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2425/23

Uzasadnienie

Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMMW”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 lutego 2023 r., nr 2023/S 042-122845.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 14 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca S-NET sp. z o.o. w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie swej oferty i nieprawidłową ocenę złożonych przez niego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, a przedstawił on kompletne i wystarczające wyjaśnienie ceny, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 Pzp przez niezgodne z prawem odrzucenie jego oferty wskutek uznania, że jego oferta nie odpowiada wynikającym z SWZ warunkom zamówienia i jest niezgodna z wymaganiami SWZ, podczas gdy w rzeczywistości oferta złożona w postępowaniu jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi treścią SWZ;
- 3) art. 16 pkt 1 w związku z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Infomex (dalej zwanego również „przystępującym”), jako najkorzystniejszej poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez niego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem swej oferty;
- 4) dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty. Podnosił, iż Zamawiający w sposób arbitralny i dowolny dokonał oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez niego w toku postępowania, co finalnie skutkowało bezpodstawnym odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący wskazał, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert z dnia 04.08.2023 r. Zamawiający powołał się w istocie na trzy kwestie, które w jego ocenie determinowały odrzucenie jego oferty.

Pierwszą z nich jest rzekoma błędna kalkulacja ceny w zakresie dostępu do łącza internetowego. Zamawiający podnosi, iż koszt łącza internetowego przez okres obowiązywania umowy został oszacowany na poziomie 4 428,00 zł brutto, co daje w skali miesiąca wartość 123,00 zł brutto. Ma się to klócić z twierdzeniami Spółki, iż między innymi usługa dostępu do Internetu odpowiada występującym cenom rynkowym (Odwołujący przedstawił faktury, które są rzekomo niespójne z wyjaśnieniami).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie przyjął, iż na kwotę brutto ceny za łącza internetowe składa się jedynie sam koszt dostępu do Internetu. Odwołujący wskazał, że w swoich wyjaśnieniach przedstawił, iż łącznie zaoferowana przez niego cena w zakresie dostępu do Internetu wynosi 22.140,00 zł brutto, co w skali miesiąca daje kwotę 615,00 zł brutto. Wyszczególniono Zamawiającemu składniki rzeczowej kwoty. Wartości, które widnieją na załączonych do Wyjaśnień fakturach nie obrazują jedynie samego kosztu realizowania usługi, ale uwzględniają także jego zysk. Odwołujący podniósł, że jedna z załączonych faktur dokumentująca należność jego Spółki z tytułu świadczenia usługi dostępu do Internetu opiewa na kwotę 430,00 zł netto (528,90 zł brutto), druga zaś na kwotę 500,00 zł netto (615,00 zł brutto). Zdaniem odwołującego z powyższego wyraźnie widać, iż zaoferowana w Postępowaniu cena odpowiada cenom rynkowym. Odwołujący wskazał, że świadczy na rzecz innych podmiotów tożsame usługi w cenach zbliżonych, jak i nawet niższych od zaoferowanych Zamawiającemu. Nie może być zatem mowy o jakiegokolwiek niespójności w omawianym zakresie po jego stronie. To Zamawiający zaniechał wnikliwej analizy kalkulacji zawartej w Wyjaśnieniach.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający podnosi, iż istotnym kosztem, który został nieprawidłowo skalkulowany przez niego jest ciężar wynagrodzeń pracowników. Spółka miała bowiem nie uwzględnić kosztów pracodawcy wynikających z zatrudnienia i bazować jedynie na kwotach zawartych w umowach o pracę, co z kolei świadczy o tym, że koszty osobowe mają być znacząco niższe od tych rzeczywiście ponoszonych przez niego.

Odwołując się do powyższego odwołujący wskazał, iż kwestia nieuwzględnienia w Wyjaśnieniach kosztów ponoszonych przez niego jako pracodawcę została poruszona w jego przystąpieniu do postępowania odwoławczego z dnia 20.07.2023 r. (przekazane Zamawiającemu w tym dniu). Spółka wskazała tam, iż koszty te nie zostały przez nią uwzględnione omyłkowo. Podkreślono natomiast, iż doliczenie kosztów pracodawcy z tytułu zatrudniania pracowników pozostanie bez wpływu na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia po cenie wskazanej w ofercie. Będzie to natomiast miało znaczenie dla planowanego zysku Spółki, który ulegnie zmniejszeniu do około 35 %, co jednak wciąż jest satysfakcjonujące dla niego.

Zdaniem odwołującego, analiza argumentacji Zamawiającego w zakresie, w jakim odnosi się do kwestii zmniejszenia zysku Spółki, w związku z „doliczeniem” kosztów pozapłacowych prowadzi do wniosku, iż w ocenie Zamawiającego pułap, o który zostanie zmniejszony rzeczony zysk świadczy o tym, że cena jest rażąco niska. Zdaniem odwołującego, Zamawiający tymczasem wykazał się niezrozumieniem jego argumentacji. W informacji o wyborze z dnia 04.08.2023 r. podniesiono, iż zysk ulegnie zmniejszeniu o około 35 %, tymczasem w jego piśmie z dnia 20.07.2023 r. mowa jest o tym, że ulegnie on zmniejszeniu do około 35%. Mając na uwadze treść wyjaśnień, gdzie mowa jest o zysku ponad 40 %, wnioskować należy, że zysk ten ulegnie zmniejszeniu o ponad 5%.

Kolejno odwołujący wskazał, że następnymi przejawami udzielenia rzekomo niewystarczających wyjaśnień miało być zaniechanie odniesienia się przez niego w Wyjaśnieniach do kosztów związanych z zakończeniem umowy oraz brak oszacowania kosztu przygotowania dokumentacji i jej aktualizacji w okresie obowiązywania umowy.

Odwołujący podniósł, że w żądaniu złożenia wyjaśnień z dnia 15.06.2023 r. Zamawiający nie wyszczególnił obowiązku wskazania przez niego ww. kosztów. Abstrahując od powyższego odwołujący argumentował, iż wobec braku precyzji co do tego jak dokładnie ma wyglądać proces zwrotu sprzętu, nie był on w stanie podać szacunkowej kwoty, która może być poniesiona z tego tytułu. Niemniej jednak przewidywał, iż koszt tych usług oraz koszty związane z dokumentacją zostaną pokryte z zakładanego budżetu zapasowego (na powyższe zwrócono uwagę w przystąpieniu z dnia 20.07.2023 r.).

Zdaniem odwołującego kwestie, o których mowa w §9 umowy oraz §4 ust. 3 umowy dla przedmiotu zamówienia mają charakter incydentalny. Odwołujący szacował, iż w skali ceny przedstawionej w ofercie koszty dotyczące ww. aspektów będą znikome. Analogiczną uwagę należy poczynić odnośnie braku uwzględnienia w wyjaśnieniach wspomnianych kosztów pozapłacowych. Zdaniem odwołującego ich doliczenie pozostanie bez wpływu na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia po cenie wskazanej w jego ofercie. Odwołujący uważał, że w dalszym ciągu będzie mógł liczyć na zysk w stawce, która nie uchybia regułom rynkowym.

Kolejno odwołujący wskazał, że jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający przywołuje także art. 226 ust. 1 pkt 5)

Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W przedmiotowej sprawie rzeczona niezgodność ma polegać na rzekomym braku zapewnienia przez niego łącza do co najmniej 2 operatorów telekomunikacyjnych oraz braku zapewnienia przełączenia ruchu na łącze zapasowe w przypadku uszkodzenia łącza podstawowego.

W ocenie Zamawiającego o powyższym ma przesądzać to, że z przedstawionych dowodów nie wynika, iż odwołujący zapewni Zamawiającemu drugie, niezależne łącze internetowe. Ponadto Zamawiający powołuje się na twierdzenia odwołującego odnośnie braku konieczności nawiązywania współpracy z podmiotami trzecimi oraz dotyczące nabywania usługi dostępu do Internetu w hurtowych cenach.

W pierwszej kolejności odwołujący zwracał uwagę, iż Zamawiający nie żądał od niego złożenia dowodów na okoliczność zapewnienia drugiego, niezależnego łącza internetowego. Zakres wyjaśnień miał dotyczyć wyliczenia ceny wykonania zamówienia. Koszty związane z aspektami, o których mowa w §4 pkt 1.4 Załącznika nr 1C do SWZ oraz w ust. 5 Załącznika nr 1 do umowy zostały uwzględnione w ramach kalkulacji ceny w zakresie dostępu do Internetu, na co zwrócono uwagę w jego piśmie z dnia 20.07.2023 r. Mianowicie chodzi o koszt utrzymania adresacji IP, koszt utrzymania styków operatorskich (styki z innymi operatorami), peeringów (peering-wymiana ruchu pomiędzy dostawcami usług internetowych) oraz redundancji (system zapasowy).

Zdaniem odwołującego nie sposób zgodzić się zatem z tym, iż przedłożona przez niego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający błędnie zrozumiał twierdzenia Spółki dotyczące świadczenia przez nią usług w konkurencyjnych cenach. Odwołujący wskazywał, że jego wyjaśnienia odnoszą się do tego, że nie każdy dostawca usług kolokacji jest zarejestrowany w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej jako operator telekomunikacyjny. Wówczas realnym świadczeniodawcą usługi dostępu do Internetu do kolokowanych serwerów muszą być inne podmioty, na których dany wykonawca musi polegać. Firmy, które nie są zarejestrowane jako operator telekomunikacyjny nie mogą świadczyć rzeczonych usług. Spółka, będąc natomiast operatorem telekomunikacyjnym może samodzielnie świadczyć na terenie Polski usługi dostępu do Internetu. Ergo nie musi w tym przedmiocie nawiązywać współpracy, co ma wpływ na znaczące obniżenie kosztów. Nie oznacza to jednak, iż nie nabywa od on zewnętrznych dostawców (również Tier1) dostępu do Internetu, co zresztą wynika z treści Wyjaśnień ("(...)nabywa rzeczoną usługę w hurtowych cenach (...)")

Zdaniem odwołującego wszystkie elementy, które wg Zamawiającego rzekomo nie zostaną zapewnione przez niego zostały uwzględnione. Ich niski koszt natomiast w przypadku łącza podstawowego wynika z faktu, iż odwołujący jest operatorem telekomunikacyjnym. Z kolei niski koszt redundancji czyli łącza zapasowego jest możliwy dzięki posiadaniu przez niego współpracy z operatorem, z którym usługi rozliczane są w 95 percentylu z tak zwanym commitmentem. Oznacza to, że odwołujący ponosi koszt wyłącznie za zużyty ruch do Internetu zgodnie z 95 percentylem, co w przypadku łącza zapasowego generuje minimalny koszt, który został ujęty jako redundancja.

Tytułem wyjaśnienia odwołujący podnosił, iż rzeczona metoda jest powszechnie stosowana w telekomunikacji. Na pobranych w miesiącu 8640 pomiarów zużycia łącza, posortowanych od największego do najmniejszego, odrzuca się 5% najwyższych, czyli 432 pomiarów. Idąc dalej, oznacza to 36 możliwych godzin w miesiącu generowania ruchu internetowego, który nie będzie powodował powstania dodatkowych kosztów po jego stronie.

Odwołujący argumentował, że w jego serwerowni w przeciągu ostatnich 6 lat nie było awarii łącza podstawowego do kolokacji. Przyjmując jednak, że w okresie obowiązywania umowy doszłoby np. do 6 awarii, trwających po 5 godzin, to wówczas nie poniesie on z tego tytułu żadnych dodatkowych kosztów.

Odwołujący podniósł także, że dokonanie wyboru oferty Infomex, niebędącej najkorzystniejszą cenowo stoi w sprzeczności z rozumieniem definicji oferty najkorzystniejszej, jako oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferty z najniższą ceną lub kosztem, a nadto godzi w zasadę, iż udzielenie zamówienia winno być dokonywane w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację. Zdaniem odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Infomex, pomimo, iż nie jest ona najkorzystniejsza.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Infomex sp. z o.o. w Żywcu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia odwołującego co do ceny ofertowej, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i

rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

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

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

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

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMMVM.

Ustalono także, że w Załączniku nr 1C do SWZ – projektowane postanowienia umowy, zamawiający wymagał m.in.:

§ 4 pkt 1.4.

Dla zapewnienia ciągłości usług i zminimalizowania skutków awarii łącz telekomunikacyjnych Serwerownia posiada minimum 2 niezależne łącza dostępu do sieci internetowej w tym co najmniej 1 operatora klasy TIER I/TIERII w oparciu o protokół BGP.

§ 4 ust. 3

Wykonawca po zakończeniu prac instalacyjnych zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu jednego egzemplarza dokumentacji powykonawczej odzwierciedlającej stan faktyczny zainstalowanego Sprzętu komputerowego

Zamawiającego wraz z numerami seryjnymi urządzeń, wykonanych połączeń, instalacji, aktualnej lokalizacji urządzeń wewnątrz Szaf, wykazu wykonanych połączeń pomiędzy Sprzętem komputerowym Zamawiającego w terminie 14 dni od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług kolokacji. Dokumentacja będzie zawierać również parametry techniczne Systemów, ustawienia na routerach i urządzeniach sieciowych oraz dokumentację zdalnego dostępu.

§9

Zwrot Sprzętu komputerowego będącego własnością Zamawiającego

1. Po wygaśnięciu, odstąpieniu od umowy lub rozwiązaniu niniejszej umowy, zwrot Sprzętu komputerowego Zamawiającego zostanie potwierdzony przez upoważnionych przedstawicieli Stron „Protokołem Zdawczo-Odbiorczym”.
2. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia do akceptacji Zamawiającego harmonogramu demontażu i zwrotu Sprzętu komputerowego na wezwanie Zamawiającego, w terminie 2 dni od otrzymania wezwania. Protokół demontażu oraz zwrot Sprzętu komputerowego Zamawiającego nastąpi najpóźniej w ostatnim dniu obowiązywania niniejszej umowy.
3. Wykonawca zdemontuje zainstalowany Sprzęt komputerowy Zamawiającego oraz wykonane połączenia we własnym zakresie i na własny koszt.
4. W przypadku nieusunięcia przez Wykonawcę Sprzętu komputerowego Zamawiającego w terminie określonym w harmonogramie, o którym mowa w ust. 2, Zamawiający będzie miał prawo zdemontować oraz zabezpieczyć Sprzęt komputerowy na koszt i ryzyko Wykonawcy.
5. W przypadku demontażu wykonanego przez Zamawiającego zgodnie z ust. 4, Zamawiający podpisuje Protokół Zdawczo-Odbiorczy bez udziału Wykonawcy, zamieszczając w nim informację o konieczności dokonania jednostronnego odbioru, ze względu na nieobecność przedstawiciela Wykonawcy.

Ustalono także, że w ust. 5 załącznika nr 1 do umowy zamawiający wymagał:

Na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych UMWM zostanie zapewnione łącze do Internetu na wyłączne potrzeby Zamawiającego o przepustowości pasma min. 1 Gb/s ze 100% gwarancją przepustowości. Do infrastruktury Zamawiającego Wykonawca zapewni fizycznie rozdzielone redundantne łącze (dwa niezależne linki). W ramach świadczenia usług, Wykonawca zapewni połączenia do co najmniej 2 operatorów telekomunikacyjnych oraz zapewni przełączanie ruchu na łącze zapasowe w przypadku uszkodzenia łącza podstawowego. Wykonawca zapewni dostęp do zasobów również w przypadku awarii łącza jednego z operatorów. Systemy muszą być podczas awarii widziane pod tymi samymi adresami IP, niezależnie od operatora z jakiego sieci nawiązywane będzie połączenie. Urządzenie końcowe Wykonawcy usługi musi udostępniać połączenie za pośrednictwem portów ethernet 100/1000 Mb (gniazdo RJ-45) i proponowana usługa nie może wymuszać rozbudowy urządzeń Zamawiającego.”.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) przystępującego z ceną brutto 1.704.115,80 zł,
- 2) odwołującego z ceną brutto 1.552.279,68 zł,
- 3) wykonawcy Flowberg It Sp. z o.o. z ceną brutto 1.720.543,68 zł,
- 4) wykonawcy Netia S.A. z ceną brutto 2 224 155,41 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 3.336.498,00 zł brutto.

(por. informacja z o ww. kwocie, w protokole postępowania).

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z 15 czerwca 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów. W wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje:

Zaoferowana przez Państwa cena oferty brutto wynosząca 1 552 279,68 zł wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, szczególnie w zakresie ceny za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego. wynoszącej 14 206,50 zł miesięcznie która jest niższa o ponad 30% od średniej cen za tę usługę obliczonej na podstawie ofert złożonych w postępowaniu (wynoszącej: 25 905,03 zł). W wyjaśnieniach, Zamawiający wymaga odniesienia się do ceny oferty brutto, ze szczególnym uwzględnieniem kosztów kolokacji.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny zawartej w Państwa ofercie, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji świadczonych usług,
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw lub usług,
- 3) oryginalności dostaw lub usług oferowanych przez Państwa,
- 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 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.

Z uwagi na znaczenie przepisu wynikającego z art. 224 ust. 4 ustawy, Zamawiający żąda w szczególności wyjaśnień, co najmniej w zakresie określonym w pkt. 4 i 6 powyżej, dlatego treść Państwa wyjaśnień oprócz informacji na temat uwzględnienia w cenie oferty elementów wymienionych powyżej (pkt. 1 – 8) winna obejmować swym zakresem w szczególności informacje dotyczące kosztów pracy oraz przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego tj. m.in.:

1) czy do zaoferowanej ceny zostały wliczone koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie?

2) czy cenę oferty wyliczono zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie?

Ponadto Zamawiający wymaga, aby w wyjaśnieniach została przedstawiona kalkulacja zaoferowanej ceny obejmująca kwoty brutto (tj. razem z VAT) zawierające ceny (wraz z dowodami – w elementach, w których to możliwe) m.in. za:

1) łącza internetowe,

2) łącza światłowodowe,

3) koszty przeniesienia kolokowanego sprzętu,

4) koszty ubezpieczenia sprzętu na czas relokacji

5) koszty zarządzania: m.in. systemami operacyjnymi, bazami danych, uprawnieniami i użytkownikami, wirtualizacją VMware, kopiami bezpieczeństwa,

6) koszty monitoringu sieciowego,

i inne koszty (jeśli takie występują).

(por. wezwanie z dnia 15 czerwca 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 23 czerwca 2023 r. W wyjaśnieniach tych odwołujący wskazał, co następuje:

(...) Wykonawca w tym miejscu podnosi, iż zaoferowana przez niego cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. Punktem wyjścia do wykazania powyższego będzie przedstawienie i omówienie kalkulacji zaoferowanej ceny w zakresie usługi kolokacji

I. KALKULACJA ZAOFEROWANEJ CENY W ZAKRESIE USŁUGI KOLOKACJI

Przy określeniu wskazanej w ofercie ceny Wykonawca uwzględnił następujące elementy:

1. przeniesienie sprzętu Zamawiającego;

2. monitoring sieciowy oraz administrowanie/zarządzanie infrastrukturą Zamawiającego;

3. wycenę łącza internetowego;

4. wycenę łącza światłowodowego;

5. wycenę kolokacji.

Ad. 1.

Sumaryczny koszt transportu został określony na kwotę 11 843,00 zł brutto. Założony natomiast dla tego aspektu zamówienia zysk kształtuje się na poziomie 14 725,00 zł. Łącznie zatem zaoferowana przez Spółkę w rzeczonym zakresie cena wynosi 26 568,00 zł brutto.

Zgodnie z treścią §4 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 1C do SWZ) Wykonawca zobowiązany jest do wykonania na własny koszt odbioru sprzętu komputerowego Zamawiającego z obecnego miejsca świadczenia usługi kolokacji (żywiec ul. Wesola 19b), pakowania sprzętu w folie zabezpieczające (bąbelkowe) lub pudełka kartonowe oraz dostarczenia go do miejsca świadczenia usługi przez Wykonawcę.

Spółka w oparciu o przeprowadzoną analizę rynku poczyniła ustalenia, iż koszty przewozu mogą kształtować się na poziomie około 4 920,00 zł brutto. Jedna z niższych, przedstawionych przez podmioty trzecie ofert w rzeczonym zakresie została wyceniona na kwotę 1 900,00 zł netto (2 237,00 zł brutto). Inny oferent określił cenę transportu na kwotę 3 500,00

zł brutto.

Wykonawca skalkulował także wysokość wydatków na materiały przeznaczone do pakowania sprzętu Zamawiającego 2 349,00 zł brutto. Przy ustaleniu ceny wzięto także pod uwagę ubezpieczenie sprzętu na czas relokacji. Łączna składka jednorazowa wynosi 2 270,00 zł.

Dowód:

1. oferta Lider Przeprowadzki Dawid Lizak z dnia 19.06.2023 r.;
2. oferta NAJ TRANS z dnia 23.06.2023 r.;
3. zrzut ekranu ze strony sklepu internetowego – cena opakowania kartonowego;
4. zrzut ekranu ze strony sklepu internetowego – cena folii bąbelkowej;
5. zrzut ekranu ze strony sklepu internetowego - cena taśmy do pakowania;
6. oferta Warta S.A. – wycenienie składki ubezpieczenia mienia w transporcie.

Przy realizacji transportu, czynnościach dotyczących inwentaryzacji sprzętu Zamawiającego oraz odtworzenia połączeń dojdzie do zaangażowania zasobów ludzkich Spółki.

Wykonawca uwzględnił konieczność uczestnictwa przy transporcie (załadunek, rozładunek, rozlokowanie sprzętu w serwerowni) 2 swoich pracowników. Wygeneruje to po stronie Spółki koszt w wysokości 1 280,00 zł brutto. Celem dalszych wyjaśnień przy niniejszym wskazuje się, iż wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 5 375,43 zł brutto, drugiego zaś 5 375,51 zł brutto. Na potrzeby oszacowania kosztów ponoszonych w ramach transportu Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 5 375,47 zł brutto. Zakłada się, iż czas, jaki zostanie poświęcony na ww. działania to 20 godzin na każdego pracownika, co przy wysokości średniej wynagrodzeń daje stawkę 32,00 zł brutto za godzinę. Spółka zaznacza w tym miejscu, iż czynności składające się na transport mogą być wykonywane nawet przez kilka dni.

Przewiduje się, iż do inwentaryzacji zostanie oddelegowanych 2 pracowników. Czas, jaki zostanie poświęcony na ww. działania to 8 godzin na każdego pracownika. Wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 5 375,43 zł brutto, drugiego zaś 5 375,51 zł brutto. Na potrzeby oszacowania kosztów ponoszonych z tego tytułu Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 5 375,47 zł brutto. Stawka za godzinę pracy wynosi 32,00 zł brutto. Wygeneruje to po stronie Spółki koszt w wysokości 512,00 zł brutto.

W przypadku odtworzenia połączeń liczba pracowników to 2. Przewidywany czas podejmowania przez nich czynności w ramach rzeczzonego odtworzenia to 8 godzin na każdego pracownika. Koszty z tym związane będą wynosiły 512,00 zł brutto (dla obliczenia wskazanej wartości poczyniono analogiczne obliczenia jak w przypadku transportu oraz inwentaryzacji).

Ad.2.

Jeżeli chodzi natomiast o aspekt zamówienia związany z monitoringiem sieciowym oraz administrowaniem/zarządzaniem infrastrukturą Zamawiającego, to łącznie zaoferowana przez Spółkę w rzeczonym zakresie cena wynosi 126 198,00 zł brutto. Na powyższe składają się koszty, jakie Wykonawca musi ponieść tytułem uiszczenia wynagrodzeń dla zatrudnionych przez niego pracowników, a mianowicie:

1. dwóch pracowników przy wdrożeniu w infrastrukturę Zamawiającego - wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 11 783,08 zł brutto, drugiego zaś 10 571,31 zł brutto. Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 11 177,19 zł brutto. Zakłada się, iż czas, jaki zostanie poświęcony na ww. działania to 30 godzin na każdego pracownika, co przy wysokości średniej wynagrodzeń daje stawkę 66,53 zł brutto za godzinę, a więc łączny koszt wynosi 3991,80 zł brutto;
2. dwóch pracowników sprawujących pieczę nad bieżącą administracją infrastruktury Zamawiającego - wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 11 783,08 zł brutto, drugiego zaś 10 571,31 zł brutto. Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 11 177,19 zł brutto. Zakłada się, iż czas, jaki zostanie poświęcony na ww. działania to 40 godzin na każdego pracownika w skali miesiąca, co przy wysokości średniej wynagrodzeń daje stawkę 66,53 zł brutto za godzinę, a więc łączny koszt wynosi 95 803,20 zł brutto;
3. dwóch pracowników przy wdrożeniu systemu monitoringu Zamawiającego - wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 11 783,08 zł brutto, drugiego zaś 10 571,31 zł brutto. Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 11 177,19 zł brutto. Zakłada się, iż czas, jaki zostanie poświęcony na ww. działania to 30 godzin na każdego pracownika, co przy wysokości średniej wynagrodzeń daje stawkę 66,53 zł brutto za godzinę, a więc łączny koszt wynosi 3991,80 zł brutto;
4. pracownik sprawujący pieczę nad bieżącą obsługą systemu monitoringu Zamawiającego - przewidywana ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi 5 h. W tym miejscu Spółka wyjaśnia, iż rzeczone czynności mogą być wykonywane zamiennie przez pracowników otrzymujących różne wynagrodzenia zasadnicze. Wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 5 375,43 zł brutto, drugiego zaś 5 375,51 zł brutto. Na potrzeby oszacowania kosztów Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 5 375,47 zł brutto. Stawka za godzinę pracy wynosi 32,00 zł brutto.

Wygeneruje to po stronie Spółki koszt 5760,00 zł brutto.

Łączny koszt wynosi 109 547,00 zł brutto. Pozostała część zaoferowanej ceny stanowi zysk Wykonawcy.

Ad.3.

Łącznie zaoferowana przez Spółkę cena w zakresie dostępu do Internetu wynosi 22 140,00 zł brutto. Na powyższe składa się:

1. koszt dostępu do Internetu przez okres obowiązywania umowy - 4 428,00 zł brutto;
2. pracownik wykonujący czynności monitoringu łącza oraz zajmujący się obsługą serwisową - przewidywana ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi 2 h. W tym miejscu Spółka wyjaśnia, iż rzeczzone czynności mogą być wykonywane zamiennie przez pracowników otrzymujących różne wynagrodzenia zasadnicze. Wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 5 375,43 zł brutto, drugiego zaś 5 375,51 zł brutto. Na potrzeby oszacowania kosztów Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 5 375,47 zł brutto. Stawka za godzinę pracy wynosi 32,00 zł brutto. Wygeneruje to po stronie Spółki koszt w wysokości 2 304,00 zł brutto.
3. koszt jednego pracownika zajmującego się obsługą biura (księgowość, rozliczenia)- przewidywana ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi 1 h, co przy wysokości otrzymywanego przez niego wynagrodzenia (4457,24 zł brutto) daje stawkę 26,53 zł brutto za godzinę, a więc łączny koszt wynosi 955,08 zł brutto;
4. koszt amortyzacji urządzeń, serwisu sprzętu operatora, utrzymania wsparcia urządzeń, utrzymania sieci pasywnej w okresie obowiązywania umowy - 2 214,00 zł brutto;
5. zysk Wykonawcy w wysokości 12 239,00 zł.

Ad.4.

Łącznie zaoferowana przez Spółkę cena dotycząca łącznej transmisji danych wynosi 17 712,00 zł brutto. Na powyższe składa się:

1. pracownik wykonujący czynności monitoringu łącza oraz zajmujący się obsługą serwisową - przewidywana ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi 1 h. W tym miejscu Spółka wyjaśnia, iż rzeczzone czynności mogą być wykonywane zamiennie przez pracowników otrzymujących różne wynagrodzenia zasadnicze. Wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 5 375,43 zł brutto, drugiego zaś 5 375,51 zł brutto. Na potrzeby oszacowania kosztów Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 5 375,47 zł brutto. Stawka za godzinę pracy wynosi 32,00 zł brutto. Wygeneruje to po stronie Spółki koszt w wysokości 1 152,00 zł brutto.
2. koszt jednego pracownika zajmującego się obsługą biura (księgowość, rozliczenia)- przewidywana ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi 1 h, co przy wysokości otrzymywanego przez niego wynagrodzenia (4457,24 zł brutto) daje stawkę 26,53 zł brutto za godzinę, a więc łączny koszt wynosi 955,08 zł brutto;
3. koszt amortyzacji urządzeń, serwisu sprzętu operatora, utrzymania wsparcia urządzeń, utrzymania sieci pasywnej w okresie obowiązywania umowy - 2 214,00 zł brutto;
4. zysk Wykonawcy w wysokości 13 391,00 zł.

Ad.5.

Kalkulacje Wykonawcy dotyczące ceny kolokacji 5 szaf Zamawiającego przedstawiają się następująco:

1. pracownik wykonujący czynności monitoringu infrastruktury serwerowni, usługi remote hands - przewidywana ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi 5 h. W tym miejscu Spółka wyjaśnia, iż rzeczzone czynności mogą być wykonywane zamiennie przez pracowników otrzymujących różne wynagrodzenia zasadnicze. Wynagrodzenie zasadnicze jednego pracownika wynosi 5 375,43 zł brutto, drugiego zaś 5 375,51 zł brutto. Na potrzeby oszacowania kosztów Wykonawca obliczył średnią wskazanych wynagrodzeń, tj. 5 375,47 zł brutto. Stawka za godzinę pracy wynosi 32,00 zł brutto. Wygeneruje to po stronie Spółki koszt w wysokości 5 760,00 zł brutto.
2. koszt jednego pracownika zajmującego się obsługą biura (księgowość, rozliczenia)- przewidywana ilość roboczogodzin w miesiącu wynosi 2 h, co przy wysokości otrzymywanego przez niego wynagrodzenia (4457,24 zł brutto) daje stawkę 26,53 zł brutto za godzinę, a więc łączny koszt wynosi 1 910,16 zł brutto;
3. koszty wynikające z biznesplanu serwerowni w okresie obowiązywania umowy - 138 375,00 zł brutto;
4. zysk Wykonawcy w wysokości 141 775,00 zł.

Wykonawca w przygotowanym zestawieniu uwzględnił także zabezpieczenie dodatkowych, nieprzewidzianych kosztów, które mogą pojawić się w okresie realizacji zamówienia. Kwota na ten cel to 30 996,00 zł brutto.

Przedstawiona powyżej kalkulacja zawiera zarówno zestawienie kosztów, które Spółka poniesie w związku z realizacją zamówienia, jak i uwzględnia szacowany zysk. Suma przewidywanych kosztów kształtuje się na poziomie 303 796,68 zł, zaś zysku 207 637,32 zł. Udział zysku w ofercie stanowi 40,60 %.

Wprawdzie w omawianej kalkulacji nie zostało to uwzględnione, ale dla wyczerpującego udzielenia Zamawiającemu wyjaśnień Spółka w tym miejscu odniesie się do oszacowanego kosztu za energię elektryczną.

Jak wynika z treści oferty szacowana cena za energię elektryczną wynosi 1 040 845,68 zł brutto. Aktualnie Spółka płaci za energię około 1,14 zł netto za kWh z uwzględnieniem PUE, co przy 70 A stanowiłoby kwotę łączną przy całej

długości umowy około 593282, 04 zł brutto. Różnica ww. kwot stanowi zabezpieczenie Spółki na wypadek drastycznych wzrostów cen energii, co miało zresztą miejsce w minionym roku.

II. WYJAŚNIENIA DOTYCZĄCE ZAISTNIENIA PRZYCZYN, O KTÓRYCH MOWA W ART. 224 UST. 3 USTAWY O PRAWACH KONSUMENTÓW NA WPLYWU NA CENĘ OFERTY

Wykonawca dysponuje szerokim doświadczeniem, co przekłada się na znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia oraz posiadanie wiedzy związanej z rzeczywistymi nakładami pracy, jakie trzeba przewidzieć na realizację tego typu przedsięwzięcia. Dzięki doświadczeniu zdobytemu przy podobnych zamówieniach Spółka jest w stanie zniwelować ryzyka, które powinny zostać uwzględnione w cenie ofertowej.

Spółka posiada zespół wysoko wykwalifikowanych administratorów sieci oraz systemów, którzy są zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę. Za sprawą powyższego nie zachodzi konieczność angażowania dodatkowych kooperantów, co bez wątpienia ma wpływ na obniżenie kosztów. Podkreślenia przy niniejszym wymaga jeszcze fakt, iż siedziba Spółki znajduje się w bardzo bliskiej odległości do miejsca położenia serwerowni, co bez wątpienia redukuje koszty związane z zakwaterowaniem pracowników, dietami związanymi z pracą w delegacji, dojazdami, transportem materiałów, sprzętu czy osób.

Kolejnym elementem cenotwórczym jest to, że wchodzące w skład zamówienia usługi telekomunikacyjne, a mianowicie dostęp do Internetu, z racji, iż Spółka jest operatorem telekomunikacyjnym, mogą być świadczone w bardzo konkurencyjnych cenach. Wykonawca bowiem nabywa rzeczoną usługę w hurtowych cenach i nie musi polegać na zdolnościach innych podmiotów w tym zakresie.

Innym istotnym elementem zamówienia są usługi łącza transmisji danych. Analogicznie jak w przypadku usługi dostępu do Internetu, Wykonawca nie musi nawiązywać współpracy z podmiotami trzecimi, co rzecz jasna ma przełożenie na redukcję kosztów, aby zapewnić łącze transmisji danych. Spółka może zaoferować w tym zakresie niższą cenę z uwagi na fakt, iż posiada swoją infrastrukturę kablową przy ul. Raclawickiej 56 w Krakowie, gdzie znajduje się jedna z siedzib Zamawiającego, w której rzeczona usługa ma być zresztą świadczona.

W końcu należy odnieść się do okoliczności, które mają wpływ na cenę oferty w zakresie usługi kolokacji 5 szaf. W pierwszym kwartale 2022 r. Spółka zakończyła budowę nowoczesnego Data Center. Serwerownia jest aktualnie wypełniona w niewielkim stopniu. Wykonawca dysponuje zatem wolnymi szafami na potrzeby realizacji zamówienia. Wykonawca pragnie w tym miejscu podkreślić, iż w związku ze świadczeniem tej usługi na rzecz Zamawiającego nie pojawiają się żadne dodatkowe koszty. Bez względu na zakres zapełnienia serwerowni, Spółka ponosi określone stałe koszty takie jak np. koszty serwisów jednostek klimatyzacyjnych, agregatu czy też koszty wynajęcia lokalu. Powyższe znajduje rzecz jasna odzwierciedlenie w wycenie omawianej usługi, co zostało zaprezentowane w przygotowanej przez Spółkę kalkulacji.

W kontekście usługi dostępu do Internetu, usługi łącza transmisji danych oraz usługi kolokacji, celem wykazania, że zaoferowane przez Wykonawcę ceny dotyczące tychże usług nie są rażąco niskie i odpowiadają występującym cenom rynkowym, Spółka w tym miejscu podnosi, iż świadczy na rzecz innych podmiotów tożsame usługi w cenach zbliżonych, jak i nawet niższych od zaoferowanych Zamawiającemu. Jak wynika z kalkulacji cena usługi za dostęp do Internetu (1/1Gbps) kształtuje się na poziomie 500,00 zł netto miesięcznie. Łącze transmisji danych (1/1Gbps) zostało wycenione na 400,00 zł netto miesięcznie. Zaś usługa kolokacji (w przeliczeniu na jedną szafę) to 1300,00 zł netto miesięcznie. Poniżej Spółka zamieszcza przykładowe zestawienie usług i ich cen stosowanych we współpracy z innymi podmiotami.

1. usługa dostępu do Internetu (1/1Gbps) – 430,00 zł netto miesięcznie;
2. usługa dostępu do Internetu (1/1Gbps) – 500,00 zł netto miesięcznie;
3. usługa łącza transmisji danych (1/1Gbps) – 200,00 zł netto miesięcznie;
4. usługa dostępu do Internetu (1/1Gbps) – 500,00 zł netto miesięcznie oraz usługa łącza transmisji danych (1/1Gbps) – 139,00 zł netto miesięcznie;
5. WOJEWÓDZTWO MAŁOPOLSKIE (Zamawiający) - usługa dostępu do Internetu (2/2Gbps) – 690,00 zł netto miesięcznie oraz usługa dostępu do Internetu (10/10Gbps) – 2 000,00 zł netto miesięcznie (w przeliczeniu na 1/1Gbps odpowiednio 345,00 zł netto i 200,00 zł netto) usługa łącza transmisji danych (1/1Gbps) – 172,00 zł netto miesięcznie;
6. usługa kolokacji szafy – 1 400,00 zł netto miesięcznie;
7. usługa kolokacji szafy – 1 000,00 zł netto miesięcznie oraz usługa łącza transmisji danych (1/1Gbps) – 150,00 zł netto miesięcznie.

Wykonawca załącza również dokument księgowy wystawiony przez podmiot świadczący na jego rzecz usługę kolokacji. Cena uiszczana z tego tytułu przez Spółkę wynosi 900,00 zł netto miesięcznie za szafę.

Dowód:

1. Faktura VAT FV/ERP/000109/06/23;
2. Faktura VAT FV/ERP/000185/06/23;
3. Faktura VAT FV/ERP/000696/06/23;

4. Faktura VAT FV/ERP/000396/06/23;
5. Faktura VAT FV/ERP/000199/06/23;
6. Faktura VAT FV/ERP/000188/06/23;
7. Faktura VAT FV/ERP/000142/06/23;
8. Faktura VAT FP141730154.

Jednym z głównych składników wynagrodzenia Wykonawcy są koszty ponoszone w związku z zaangażowaniem odpowiedniego personelu. Wykonawca wskazuje, że wynagrodzenia dla personelu ustalono na podstawie stawek wynagrodzeń odpowiadającym poszczególnym kategoriom pracowników. Wskazane w opracowanej przez Spółkę kalkulacji zestawienia kosztów pracy uwzględniają minimalne wynagrodzenie za pracę określone odpowiednimi przepisami. Pracownicy Wykonawcy otrzymują wynagrodzenie na bieżąco, w kwotach przekraczających minimalne wynagrodzenie określone przepisami prawa. Z daleko posuniętej ostrożności Wykonawca wskazuje, że wartość wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem personelu przyjęta do ustalenia ceny jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wykonawca uwzględnił w kosztach również wszystkie koszty jakie ponosi pracodawca lub zleceniodawca w związku z zatrudnieniem danej osoby, zgodnie z przepisami prawa, w szczególności przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego.

Dowód:

1. umowa o pracę z dnia 10.10.2017 r. na stanowisko Główny administrator sieci wraz z aneksem do umowy ;
2. umowa o pracę z dnia 01.08.2017 r. na stanowisko Kierownik Centrum Zarządzania Siecią wraz z aneksami do umowy;
3. umowa o pracę z dnia 25.01.2023r. na stanowisko Operator NOC wraz z aneksem do umowy;
4. umowa o pracę z dnia 22.02.2023 r. na stanowisko Operator NOC;
5. umowa o pracę z dnia 26.11.2020 r. na stanowisko Sekretarka wraz z aneksem do umowy.

Wykonawca wyjaśnia, że nie korzysta z pomocy publicznej, uwzględnił wszystkie wymogi wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Przy realizacji zamówienia Spółka nie będzie korzystała z żadnych podwykonawców. Zgodnie z wiedzą Spółki specyfika przedmiotu zamówienia przemawia za tym, iż nie zachodzi konieczność weryfikacji zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, a co za tym idzie bezprzedmiotowym jest szacowanie kosztów z tym związanych.

Wszystko powyższe potwierdza, że cena zaoferowana przez Spółkę jest jak najbardziej realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia w całości. Jednocześnie powyższe wyjaśnienia potwierdzają, że Wykonawca kalkulując swoją cenę, korzystając z wyjątkowo sprzyjających mu okoliczności nie ma zasadności ewentualne stwierdzenie o jej nierzetelnym oszacowaniu lub rażąco niskiej wysokości.

Wykonawca raz jeszcze podkreśla, iż zaoferowana przez niego cena w żadnej mierze nie może być uznana za cenę rażąco niską, gdyż uwzględnił wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy, jest wyliczona zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz polskim prawem, na podstawie dogłębnej analizy opisu przedmiotu zamówienia oraz oparta jest na realnych i przyjętych w Polsce cenach rynkowych. Zaproponowana przez Wykonawcę cena zapewnia należyte wykonanie całości zamówienia.

(por. wyjaśnienia odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że pismem z 4 sierpnia 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2023 r. podstawie art. 224 ust. 1 ustawy zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, ponieważ zaoferowana przez Wykonawcę cena oferty brutto wynosząca 1 552 279,68 zł wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, szczególnie w zakresie ceny za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego.

Zamawiający wymagał, aby w wyjaśnieniach została przedstawiona kalkulacja zaoferowanej ceny obejmująca kwoty brutto (tj. razem z VAT) zawierające ceny (wraz z dowodami – w elementach, w których to możliwe) m.in. za:

- 1)łącza internetowe,
- 2)łącza światłowodowe,
- 3)koszty przeniesienia kolokowanego sprzętu,
- 4)koszty ubezpieczenia sprzętu na czas relokacji
- 5)koszty zarządzania: m.in. systemami operacyjnymi, bazami danych, uprawnieniami i użytkownikami, wirtualizacją

VMware, kopiami bezpieczeństwa,
6)koszty monitoringu sieciowego,
i inne koszty (jeśli takie występują).

Na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych UMWM Wykonawca miał zapewnić łącza do co najmniej 2 operatorów telekomunikacyjnych oraz zapewnić przełączanie ruchu na łącze zapasowe w przypadku uszkodzenia łącza podstawowego. Koszt łącza internetowego przez okres obowiązywania umowy (36 miesięcy) został przez wykonawcę S-NET oszacowany na poziomie 4 428,00 zł brutto, co daje w skali miesiąca przez okres obowiązywania umowy wartość 123,00 zł brutto. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca przedstawił faktury, które są niespójne z przedstawionymi wyjaśnieniami. Na przedstawionych fakturach widnieją kwoty wyższe niż przedstawione w wyjaśnieniach przez Wykonawcę. Z przedstawionych dowodów nie wynika również, iż Wykonawca zapewni Zamawiającemu wymagane drugie, niezależne łącze internetowe. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał, że „nabywa rzeczoną usługę [tu: dostęp do Internetu] w hurtowych cenach i nie musi polegać na zdolnościach innych podmiotów w tym zakresie” i dalej: „Analogicznie jak w przypadku usługi dostępu do Internetu, Wykonawca nie musi nawiązywać współpracy z podmiotami trzecimi(...)”. Wyjaśnienia te utwierdzają Zamawiającego w przekonaniu, iż Wykonawca nie spełni wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1C do SWZ – projektowanych postanowień umowy, zgodnie z którymi:
•§ 4 pkt 1.4.

"Dla zapewnienia ciągłości usług i zminimalizowania skutków awarii łącz telekomunikacyjnych Serwerownia posiada minimum 2 niezależne łącza dostępu do sieci internetowej w tym co najmniej 1 operatora klasy TIER I/TIERII w oparciu o protokół BGP"

•oraz w ust. 5 Załącznika nr 1 do umowy "Na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych UMWM zostanie zapewnione łącze do Internetu na wyłączne potrzeby Zamawiającego o przepustowości pasma min. 1 Gb/s ze 100% gwarancją przepustowości. Do infrastruktury Zamawiającego Wykonawca zapewni fizycznie rozdzielone redundantne łącze (dwa niezależne linki). W ramach świadczenia usług, Wykonawca zapewni połączenia do co najmniej 2 operatorów telekomunikacyjnych oraz zapewni przełączanie ruchu na łącze zapasowe w przypadku uszkodzenia łącza podstawowego. Wykonawca zapewni dostęp do zasobów również w przypadku awarii łączy jednego z operatorów. Systemy muszą być podczas awarii widziane pod tymi samymi adresami IP, niezależnie od operatora z jakiego sieci nawiązywane będzie połączenie. Urządzenie końcowe Wykonawcy usługi musi udostępniać połączenie za pośrednictwem portów ethernet 100/1000 Mb (gniazdo RJ-45) i zaproponowana usługa nie może wymuszać rozbudowy urządzeń Zamawiającego."

Powyższe udowadnia, iż Wykonawca nie tylko błędnie skalkulował cenę swojej oferty w zakresie dostępu do łącza internetowego, a co więcej jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Istotnym kosztem, który został nieprawidłowo skalkulowany przez Wykonawcę jest ciężar wynagrodzeń pracowników. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca każdorazowo odnosząc się do kosztów pracowniczych posługuje się kwotami zawartymi w umowach o pracę, pomijając zupełnie koszty pracodawcy wynikającego z zatrudnienia, w konsekwencji należy uznać, iż przedstawione koszty osobowe są znacząco niższe od tych rzeczywiście ponoszonych przez Wykonawcę.

Dla przykładu: Monitoring sieciowy oraz administrowanie/zarządzanie infrastrukturą Zamawiającego - Wykonawca S-NET na potrzeby kalkulacji przyjął średnie wynagrodzenie 2 pracowników wynoszące 11 177,19 zł brutto. S-NET nie uwzględnił w swojej kalkulacji kosztów jakie ponosi pracodawca zatrudniając pracowników na umowę o pracę, a przyjął kwotę wynagrodzenia brutto z umowy.

Obliczenie na podstawie <https://wynagrodzenia.pl/kalkulator-wynagrodzen/wyniki>

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 11 177,19 PLN brutto

kwota brutto 11 177,19 PLN

ubezpieczenie emerytalne 1 090,89 PLN

ubezpieczenie rentowe 726,52 PLN

ubezpieczenie wypadkowe 186,66 PLN

Fundusz Pracy 273,84 PLN

FGŚP 11,18 PLN

koszty pracodawcy 13 466,28 PLN

co przy średniej ilości godzin pracy 168 (lipiec 2023r.) daje stawkę godzinową 80,16 zł/godzinę.

Z powyższej kalkulacji wynika, że pracodawca, poza wynagrodzeniem brutto, ponosi dodatkowe obciążenie w wysokości ponad 20% tejże kwoty. Takie określenie kosztów ponoszonych przez Wykonawcę powinno mieć zastosowanie dla wszystkich wyliczeń kosztów pracodawcy z tytułu zatrudniania pracowników, a jego brak nie pozostaje bez wpływu na przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia, albowiem zgodnie z przystąpieniem przekazanym Zamawiającemu w dniu 20 lipca br. Wykonawca wskazał, iż brak uwzględnienia tych kosztów nie będzie miał wpływu na cenę oferty, jednakże będzie miało znaczenia dla planowanego zysku Spółki, który ulegnie zmniejszeniu o około 35 %.

Dodatkowo w wyjaśnieniach Wykonawca nie odniósł się również do kosztów związanych z zakończeniem umowy z Zamawiającym, które zostały określone w § 9 wzoru umowy, w tym m.in. demontażu sprzętu.

Ponadto w przedstawionych wyjaśnieniach Wykonawca S-NET nie oszacował kosztu przygotowania dokumentacji, o czym mowa w § 4 ust. 3 umowy, ani jej późniejszej aktualizacji wynikającej ze zmian w usłudze w trakcie trwania 36 miesięcznej umowy.

Jednocześnie, ze względu na błędy merytoryczne w treści wyjaśnień, w tym stanie faktycznym ponowne wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wezwanie to nie polegałoby bowiem jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wyjaśnień lub wyjaśnieniu dodatkowych elementów, lecz – aby wyjaśnienia w ogóle mogły być zaakceptowane – musiałyby polegać na złożeniu nowych wyjaśnień, bądź też modyfikacji złożonych wyjaśnień.

W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do zastosowania przepisu art. 224 ust. 6 ustawy, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Jednocześnie jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy.

(por. zawiadomienie z dnia 4 sierpnia 2023 r., w aktach sprawy)

Odwwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Jak wynikało z treści wezwania zamawiającego z dnia 15 czerwca 2023 r., zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez odwołującego budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wydaje się rażąco niska. Z chwilą wystosowania wezwania, po stronie odwołującego zaktualizował się obowiązek wykazania, że elementy ceny ofertowej nie są wycenione rażąco nisko. Izba stwierdziła, że rację ma zamawiający, który podniósł w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, że odwołujący nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i w konsekwencji zamawiający, prawidłowo odrzucił jego ofertę.

Jak wskazano wcześniej, przepis art. 224 ust. 6 Pzp stanowi wyraźnie, że jeżeli wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp nie udźwignie ciężaru obalenia domniemania ceny rażąco niskiej, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący nie skalkulował i w konsekwencji jego oferta okazała

się niezgodna z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1C do SWZ – projektowanych postanowień umowy, zgodnie z którymi:

•§ 4 pkt 1.4.

„Dla zapewnienia ciągłości usług i zminimalizowania skutków awarii łącz telekomunikacyjnych Serwerownia posiada minimum 2 niezależne łącza dostępu do sieci internetowej w tym co najmniej 1 operatora klasy TIER I/TIERII w oparciu o protokół BGP”

•ust. 5 Załącznika nr 1 do umowy „Na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych UMWM zostanie zapewnione łącze do Internetu na wyłączne potrzeby Zamawiającego o przepustowości pasma min. 1 Gb/s ze 100% gwarancją przepustowości. Do infrastruktury Zamawiającego Wykonawca zapewni fizycznie rozdzielone redundantne łącze (dwa niezależne linki). W ramach świadczenia usług, Wykonawca zapewni połączenia do co najmniej 2 operatorów telekomunikacyjnych oraz zapewni przełączanie ruchu na łącze zapasowe w przypadku uszkodzenia łącza podstawowego. Wykonawca zapewni dostęp do zasobów również w przypadku awarii łączy jednego z operatorów. Systemy muszą być podczas awarii widziane pod tymi samymi adresami IP, niezależnie od operatora z jakiego sieci nawiązywane będzie połączenie. Urządzenie końcowe Wykonawcy usługi musi udostępniać połączenie za pośrednictwem portów ethernet 100/1000 Mb (gniazdo RJ-45) i zaproponowana usługa nie może wymuszać rozbudowy urządzeń Zamawiającego.”.

Nie można było się zgodzić z odwołującym, że niewyjaśnienie sposobu spełnienia tych wymagań i niezłożenie dowodów na ich skalkulowanie wynikało z tego, że zamawiający w wezwaniu z dnia 15 czerwca 2023 r. nie zapytał go o tą kwestię. Zdaniem Izby, dokładna analiza omawianego wezwania zamawiającego prowadziła do wniosku, że zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, oczekiwał złożenia wyjaśnień i dowodów co do zapewnienia i kalkulacji kosztu „łączy internetowych” (por. str. 3 wezwania). Co istotne, zamawiający użył w treści wezwania liczby mnogiej „łącza internetowe”.

Tymczasem w wyjaśnieniach odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r. była mowa jedynie o jednym łączu. W szczególności odwołujący nie wskazał drugiego operatora w treści wyjaśnień i nie przedstawił w zakreślonym terminie dowodów na zapewnienie sobie jego udziału w realizacji zamówienia. Z omawianych wyjaśnień z 23 czerwca wynikało bowiem, że został oszacowany koszt tylko jednego łącza internetowego. Co więcej, również dowody, jakie odwołujący załączył do swych wyjaśnień, pochodziły tylko od jednego operatora, tzn. od samego odwołującego.

W treści odwołania odwołujący odwoływał się także do swych oświadczeń złożonych w jego zgłoszeniu przystąpienia z dnia 20 lipca 2023 r. do innego postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2045/23. Odnosząc się do ww. argumentu, po pierwsze, podkreślenia wymagało, że postępowanie odwoławcze przed Izbą nie jest etapem, na którym składa się odpowiedź na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, kierowane do wykonawców w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Powoływanie się więc na wyjaśnienia składane poza postępowaniem o udzielenie zamówienia, a ponadto po upływie terminu zakreślonego przez zamawiającego w wezwaniu, należało uznać za bezskuteczne. Po drugie zaś, na marginesie dostrzeżenia wymagało, że nawet w przystąpieniu z 20 lipca 2023 r. była mowa o jednym łączu. W szczególności zaś odwołujący nie padał wtedy nazwy ani nie złożył dowodów na zapewnienie sobie udziału drugiego operatora przy realizacji zamówienia. Braki w zakresie wyjaśnień ceny i treści oferty odwołujący usiłował sanować także składając nowe wyjaśnienia w treści odwołania wniesionego w analizowanej sprawie. Odwołujący w treści odwołania oświadczył bowiem m.in.:

z kolei niski koszt redundancji czyli łącza zapasowego jest możliwy dzięki posiadaniu przez Odwołującego współpracy z operatorem, z którym usługi rozliczane są w 95 percentylu z tak zwanym „commitmentem”; gdzie „commitment” oznacza minimalną przepustowość, za którą strona umowy (w tym przypadku S-NET) musi ponosić stałą i miesięczną opłatę za określoną minimalną przepustowość łącza, niezależnie od późniejszego realnego jego wykorzystania skutkującego rozliczeniem lub nie świadczonych usług łącza dostępu do Internetu w 95 percentylu (...).

Dostrzeżenia wymagało także, że nazwa ewentualnego drugiego operatora padła dopiero na rozprawie. Stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie, że w wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2023 r. była mowa wprawdzie o jednym łączu, ale redundantnym, nie znajduje oparcia w treści wyjaśnień. Odwołujący przyznał bowiem jednocześnie na rozprawie, że kwestia redundancji i tego, że jeden z torów miałby być obsługiwany przez innego operatora, nie została wyszczególniona w treści wyjaśnień.

Powyższe oświadczenia po raz pierwszy zostały złożone dopiero w treści odwołania czy na rozprawie, co z przyczyn wskazanych wcześniej, należało uznać za spóźnione.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający był uprawniony aby dojść do wniosku, że odwołujący nie zaoferował mu i nie skalkulował w cenie oferty kosztu zapewnienia udziału drugiego operatora przy realizacji zamówienia, o którym mowa w § 4 pkt 1.4. projektu umowy oraz w ust. 5 załącznika nr 1 do umowy.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo także ocenił, że odwołujący nie skalkulował prawidłowo kosztów osobowych. Na wstępie dostrzeżenia wymagało, że w świetle wezwania zamawiającego z dnia 15 czerwca 2023 r. jego wątpliwości budziła cena ofertowa odwołującego z perspektywy także kosztów pracy oraz przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, na co kilkakrotnie zwrócono uwagę w treści ww. wezwania.

Analiza wyjaśnień odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r. i załączonych do nich dowodów prowadziła do wniosku, że odwołujący kalkulując cenę oferty uwzględnił wyłącznie koszty odpowiadające wynagrodzeniu pracowników, wynikające z przedstawionych umów o pracę. Jednakże, oprócz kosztów wynikających z umów o pracę odwołujący miał obowiązek skalkulować również koszty ponoszone przez siebie jako pracodawcę z tytułu zatrudnienia pracowników. Nie było sporne między stronami, że pracodawca, poza wynagrodzeniem brutto pracowników, z tytułu realizacji zamówienia musiałby ponieść dodatkowe obciążenie w wysokości odpowiadającej około 20% kosztów samych wynagrodzeń. Są to ciężary, jakie pracodawca powinien ponieść w trakcie realizacji umowy z tytułu ubezpieczeń emerytalnych, rentowych, wypadkowych, składek na Fundusz Pracy, FGŚP. Co istotne, powyższe uchybienie kalkulacji odwołującego odnosiło się do całości jego wyliczeń w zakresie kosztów osobowych.

Odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że nie uwzględnił w swej kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach spornych kosztów. Twierdzenia odwołującego przedstawione w trakcie rozprawy, że koszty te zostaną pokryte z zysku nie znajdowały oparcia w treści złożonych przez niego wyjaśnień. Oświadczenia w tym zakresie odwołujący po raz pierwszy złożył dopiero w zgłoszeniu przystąpienia z 20.07.2023 r. Jak już wielokrotnie wskazywano wcześniej, wyjaśnienia te, jako składane na etapie postępowania odwoławczego, a więc poza procedurą wyjaśnień ceny z art. 224 ustawy Pzp, należało uznać za spóźnione.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił także, że odwołujący w swych wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2023 r. nie skalkulował kosztów związanych z zakończeniem umowy z zamawiającym, które zostały określone w § 9 wzoru umowy, w tym m.in. demontażu sprzętu. Ponadto w swych wyjaśnieniach odwołujący nie uwzględnił kosztu przygotowania dokumentacji, o której mowa w § 4 ust. 3 umowy, ani jej późniejszej aktualizacji wynikającej ze zmian w usłudze w trakcie trwania 36 miesięcznej umowy.

Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł w odwołaniu, jakoby w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 15.06.2023 r. zamawiający nie nałożył na niego obowiązku wyszczególnienia w kalkulacji i udowodnienia wysokości ww. kosztów. Powyższe stanowisko odwołującego okazało się nietrafne. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień ceny wymagał wyjaśnienia i udowodnienia wszystkich kosztów składających się na cenę oferty. Oprócz enumeratywnie wyszczególnionych rodzajów kosztów, zamawiający poprosił m.in. odwołującego także o wyjaśnienia i dowody dotyczące „innych kosztów, jeśli występują”.

Bezzasadne okazały się twierdzenia odwołującego jakoby koszty sporządzenia dokumentacji powykonawczej i koszty zakończenia umowy miały się mieścić w buforze z tytułu „nieprzewidzianych wydatków”. Powyższe stanowisko nie wynikało z treści wyjaśnień odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r. Argumentacja ta okazała się także nielogiczna, gdyż koszty wykonania dokumentacji i zakończenia umowy były kosztami przewidzianymi w SWZ. Twierdzenia odwołującego, że koszt wykonania tego elementu przedmiotu zamówienia wynosi około 500-1000 zł przedstawione zostały dopiero w trakcie rozprawy, a więc ponownie dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Wyliczenia te nie wynikały zatem z treści wyjaśnień odwołującego, a w konsekwencji okazały się spóźnione. Ponadto nawet te spóźnione twierdzenia nie zostały poparte żadnym dowodem, z którego wynikałoby, że faktycznie wykonanie takich obowiązków łączyć się będzie z poniesieniem kosztów w takiej wysokości, jak utrzymywał odwołujący na rozprawie. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp to właśnie szczegółowe, konkretne, merytoryczne wyjaśnienia ceny wykonawcy poparte dowodami składanymi na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, powinny obalić domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, czego dowolujący w analizowanej sprawie nie uczynił.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, brak było możliwości wystosowania przez zamawiającego do odwołującego wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień. W orzecznictwie Izby dopuszcza się wprawdzie możliwość skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny. Jednakże takie wezwanie powinno służyć wyjaśnieniu kolejnych wątpliwości, jakie nasunęły się w wyniku lektury pierwszych wyjaśnień. W orzecznictwie Izby wskazuje się wyraźnie, że kolejne wezwanie nie może sprowadzać się de facto do pytania wykonawcy po raz kolejny o to samo. W ocenie Izby z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w analizowanej sprawie.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nie znalazły potwierdzenia w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Wobec oddalenia wszystkich zarzutów chybiony okazał się także wynikowy zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez uznanie oferty przystępującego za ofertę najkorzystniejszą.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie Izby w kwocie 354,90 zł, ustalone na podstawie dokumentów złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....