

WYROK
z dnia 23 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez Odwołującego **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej**,

przy udziale wykonawcy RSP sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wykonawcy RSP sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 130623

Uzasadnienie

Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *Świadczenie usług administrowania, utrzymania infrastruktury i baz danych środowiska technologicznego Oracle Exadata* (Numer referencyjny: BDG-V.2710.29.2022.AZ, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 listopada 2022 r. pod numerem S231 667238-2022.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 8 maja 2023 r. wykonawca Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami Pzp dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę RSP Sp. z o.o. (dalej: „RSP”), pomimo, iż oferta RSP powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RSP z uwagi na to, iż oferta przez niego złożona zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez RSP z uwagi na to, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że wyżej wymienione naruszenia przepisów uniemożliwiają wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na fakt zaniechania odrzucenia oferty RSP złożona przez Odwołującego oferta nie została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Taka sytuacja, a w szczególności naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP powoduje również, że Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niemożności uzyskania zamówienia.

Opisując okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy Odwołujący wskazał, że mawiający prowadzi postępowanie na „Świadczenie usług administrowania, utrzymania infrastruktury i baz danych środowiska technologicznego Oracle Exadata”. W dniu 30 listopada 2022 r. w Dz.U.U.E pod nr 2022/S 231-667238 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, zaś na stronie internetowej Zamawiający opublikował treść SWZ.

W toku postępowania zostały złożone dwie oferty – oferta Odwołującego z ceną 2.400.000 zł brutto oraz oferta RSP z ceną 1.292.976 zł. Kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia to 3.000.000 zł.

Mając na uwadze powyższe – jak wynika z treści udostępnionych Odwołującemu dokumentów – Zamawiający dwukrotnie zwracał się z wezwaniem do RSP o wyjaśnienie okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. RSP złożyło wyjaśnienia pierwotnie w dniu 11 stycznia 2023 r., a następnie w dniu 2 lutego 2023 r., przy czym większa część wyjaśnień zawarta w piśmie z dnia 11 stycznia br. wraz z niektórymi załącznikami oraz załącznik zawierający kalkulację pracochłonności załączony do pisma z wyjaśnieniami z dnia 2 lutego br. zostały utajnione jako

tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 13 marca 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty RSP. Na tę czynność odwołanie złożyło Sygnity żądając odtajnienia bezpodstawnie zastrzeżonej części dokumentacji zawartych w wyjaśnieniach RSP. Odwołanie wyrokiem KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r. (sygn. akt: KIO 808/23) zostało uwzględnione w całości, w wyniku czego Zamawiający unieważnił pierwotny wybór, odtajnił zastrzeżone dotychczas fragmenty wyjaśnień RSP wraz z załącznikami i dokonał ponownego wyboru oferty RSP jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając stawiane w niniejszym odwołaniu zarzuty Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że z treści wyjaśnień RSP wynika przede wszystkim to, iż całą swoją kalkulację oparł on na kilku co najmniej założeniach. Przede wszystkim w dużej mierze założył on, że wystarczającym dla wytłumaczenia zaoferowania ceny prawie dwukrotnie niższej niż cena Odwołującego oraz o ok. niemal 2,5-krotnie niższej niż szacunek Zamawiającego jest wskazanie kilku czynników związanych z możliwością obniżenia ceny. W ocenie RSP na możliwość obniżenia jego ceny wpłynęły przede wszystkim:

- doświadczenie w realizacji podobnych projektów (w rzeczywistości chodzi o jeden projekt – realizowany na rzecz GUGiK),
- wysokie kompetencje zespołu, który ma uczestniczyć w realizacji prac, w tym posiadanie określonych dodatkowych certyfikatów,
- organizacja pracy Zespołu (w tym współdzielenie czasu pracy w różnych projektach, posiadanie Bazy Wiedzy, czy realizacji prac w oparciu o metodykę ITIL),
- posiadanie własnych narzędzi do monitorowania infrastruktury, własnych rozwiązań technicznych, np. skryptów i wtyczek do rozwiązania Oracle Enterprise Manager, czy systemu ticketowego do zarządzania zgłoszeniami i raportowania.

Odwołujący zgadza się, że wszystkie ww. względy w pewien sposób mogą wpływać na pracochłonność konieczną do wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji również na cenę. Tym niemniej nie sposób z treści wyjaśnień uzyskać odpowiedzi na pytanie, czy zastosowanie ww. czynników wpłynęło na cenę RSP do takiego stopnia, aby uzasadniało to zaoferowanie wykonania przedmiotu umowy na poziomie tak znacznie niższym, niż szacunek Zamawiającego, czy też cena oferty konkurencyjnej, tym bardziej, że względy, na które powołuje się RSP nie są czynnikami wyjątkowymi i właściwymi wyłącznie dla tego wykonawcy. Oczywiście wydaje się fakt, że zdecydowana większość opisanych powyżej czynników stanowią okoliczności, które dotyczą wszystkich wykonawców realizujących projekty w zakresie objętych przedmiotem zamówienia, posiadających doświadczenie w tym zakresie oraz kadre (w tym osoby posiadające certyfikaty technologiczne). Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby inni Wykonawcy, w tym Odwołujący nie korzystali z budowanej latami Bazy Wiedzy, nie posiadali własnych rozwiązań technicznych usprawniających realizację zadań serwisowych, systemów do monitorowania i obsługi incydentów, etc. Narzędzia takie z całą pewnością są znane i stosowane, co więcej zostały również zaimplementowane w dużej części również w infrastrukturze Zamawiającego i były stosowane przy realizacji tego konkretnego zamówienia w ostatnich kilku latach. Nie wchodząc w polemikę na temat tego, które z używanych narzędzi pozwala na sprawniejszą organizację zarządzaniem zamawianymi usługami Odwołujący zaznaczył, iż z całą pewnością wskazane czynniki nie są wyjątkowe i nie są przypisane wyłącznie do RSP, a po wtóre w treści złożonych wyjaśnień próżno szukać też informacji w jaki sposób ww. czynniki wpłynęły na cenę RSP, poza ogólnym stwierdzeniem, że pozwoliły ją obniżyć wpływając na mniejszą pracochłonność realizowanych prac. Dlatego też w ocenie Odwołującego należy jednoznacznie stwierdzić, że jakkolwiek przywołane okoliczności, które podniósł w swych wyjaśnieniach RSP mogą w pewnym zakresie uzasadniać obniżenie zaoferowanej ceny, to bez wskazania konkretnego wymiaru tego obniżenia, biorąc dodatkowo pod uwagę powszechność podnoszonej argumentacji – niemożliwym jest przyjęcie, iż czynniki te uzasadniają obniżenie do takiego poziomu, jaki zaproponował RSP.

Odwołujący wskazał, iż w dużej mierze swoją kalkulację, w szczególności kalkulację pracochłonności (a ostatecznie również ceny) RSP oparł o porównanie z pracochłonnością referencyjnego projektu realizowanego dla GUGiK. W tym kontekście Odwołujący zaznaczył, że po pierwsze zadania realizowane na rzecz GUGiK nie w pełni pokrywają się z zadaniami opisanymi przez Zamawiającego w tym postępowaniu, a po wtóre z dostępnych w materiałach źródłowych danych wynika, iż szacunki pracochłonności są nierzetelne z uwagi na ich niekompletność. Wnioski te płyną przede wszystkim z analizy dostępnego opisu przedmiotu zamówienia z przetargu w GUGiK, na podstawie którego swoje prace realizuje RSP (http://www.gugik.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0003/219657/ZALaCZNIK-NR-1-DO-SIWZ-Szczegolowy-opis-przedmiotu-zamowienia.pdf) i różnic pomiędzy oboma przetargami choćby w kwestii szkoleń czy w zakresie obsługi zgłoszeń. Jak wynika z treści OPZ w GUGiK (Rozdział „Zakres prac” w zakresie Usług Serwisu – str. 61 SOPZ) *„Obejmuje skalę zgłoszeń wynosi ok. 3500 zgłoszeń rocznie i ok. 2000 zmian utrzymaniowych”*. Odwołujący zauważył, że mowa o serwisie Systemu, który RSP utrzymywał wcześniej przez przeszło 2 lata. Oczywiście zakres przedmiotu zamówienia realizowanego na rzecz GUGiK jest znacznie szerszy niż w tym postępowaniu, przyjmując jednak proporcję wynikającą z podanych przez RSP w wykazie usług całości wynagrodzenia umownego (4,6 mln PLN) w porównaniu do wartości części stanowiącej usługi tożsame z realizowanymi w ramach przedmiotowego postępowania (1,4 mln PLN) można zdaniem Odwołującego przyjąć, że proporcjonalna do tego liczba zgłoszeń dotyczących tego obszaru powinna wynosić mniej więcej 1000 zgłoszeń rocznie (nie uwzględniając nawet zmian utrzymaniowych). Tymczasem według zestawień prezentowanych przez RSP liczba ta oscyluje w granicach 150 (czyli jest niemal siedmiokrotnie niższa). Nawet uwzględniając fakt, iż inne utrzymywane przez RSP w GUGiK obszary infrastruktury technicznej – systemowej mogą generować większą liczbę zgłoszeń, to i tak należy przyjąć, że liczba przyjętych do szacunków zgłoszeń wydaje się znacznie zaniżona. Co więcej analizując dokumenty stanowiące podstawę kalkulacji pracochłonności, a zwłaszcza Załącznik 2 (Dziennik Administratora) wynika z nich, że uwzględniony w tym dokumencie zakres zgłoszeń obejmuje wyłącznie zgłoszenia związane z wdrożeniem zmian w obszarze „*Utrzymanie Systemów/Monitoring*”. Wynika z tego w ocenie Odwołującego, że zestawienie nie obejmuje żadnej innej kategorii czynności, niż związanych z wprowadzeniem zmian, mimo iż samo RSP twierdzi, że w zestawieniu tym ujęło również inne kategorie prac, takie jak choćby raportowanie, czy działania proaktywne. Zdaniem Odwołującego właśnie ten fakt jest przyczyną tak dużej rozbieżności pomiędzy liczbą zgłoszeń wykazanych przez RSP i przyjętych do szacowania w stosunku do liczby zgłoszeń i zmian wskazywanych w OPZ przez Klienta.

Ponadto Odwołujący zauważył, że do porównania został przyjęty projekt, który jest przez RSP realizowany już od co najmniej kilku lat, zaś pracochłonność oparta została na zgłoszeniach z ostatniego roku świadczenia tych usług. Notoryjną w tym względzie okolicznością wydaje się być według Odwołującego to, że nie da się porównać ze sobą realizacji projektu, w którym usługi są realizowane w tym samym zakresie od kilku lat, gdzie system jest już dobrze znany Wykonawcy, jak również od wielu lat sposób współpracy i oczekiwania Klienta zostały wypracowane i ustandaryzowane, a inaczej ma się sytuacja w przypadku, gdy mówimy o rozpoczęciu współpracy w projekcie, w którym wszystkie te kwestie wymagają ustalenia i wypracowania. Odwołujący wskazał, że budowanie analogii pomiędzy oboma projektami i przekładanie założeń z jednego na drugi nie może być uważane w pełni za prawidłową. O ile bowiem część zakresu zamówienia może być uważana za porównywalną (w szczególności czynności związane z techniczną obsługą poszczególnych maszyn), o tyle z uwagi na choćby brak znajomości warstwy aplikacyjnej systemów, które są z bazami danych połączone, czy też oczekiwań Klienta co do częstotliwości zgłoszeń stanowiących wyłącznie konsultacje z

użytkownikami, w dużej części zakres obu usług (w tym pracochłonność czynności) będzie się różnić. Co więcej przyjmując jako prawdziwe założenie, że obliczona obecnie na potrzeby realizacji usługi dla Zamawiającego pracochłonność wykonywania zadań podobnych stanowi wartość większą niż w przypadku pracochłonności realizowanej w projekcie GUGiK (108h w zakresie usług na rzecz MRIPS, 100h przy pracach na rzecz GUGiK), to zdumiewający jest w ocenie Odwołującego fakt, iż zgodnie z informacjami podawanymi przez RSP w wykazie usług, wartość usługi zrealizowanej na rzecz GUGiK w okresie 27 miesięcy (w niniejszym postępowaniu czas świadczenia usług to 48 m-cy) wyniosła 1 398 907,60 zł. (przy czym Odwołujący zaznacza, że mowa nie o wartości całego kontraktu, ale zakresu prac referencyjnych, tożsamy z przedmiotem niniejszego zamówienia). Oznacza to w ocenie Odwołującego, że zaoficerowana obecnie cena za większy wymiar prac w okresie 4-letnim w nowym dla RSP projekcie jest aktualnie wyraźnie niższa niż cena za realizację mniejszego (w wymiarze godzinowym w danym miesiącu) zakresu prac u znanego już RSP Klienta w okresie nieznacznie przekraczającym 2 lata. Tymczasem Odwołujący podkreślił, że w okresie przeszło 2 lat od momentu udzielenia zamówienia przez GUGiK mieliśmy do czynienia z gwałtownym wzrostem inflacji, który winien być również być wzięty pod uwagę powodując wzrost kosztów aktualnie realizowanych prac. Jeśli dodatkowo przyjąć, że ta sama metodyka wykorzystywana została do oszacowania pracochłonności i kalkulacji ceny, to zdaniem Odwołującego budzi wątpliwość jak jest możliwe, że koszt prac wykonanych przez RSP dla GUGiK w okresie nieco ponad 2 lat jest wyższy, niż wartość oferty w niniejszym postępowaniu, obejmującej wartość tych samych prac w okresie 4 lat w sytuacji, gdy jak wynika choćby z dołączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowodów w postaci kopii zawartych umów ze współpracownikami poziom wynagrodzeń osób realizujących prace wzrósł o kilkadziesiąt procent. Zdaniem Odwołującego, z dużą dozą prawdopodobieństwa należy przyjąć, że jedynym wytłumaczeniem takiego stanu rzeczy jest najprawdopodobniej nierzetelne przedstawienie danych dotyczących kalkulacji pracochłonności w referencyjnym projekcie, co miało z kolei uzasadnić niską pracochłonność zadań w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby bowiem przyjąć, że pracochłonność zadań w obu projektach jest porównywalna, a także to, że oba projekty są szacowane na podstawie tej samej metodyki (co oznacza również przyjęcie identycznych założeń co do wysokości rezerwy budżetowej i poziomu marży), to uwzględniając choćby wzrost kosztów związanych z wynagrodzeniami, poziom inflacji przekładający się na wyższe koszty administracyjne, zarządu oraz pozostałe koszty, w końcu na niemal dwukrotnie dłuższy okres świadczenia usług i to w nierealizowanym wcześniej u tego klienta projekcie, cena w tym postępowaniu powinna być zbliżona, lub nawet wyższa niż cena Odwołującego. Zaoficerowanie jej na poziomie o połowę niższym świadczy zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty o jej zaniżeniu i to w rażącym stopniu.

Bez względu na powyższe Odwołujący dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, iż określenie pracochłonności poszczególnych zadań związana jest z liczbą maszyn Exadata, które będą utrzymywane. Co prawda – jak zauważa Odwołujący – w szczegółowej kalkulacji pracochłonności dołączonej do drugich wyjaśnień wskazał, iż: „Wykonawca uwzględnił w powyższej czasochłonności, że w ramach przedmiotu umowy będzie realizował usługi administrowania dla środowiska technologicznego Oracle Exadata, a docelowo usługami administrowania przez Wykonawcę będą objęte dwie maszyny Oracle Exadata” w żadnym jednak miejscu wyjaśnień nie wskazano w jaki sposób skalkulowano okoliczność związaną z pojawieniem się drugiej maszyny w trakcie realizacji umowy, w szczególności zaś jaki okres został uwzględniony jako okres administracji na jednej maszynie, a jaki na dwóch maszynach, czy też jak wpłynął na szacunki RSP fakt konieczności wykonania dodatkowych prac związanych z instalacją drugiej Exadaty. Brak tych informacji zgodnie z argumentacją Odwołującego w istotnym stopniu powoduje niemożność zweryfikowania prawidłowości podanej pracochłonności wykonania poszczególnych działań opisanych w Załączniku nr 1 do SWZ, zaś wszystkie te okoliczności w sposób dobitny przesądzają, iż wskazana pracochłonność przynajmniej części zadań jest dyskusyjna i niedoszacowana. Jako że wyjaśnienia RSP nie wyjaśniają wątpliwości w tym zakresie należy dojść zdaniem Odwołującego do wniosku, iż są one niewystarczające do tego, aby potwierdzić prawidłowość dokonanej kalkulacji.

Odwołujący zwrócił także uwagę na jeszcze jedno założenie, które wydaje się być w jego ocenie bardzo dyskusyjne. Założeniem tym jest przyjęcie jako wystarczającej podstawy dokonania kalkulacji wyłącznie stawek kosztowych dla danego specjalisty, których wysokości w żaden sposób RSP nie wyjaśnił. Odwołujący wskazał bowiem, iż do pierwszych wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2023 r. została dołączona jedyna kalkulacja kwotowa. W ramach tej kalkulacji RSP wskazał wyłącznie szacowaną pracochłonność wykonania przedmiotu zamówienia w rozbiciu na 4 role, których udziału w wykonaniu zamówienia żądał Zamawiający. Dodatkowo RSP dokonał kalkulacji tzw. czynności jednorazowych związanych z opracowaniem Planu Komunikacji, planu działań optymalizacyjnych oraz opracowania procedur administracyjnych, a także wskazał na założenie rezerwy w wysokości 15% kosztów osobowych na poczet ewentualnego wzrostu rzeczywistej pracochłonności zadań lub stawek kosztowych oraz marży w wysokości ok. 15% obliczonej od wartości całkowitych kosztów wykonania zamówienia. Do kalkulacji tej jako dowód załączono również kopie umów zawartych pomiędzy RSP a osobami skierowanymi do wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę kalkulację, jak i załączone do niej dowody w postaci umów Odwołujący wskazał, że z treści wykazu osób złożonego przez RSP wynika, że do realizacji umowy skierowano następujące osoby:

- 1) M. P. – w 2 rolach: Kierownik Projektu oraz Administrator klastra bazodanowego Oracle,
- 2) M. K. – administrator Oracle Exadata,
- 3) M. Z. – administrator baz danych Oracle,
- 4) S. G. - administrator baz danych Oracle.

Do wyjaśnień dołączono kopie umów o współpracę wraz z aneksami (w wersji przekazanej Odwołującemu zostały one zanonimizowane). Na podstawie zawartych w nich danych można jednak przyjąć, iż wynagrodzenia poszczególnych osób według tych dokumentów wyglądają następująco:

- 1) M. P. – 28.000 pln netto za 160 godzin w miesiącu,
- 2) M. K. – 12.500 pln netto za 160 godzin w miesiącu,
- 3) M. Z. – 18.000 pln netto za 160 godzin w miesiącu,
- 4) S. G. – 23.000 pln netto za 160 godzin w miesiącu.

Biorąc pod uwagę powyższe kwoty wynagrodzeń, należy wskazać, iż realny koszt zaangażowania do projektu danego specjalisty w wymiarze 1h wynosi:

- 1) Kierownik Projektu oraz Administrator klastra bazodanowego Oracle: $28.000 \text{ pln}/160\text{h} = 175 \text{ PLN/h}$,
- 2) administrator Oracle Exadata – $12.500 \text{ pln}/160\text{h} = 78,12 \text{ PLN/h}$,
- 3) administrator baz danych Oracle (pierwsza osoba) – $18.000 \text{ pln}/160\text{h} = 112,50 \text{ PLN/h}$,
- 4) administrator baz danych Oracle (druga osoba) – $23.000 \text{ pln}/160\text{h} = 143,75 \text{ PLN/h}$.

Tymczasem z treści kalkulacji wynika, iż stawki zastosowane przy kalkulacji dla poszczególnych ról wyglądają następująco:

- 1) Kierownik Projektu oraz Administrator klastra bazodanowego Oracle – 200 PLN/h,
- 2) administrator Oracle Exadata – 95 PLN/h,
- 3) administrator baz danych Oracle – 140 PLN/h.

Jak wskazał w treści kalkulacji wykonawca RSP: „Stawka kosztowa wyliczana na podstawie kosztu zatrudnienia (umowy B2B) z uwzględnieniem alokowanej proporcjonalnej części kosztów administracyjnych i kosztów zarządu”.

Oznacza to zatem, że według RSP w oferowanej stawce zawiera się zarówno wynagrodzenie jego specjalistów, jak również w proporcjonalnym wymiarze koszty administracyjne i koszty zarządu. Odwołujący podniósł, że z żadnej części wyjaśnień nie wynika, jakie to koszty administracyjne zostały uwzględnione, ani jakie koszty zarządu, nie mówiąc już o tym, gdzie RSP dostrzega „proporcjonalność alokacji tych kosztów”, skoro w odniesieniu do każdej osoby proporcja kosztu wynagrodzenia współpracownika i pozostałych narzutów w stawce godzinowej jest ewidentnie różna (i waha się w przedziale: +19,6% do -2,7%). Trudno w związku z tym określić także, czy w pozostałej po odliczeniu kosztu wynagrodzenia części stawki da się „zmieścić” koszty administracyjne i koszty zarządu, gdyż wyjaśnień i jakichkolwiek danych w tym zakresie – pomimo dwukrotnego składania wyjaśnień – nie ma. Oczywistym natomiast jest zdaniem Odwołującego, że w stosunku do co najmniej 1 osoby zaoferowana stawka nie tylko nie zawiera żadnych innych kosztów, ale nie pokrywa nawet wysokości honorarium współpracownika, co samo w sobie czyni zaoferowaną stawkę rażąco niską i przesądza o wykonywaniu części zamówienia poniżej kosztów.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że koszty administracyjne i koszty zarządu, to nie jedyne koszty, które będzie zobowiązany ponieść RSP w toku wykonania przedmiotowego zamówienia. Z całą bowiem pewnością do kosztów, których nie uwzględniono w ramach zaoferowanej stawki należą:

- koszty zaangażowania i zastępstw za osoby realizujące projekt (każdy z zaproponowanych współpracowników w umowie posiada zapis o gwarantowanym co najmniej 26 dniowym zawieszeniu wykonywania usług bez utraty prawa do wynagrodzenia, co w istocie odpowiada prawu do urlopu przy umowie o pracę),
- koszt amortyzacji wykorzystywanych własnych rozwiązań technicznych (np. system ticketowy, narzędzia do monitorowania), czy koszt licencji zewnętrznych wykorzystywanych do realizacji usług, w tym licencje Oracle),
- koszty zapewnienia szkoleń pracownikom (w ogłoszeniach o pracę RSP gwarantuje każdemu pracownikowi określenie ścieżek rozwoju, w tym certyfikacji),
- koszty ewentualnych premii i bonusów, w tym koszty ubezpieczenia zdrowotnego, kart MultiSport, itp.
- koszty ubezpieczeń oraz gwarancji bankowej na ZNWU,
- ryzyko inflacyjne, które przy 4-letniej umowie nie zostanie usunięte poprzez waloryzację wynagrodzenia (w szczególności z uwagi na wymogi formalne dla uzyskania zmiany wynagrodzenia w ramach klauzul zawartych w umowie z Zamawiającym), a które w tak długim okresie czasu może wynieść nawet kilkadziesiąt procent,
- koszty delegacji związanych z obligatoryjnymi czynnościami z zakresu administracji lub przeprowadzenia warsztatów realizowanych w siedzibie Zamawiającego w sytuacji, gdy żadna z osób zaoferowanego zespołu nie mieszka w miejscu siedziby Zamawiającego (3 z 4 osób z zespołu są z Krakowa lub okolic, jedna z Wielkopolski – ustalone przez Odwołującego na podstawie informacji zawartych na profilach wskazanych osób na jednym z portali społecznościowych;
- rezerwa na ryzyka kontraktowe, związane z potencjalną koniecznością zapłaty kar umownych.

Odwołujący zauważa, że choć z wyjaśnień RSP wynika założenie przez tego wykonawcę „rezerwy projektowej” w wysokości 15%, która w razie potrzeby ma służyć pokrycie dodatkowych kosztów związanych ze zmianą wysokości stawki lub wzrostu pracochłonności poszczególnych zadań, trudno jednak racjonalnie przyjąć, iż nawet taka rezerwa jest wystarczająca na pokrycie kosztów, które nie zostały uwzględnione w wyliczeniu podstawowego kosztu wykonania zamówienia. Już choćby uwzględnienie faktu, iż w zeszłym roku wskaźnik roczny inflacji był wyższy niż zakładana rezerwa, szansa na pokrycie wszystkich dodatkowych kosztów związanych tylko z inflacją w okresie 4-letnim wydaje się zaniżona. Jeśli przyjąć dodatkowo, że zarówno pracochłonność zadań najprawdopodobniej okaże się wyższa niż założona, jak również, że konieczne będzie pokrycie dodatkowych kosztów, których pokrycie nie wynika z przedłożonych wyjaśnień wydaje się, iż nie powinno być wątpliwości, iż okoliczność ta potwierdza, iż cena RSP ma charakter ceny rażąco niskiej.

W końcu niezależnie od kwestii merytorycznych Odwołujący odniósł się do kwestii formalnych związanych z procesem udzielania przez RSP wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie wskazano, iż w dniu 4 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował do RSP żądanie złożenia wyjaśnień, w którym wskazał m.in.: „*Przedstawione wyjaśnienia i dowody powinny w szczególności wskazywać czy zaoferowana w ofercie cena: - obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej SWZ) związane z należyłą realizacją przedmiotu zamówienia - zgodnie z pełnym zakresem zamówienia, określonym w opisie przedmiotu zamówienia oraz wymaganiami zawartymi w treści projektowanych postanowień umowy (...)*”.

Żądanie Zamawiającego w tym względzie wydawało się jasne i obejmowało oczekiwanie szczegółowego odniesienia się przez Wykonawcę do wykonania pełnego zakresu prac opisanego w OPZ oraz umowie. Oczywiście więc jest zdaniem Odwołującego to, że obowiązkiem RSP przy takiej treści wezwania było po pierwsze odniesienie się do kwestii pracochłonności poszczególnych zadań wynikających z OPZ (uwzględniając fakt, że jak twierdzi sam RSP przedmiot niniejszego zamówienia w zdecydowanej większości stanowią usługi realizowane przez osoby skierowane do wykonania zamówienia), a po drugie uargumentowanie i udowodnienie, że wszystkie koszty związane z realizacją założonej pracochłonności oraz pokryciem wszelkich innych kosztów wykonania zamówienia zostały skalkulowane w zaoferowanej cenie. Tymczasem w odpowiedzi na taką treść wezwania Wykonawca RSP w sposób opisowy odniósł się do okoliczności, które w jego ocenie pozwoliły mu zoptymalizować cenę oraz przedstawił „kalkulację” zawierającą wyłącznie wskazanie kosztu wykonania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie pracochłonności zadań w rozbiciu na daną rolę oraz odrębnie wyliczoną pracochłonność kosztów jednorazowych oraz wskazanie stawki kalkulacyjnej przyjętej dla danej roli. W żaden sposób kalkulacja ta zdaniem Odwołującego nie tłumaczyła ani tego, jak wygląda rozkład pracochłonności w rozbiciu na zadania wynikające z OPZ, ani jakie konkretnie założenia przyjął wykonawca dla takiego, a nie innego szacunku pracochłonności. Co więcej Wykonawca RSP zaniechał również wykazania podstaw kalkulacji stawek przyjętych w wyliczeniu, ograniczając się w tym zakresie do dołączenia kopii umów o współpracy i stwierdzając, iż w stawce tej zawarte są również koszty administracyjne i koszty zarządu. Zaniechano zatem wyjaśnienia zarówno jakie konkretnie koszty (poza wynagrodzeniem osób) zostały w stawce skalkulowane, jak również w zaniechano jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie pozostałych kosztów wykonania zamówienia (wskazanych w poprzedniej części odwołania). Jednocześnie Wykonawca RSP, mając w ocenie Odwołującego świadomość „niedoskonałości” swoich wyjaśnień zastrzegł równocześnie gotowość dalszych wyjaśnień, wskazując na orzecznictwo wskazujące na dopuszczalność takiej praktyki. W ocenie Odwołującego jednak, w przedmiotowej sytuacji, brak było jednak podstaw do prowadzenia dalszej korespondencji w powyższym zakresie, a Zamawiający – zważywszy na treść swojego wezwania i braki w wyjaśnieniach RSP powinien był podjąć decyzję o odrzuceniu jego oferty. W tym względzie Odwołujący zaznaczył, że jakkolwiek nie zamierza polemizować z przedstawioną przez RSP praktyką możliwości ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, o tyle żądanie tych dodatkowych wyjaśnień musi mieć jednak oparcie w treści pierwotnych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu. Jak wskazuje choćby interpretacja przepisów wydana przez Urząd Zamówień Publicznych „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”: „*Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na zastrzeżenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie*

żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę "na pierwsze wezwanie". Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwił jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu".

W przedmiotowej sprawie cała kalkulacja przedstawiona przez RSP według Odwołującego po pierwsze nie odnosiła się wprost do konkretnych zadań zawartych w OPZ, nie wskazywała jakichkolwiek konkretnych założeń jakie Wykonawca RSP poczynił dla dokonania kalkulacji pracochłonności, nie zawierała także jakichkolwiek wyjaśnień podstawy dokonania kalkulacji stawek kosztowych przyjętych dla poszczególnych ról, czy też co najmniej próby udowodnienia kompletności kosztów, które powinny zostać skalkulowane w ofercie. Stąd też w ocenie Odwołującego skierowane do RSP w dniu 30 stycznia 2023 r. dodatkowe żądanie „doprecyzowania informacji przekazanych w wyjaśnieniach poprzez przedstawienie pracochłonności poszczególnych zadań określonych w Szczegółowym opisie, zakresie i warunkach realizacji przedmiotu umowy, stanowiącym Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy” było nieuprawnione, gdyż po pierwsze stanowiło de facto powtórzenie żądania raz już wyartykułowanego w pierwotnym wezwaniu, a po drugie – w zakresie w jakim Zamawiający oczekiwał oszacowania pracochłonności w rozbiciu na konkretne zadania, a nie w rozbiciu na role, nie wynikało z treści złożonych uprzednio wyjaśnień, a stanowiło uzupełnienie wyjaśnień. Dowodem na to może być zdaniem Odwołującego choćby fakt, że złożone w odpowiedzi na to ponowne wezwanie szacunki pracochłonności nie pozwalają potwierdzić, iż założona pracochłonność przypisana w pierwotnych wyjaśnieniach dla poszczególnych ról została skalkulowana prawidłowo również przy przedstawieniu jej w układzie zadaniowym (nie da się na podstawie drugiego zestawienia pracochłonności potwierdzić, że pracochłonność dla tej czy innej roli dla której przyjęto różne stawki kalkulacyjne została sporządzona prawidłowo). Istotne dla Zamawiającego i Wykonawcy RSP okazało się jedynie to, że sumaryczna wartość pracochłonności w obu przypadkach była taka sama, przy czym wydaje się, że drugie zestawienie powstawało już dla udowodnienia tezy na temat pracochłonności zawartych w pierwszej części wyjaśnień. Nie zmienia to jednak faktu, że informacje zawarte w obu zestawieniach pracochłonności są zupełnie od siebie niezależne i z całą pewnością zdaniem Odwołującego nie można stwierdzić, aby drugie wyliczenie było jedynie uszczegółowieniem pierwszego, skoro na jego podstawie nie da się udowodnić, że pierwotne rozbicie pracochłonności w zakresie poszczególnych ról zostało sporządzone prawidłowo. W tej sytuacji zasadny jest w ocenie Odwołującego wniosek, iż samo żądanie dodatkowych wyjaśnień w takim zakresie, w jakim sformułował je Zamawiający nie było uprawnione, a skutkiem złożenia tak nieprecyzyjnych, ogólnych i fragmentarycznych wyjaśnień powinno być uznanie, iż Wykonawca RSP nie sprostął ciążącego na nim obowiązku związanego z wykazaniem, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską.

Niezależnie od tego wskazać jednak należy, że tym bardziej skoro Wykonawca RSP już po raz drugi został wezwany do złożenia wyjaśnień, to oczywistym wydaje się, że powinien zrobić wszystko co w jego mocy, aby jego wyjaśnienia okazały się na tyle wyczerpujące, a jednocześnie logiczne, wewnętrznie spójne i poparte dowodami, aby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, czy cena jego oferty obejmuje wszystkie elementy kosztowe niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że przedstawione wyjaśnienia nie rozwiewają pojawiających się wątpliwości i w dalszym ciągu nie odnoszą się do tak podstawowych zagadnień jak sposób kalkulacji stawki oraz rodzaj i wysokość kosztów, które zostały w tej stawce ujęte. W tej sytuacji trudno więc przyjąć, że wyjaśnienia złożone przez RSP mogą zostać uznane za wiarygodne i potwierdzające prawidłowość dokonanej kalkulacji ceny. Tymczasem jak wskazuje Odwołujący zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby: „To obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty” (tak: wyrok KIO z dnia 04.02.2020 r., sygn. akt: KIO 110/20, czy wyrok KIO z dnia 2021-07-27, KIO 2102/21). Konsekwencją nieudzielenia wyczerpujących wyjaśnień jest odrzucenie oferty. Odwołujący przywołał także inne stanowisko Izby, która w ubiegłorocznym orzeczeniu (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 3680/21, KIO 3681/21) wskazała, iż: „Wobec tego, że wyjaśnienia każdego z wykonawców były w dużym stopniu ogólnikowe (w szczególności wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Beta), a jeżeli w wyjaśnieniach Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa wskazano na pewne okoliczności, mogące potencjalnie umożliwiać wykonawcom Konsorcjum Agar i Konsorcjum Odnowa zaferować niższą cenę, to nie przywołano w żadnych wyjaśnieniach jakichkolwiek dowodów. Izba stwierdziła, że na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wszystkie trzy oferty powinny zostać odrzucone w wyniku uznania za złożone z rażąco niską ceną. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 747/19, „Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i nieoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”. Sytuacja w przedmiotowym postępowaniu jest zdaniem Odwołującego w zasadzie identyczna, gdyż wyjaśnienia RSP odnoszą się wyłącznie do kwestii ogólnych oraz do wybranych kwestii. Z przywołanej „kalkulacji” nie da się natomiast jakkolwiek wydedukować, ani jakie konkretne kategorie kosztów zostały zawarte w poszczególnych pozycjach kosztowych, ani też w jaki sposób wyliczono stawki kosztowe dla poszczególnych ról, co uniemożliwia jakąkolwiek kontrolę prawidłowości tejsze kalkulacji. W tym stanie rzeczy, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego żądanie odwołania dotyczące konieczności odrzucenia oferty RSP jest ze wszech miar uzasadnione.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 11 maja 2023 r. zgłosił wykonawca RSP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania jako w całości.

W dniu 19 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W dniu 21 maja 2023 r. wykonawca RSP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości oraz przedstawił stanowisko na poparcie wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia

przez wykonawcę RSP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Świadczenie usług administrowania, utrzymania infrastruktury i baz danych środowiska technologicznego Oracle Exadata (Numer referencyjny: BDG-V.2710.29.2022.AZ, dalej: „Postępowanie”). Przedmiot zamówienia jest świadczenie usług administrowania, utrzymania infrastruktury i baz danych środowiska technologicznego Oracle Exadata, w którym utrzymywane są bazy danych kluczowych systemów teleinformatycznych prowadzonych i udostępnianych przez Zamawiającego jednostkom organizacyjnym w obszarze zabezpieczenia społecznego i rodziny oraz publicznych służb zatrudnienia. Szczegółowe informacje dotyczące opisu przedmiotu, zakresu i warunków realizacji przedmiotu zamówienia określają Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) wraz z załącznikami, stanowiące załącznik nr 2 do SWZ, w tym w szczególności Szczegółowy opis, zakres i warunki realizacji przedmiotu umowy stanowiący załącznik nr 1 do PPU.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 14 SWZ

14.1. *Cena oferty musi zostać podana na Formularzu Ofertowym (FO) stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.*

14.2. *Cena oferty musi uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (wraz z podatkiem od towarów i usług), wynikające z wymaganego przez zamawiającego zakresu, terminu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z treścią Formularza Ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, wykonawcy byli zobowiązani podać cenę ofertową w sposób określony w pkt 4 Formularza tj.:

4. *Oferuję/my wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie i na warunkach określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej SWZ, za całkowitą cenę:*

Cena oferty z VAT: zł (słownie: złotych).

Z kolei w rozdziale XIV ust. 14.2 SWZ Zamawiający ustalił, że cena oferty musi uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (wraz z podatkiem od towarów i usług), wynikające z wymaganego przez zamawiającego zakresu, terminu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 2 do SWZ pn. Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) w § 6 Zamawiający ustalił następujące warunki dot. wynagrodzenia

1. *Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w łącznej wysokości zł netto (słownie: złotych), co powiększone o wartość podatku od towarów i usług (VAT) stanowi wartość brutto zł (słownie: złotych).*

2. *Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, płatne będzie w ratach odpowiadających okresom rozliczeniowym (trzymiesięcznym), przy czym wysokość jednej raty za pełny okres rozliczeniowy wynosi zł (słownie:), w tym podatek VAT.*

3. *Kwota wynagrodzenia, o której mowa w ust. 1, uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy i zaspokaja wszelkie roszczenia Wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotu umowy.*

Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania wynosiła 3 000 000,00 zł brutto.

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1) Odwołującego – wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie za łączną cenę brutto 2 400 000,00 zł oraz

2) Przystępującego – wykonawcy RSP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie za łączną cenę brutto 1 292 976,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 4 stycznia 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, z uwagi na to, że całkowita cena jego oferty była niższa o 56,90 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W piśmie z dnia 11 stycznia 2023 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz przedłożył kalkulację ceny ofertowej oraz dowody na potwierdzenie realności przedstawionych kalkulacji kosztów (w tym m. in. raporty placowe oraz umowy zawarte ze specjalistami mającymi brać udział w realizacji przedmiotu umowy).

W piśmie z dnia 30 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny poprzez doprecyzowanie informacji przekazanych we wcześniejszych wyjaśnieniach, w szczególności poprzez przedstawienie pracochłonności poszczególnych zadań określonych w Szczegółowym opisie, zakresie i warunkach realizacji przedmiotu umowy, stanowiącym Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy. Informacje należy podać w układzie: zadanie wskazane w Załączniku nr 1 do PPU i odpowiadająca mu czasochłonność w godzinach na miesiąc.

Przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 2 lutego 2023 r. do którego dołączył w formie załącznika Kalkulację pracochłonności poszczególnych zadań określonych w OPZ.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Przystępującego i poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy.

Biorąc pod uwagę poczynione w toku postępowania ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp będące podstawą orzekania.

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 ust. 5 ustawy Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”.

Z kolei art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wskazuje, że „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

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

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie

z art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że warunkiem wykazania niezgodności z ustawą zachowania Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów odwołania, jest wykazanie przez Odwołującego (zgodnie z ciężarem dowodzenia wynikającym z zasad ogólnych, także z uwzględnieniem art. 537 pkt 1 Ustawy) istnienia rażąco niskiej ceny w zakresie czy to w odniesieniu ceny całkowitej zaoferowanej przez Przystępującego, czy też nierealności, nierynkowości elementów składowych ceny, które wpływają na cenę ofertową powodując, że jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie, czemu odwołanie nie sprostało.

Mając na uwadze opisane wyżej reguły dowodowe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego zasadności podniesionych zarzutów i z tego powodu odwołanie podlegało oddaleniu.

Jak wynika z treści odwołania jak również stanowiska Odwołującego przedstawionego podczas rozprawy, zasadniczym elementem, który był kwestionowany przez Odwołującego nie była sama wartość cena czy jej elementów składowych w postaci wskazanych przez Przystępującego stawek (w tym stawek osobowych, które bezspornie stanowiły podstawowy koszt mający wpływ na wysokość ceny ofertowej), lecz kwestia wyliczonej przez Przystępującego pracochłonności poszczególnych czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. W kontekście tego aspektu oraz argumentacji podniesionej na jej poparcie dostrzeżenia w ocenie Izby wymaga w pierwszej kolejności fakt, że dokumentacja postępowania nie zawierała szczegółowych informacji w tym zakresie, w szczególności nie określała choćby szacunkowo pracochłonności poszczególnych zadań określonych w Szczegółowym opisie, zakresie i warunkach realizacji przedmiotu umowy, stanowiącym Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy, zarówno w aspekcie usług wsparcia i utrzymania, usług jednorazowych, jak i utrzymania środowiska EXADATA (w tym w szczególności nie określała momentu rozbudowy tego środowiska o drugą maszynę). Szacunkowe wartości w tym zakresie zostały określone dopiero przez Przystępującego w przedstawionych toku wyjaśnień elementów ceny w przedstawionych kalkulacjach ceny ofertowej i pracochłonności, przedstawiając ponadto okoliczności oraz dokumenty na potwierdzenie prawidłowości dokonanego szacowania.

W świetle powyższego nie sposób stawiać Przystępującemu zarzutu w tym zakresie, jak również wyciągać wobec niego negatywnych konsekwencji, gdyż zgodnie z podstawowymi zasadami wynikającymi z art. 16 Pzp, w szczególności zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie mogą oni ponosić negatywnych konsekwencji z związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Co więcej, Odwołujący pomimo faktu, że realizuje obecnie na rzecz Zamawiającego usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia, nie przedstawił dowodów na potwierdzenie okoliczności, że przedstawiona pracochłonność jest wyliczona w sposób nieprawidłowy bądź też pomija którykolwiek z elementów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Zasadniczą część argumentacji przedstawionej przez Odwołującego nie kwestionuje wartości przedstawionych przez Przystępującego czy to w ofercie czy w przedstawionych wyjaśnieniach, lecz sprowadza się do polemiki z czynnikami i założeniami, które Przystępujący przedstawił na potwierdzenie rzetelności dokonanego szacunkowego wyliczenia pracochłonności poszczególnych zadań tj. doświadczenie w realizacji podobnych projektów (tj. usługi świadczonych na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii), kompetencje zespołu, który ma uczestniczyć w realizacji prac, organizacja pracy zespołu oraz posiadanie własnych narzędzi do monitorowania infrastruktury i rozwiązań technicznych. Polemika ta nie została jednak poparta jakimikolwiek dowodami, które podważyłyby informacje oraz dokumenty przedłożone przez Przystępującego w toku składanych wyjaśnień ceny ofertowej. Ponadto nawet sam Odwołujący nie kwestionuje możliwości wpływu przedstawionych przez Przystępującego okoliczności na pracochłonność, a w konsekwencji na cenę, lecz wskazuje, że w ocenie Odwołującego w świetle przedstawionych przez Przystępującego okoliczności, pracochłonność przynajmniej części zadań jest dyskusyjna i niedoszacowana. Odwołujący nie wskazał jednak konkretnie których z przedstawionych przez Przystępującego wartości elementów ceny i w jakim stopniu przedmiotowa argumentacja miałaby dotyczyć, które zaś uznaje za niedyskusyjne i oszacowane prawidłowo.

Wobec powyższego argumentację zawartą w odwołaniu dotyczącą tego aspektu wyjaśnień Izba uznała za chybioną, a okoliczności przywołane przez Odwołującego za nieuzasadnione i nieudowodnione.

Odwołujący wskazał ponadto, że Przystępujący w zaoferowanej stawce godzinowej za świadczenie usług wsparcia i utrzymania nie ujął wszystkich kosztów, które zobowiązany jest ponieść w toku wykonania przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że część wskazywanych przez Odwołującego kosztów (koszty premii, bonusów, kart Multisport, szkoleń w ramach rozwoju zawodowego pracowników Przystępującego) nie wynika z zobowiązań i zakresu obowiązków określonych w opisie przedmiotu zamówienia, zaś część (rezerwa na kary umowne czy ryzyko inflacyjne) dotyczy zdarzeń przyszłych i niepewnych i wymaganie ich uwzględnienia w cenie ofertowej należy uznać za nadmierne, w szczególności wobec zawarcia w umowie klauzul waloryzacyjnych. W odniesieniu zaś do pozostałych kategorii, które można powiązać z

realizacją zamówienia to podkreślenia wymaga, że w stawce godzinowej Przystępujący uwzględnił proporcjonalną części kosztów administracyjnych i kosztów zarządu. Wartość tej części kosztów w stawce godzinowej jest możliwa do ustalenia w świetle przedstawionej przez Przystępującego kalkulacji oraz dowodów w postaci umów ze specjalistami. Ponadto – co zauważa sam Odwołujący – założona została przez Przystępującego rezerwa kontraktowa w wysokości 15 % wartości kontraktu netto. Wartości te Odwołujący w odwołaniu ocenił jako niewystarczające na pokrycie kosztów, które nie zostały uwzględnione w wyliczeniu podstawowego kosztu wykonania zamówienia. Jednocześnie Odwołujący nie wskazał konkretnie, które koszty i w jakiej wysokości nie zostały uwzględnione przez Przystępującego, a w konsekwencji, że zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Braku takiego wskazania wartości brakujących kosztów nie może uzasadniać podnoszony przez Odwołującego w toku rozprawy fakt, że informacji o tychże kosztach nie zawarto w wyjaśnieniach Przystępującego. Jak wskazano we wcześniejszych rozważaniach dotyczących ciężaru dowodowego odwołanie musi zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Odwołujący był obowiązany do uzasadnienia zarzutów odwołania oraz wykazania twierdzeń przedstawionych w odwołaniu. Nie jest wystarczające tylko wymienienie kategorii kosztów, które w ocenie odwołującego nie były ujęte przez konkurencyjnego wykonawcę, ale konieczne jest wykazanie istnienia takiego obowiązku, chyba że jest to oczywiste, wynika wprost z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wezwania zamawiającego. Mając na uwadze powyższe uzasadnienie przedstawione w rozpoznanym w niniejszym sprawie odwołaniu należy uznać za daleko niewystarczające. Odwołujący nie wskazał bowiem z odwołaniem się do treści dokumentacji postępowania z czego wynika zobowiązanie wykonawców do ujęcia poszczególnych kosztów w cenie ofertowej, nie wskazał ich wartości jak również nie przedstawił – poza zanegowaniem treści przedłożonych wyjaśnień – konkretnych i precyzyjnych twierdzeń co do podstaw faktycznych podnoszonych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uzasadnił, zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołujący przedstawił jedynie swoją opinię dotyczącą wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego, nie zawierając wskazania konkretnych wartości kosztotwórczych które kwestionował, w tym w szczególności obliczeń, jak również nie podważył w jakimkolwiek stopniu dowodów przedstawionych przez Przystępującego w toku składanych wyjaśnień.

Uwzględniając powyższe rozważania, jak również okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie podważył kalkulacji ceny oferty złożonej przez Przystępującego, wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 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:.....