

**WYROK**  
**z dnia 13 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę Nova Praxis sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wojewódzką Bibliotekę Publiczną w Krakowie, przy udziale wykonawcy YBAH sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 237,90 zł (słownie: dwieście trzydzieści siedem złotych 90/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Wojewódzka Biblioteka Publiczna w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa wykonania Opisu przedmiotu zamówienia Platformy Małopolskiej Biblioteki Cyfrowej oraz późniejszego doradztwa merytorycznego na etapie wdrażania systemu, realizowanego w ramach projektu *Małopolska Biblioteka Cyfrowa w horyzoncie 21. wieku – stworzenie innowacyjnej platformy udostępniania regionalnych zasobów cyfrowych w Wojewódzkiej Bibliotece Publicznej w Krakowie*”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 września 2018 r., pod nr 615106-N-2018.

26 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego – wykonawcę Nova Praxis sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie o odrzuceniu jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę i o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę YBAH sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Wykonawca Y”).

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) w dniu 30 listopada 2018 r. Odwołujący zaskarżył odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Y z tych samych względów, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu ,po pierwsze, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę, a po drugie – odrzucenia, na tej podstawie, oferty Wykonawcy Y.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wskazał, że oferta Odwołującego jest niższa od średniej arytmetycznej trzech ofert o ok 44%. Przy czym, co należy podkreślić, oferta Odwołującego wynosiła 319.800 zł brutto, a szacunkowa wartość zamówienia określona przez

Zamawiającego – 329.000 zł brutto. Oferta Odwołującego była zatem jedynie o ok 3% niższa od szacunkowej wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego.

Zamawiający, działając zgodnie z art. 90 ust 1a Pzp, dokonał badania rażąco niskiej ceny przez średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert, choć przepis ten daje Zamawiającemu prawo weryfikacji względem wartości szacunkowej, tj. przez porównanie, czy podana cena w ofercie jest o 30% niższa od wartości zamówienia (powiększonej o należny podatek od towarów i usług), ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp. Przyjęty sposób analizy rażąco niskiej ceny spowodował, że drastycznie wysoka oferta wykonawcy Future Processing sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach („Wykonawca FP”) mocno zawyżyła średnią cenę wszystkich ofert, ustalając ją na poziomie 578.920,00 zł brutto (oferta Wykonawcy Y – 246.000 zł brutto, oferta Wykonawcy FP – 1.170.960 zł brutto, oferta Odwołującego – 319.800 zł brutto). Jest to kwota o 249.920 zł większa od wartości zamówienia (329.000 zł brutto) powiększonej o podatek od towarów i usług. Dodatkowo, obliczona średnia jest większa od najniższej oferty o 332.920 zł brutto (czyli oferta Wykonawcy Y jest niższa o 57% od średniej wszystkich ofert). Warto zaznaczyć, że najdroższa oferta Wykonawcy FP jest droższa od szacowanej wartości zamówienia o 841.960 zł brutto, czyli ponad 3,5-krotność wartości szacunkowej oraz ponad 2-krotność wartości średniej.

Odwołujący stwierdził, że nie wydaje się możliwe, aby Zamawiający popełnił aż tak duży błąd w szacowaniu wartości zamówienia, że konieczne było ustalanie rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego w oparciu o średnią wszystkich ofert. Tym bardziej, że rozpiętość cenowa ofert była aż tak duża (najdroższa oferta jest ok. 4,75 razy większa niż najtańsza). Zatem nie było zasadne zwracanie się do Odwołującego o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem gdyby była brana pod uwagę cena całkowita oferty względem wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, to analizie podlegała by jedynie oferta Wykonawcy Y, gdyż oferta ta była niższa o 33% względem wartości zamówienia.

Niemniej jednak Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień następującej treści:

„Zamawiający zwraca się o udzielenie w terminie do 30 października 2018r do godz. 13:00 wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oraz elementów oferty złożonej przez Państwa, mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie, uznał, że przy tak niewielkiej różnicy w cenie między jego ofertą a ujawnioną wartością zamówienia, należy dołożyć wszelkich starań aby wykazać, że przyjęta stawka godzinowa przy kalkulacji całości zamówienia nie odbiega od stawek rynkowych. Przedstawiając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny odniesiono się

do sposobu kalkulacji całego projektu w oparciu średnią stawkę (wynoszącą 79,95 zł brutto, tj. 65,00 zł netto) dla wszystkich stanowisk wymienionych w zapytaniu ofertowym:

- kierownik/koordynator zespołu;
- główny analityk;
- analityk;
- projektant GUI/UX;
- specjalista ds. baz danych;
- integrator;
- grafika;
- badacz GUI/UX;
- ekspert ds. licencji oprogramowania i innych utworów;
- specjalista ds. jakości oprogramowania.

Podanie średniej stawki dla wszystkich stanowisk było podyktowane faktem, że w odpowiedzi na pytania oferentów Zamawiający wyraźnie wskazał, aby wszystkie osoby wskazane w ofercie pozostały w gotowości do realizacji zamówienia w trakcie trwania 2 fazy zamówienia, nie określając przy tym jaki może być oczekiwany poziom zaangażowania poszczególnych osób.

Dodatkowo, Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach, zgodnie z art. 90 ust. 1 lit. a Pzp, że oferowana cena całości oferty wynika z następujących czynników:

- a) oszczędność wynikająca z metody wykonania zamówienia – Odwołujący posiada swoją autorską metodykę, która pozwala na bardzo efektywne opracowywanie dokumentacji do systemów informatycznych, metodyka była stosowana z sukcesem w wielu projektach, np.:
  - Opracowanie dokumentacji dla systemu „Workflow” dla Banku Spółdzielczego w Brodnicy w 2018 r.;
  - Opracowanie dokumentacji dla systemu eSolver dla firmy TeamSoft sp. z o.o. w 2018 r.;
  - Opracowanie dokumentacji dla systemu obsługi faktur, w tym całego procesu digitalizacji tych faktur, w firmie PepsiCo Consulting Polska sp. z o.o. w 2016 r.
- b) oszczędność wynikająca z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy – siedziba Odwołującego znajduje się ok. 500 m od siedziby Zamawiającego, co pozwala na oszczędności związane z kosztami podróży, tj.:
  - koszty dojazdu;
  - koszty utraconych godzin przez pracownika w trakcie podróży z/do Klienta;

- koszty diet.
- c) oszczędność wynikająca z kosztów pracy związana z umowami – część pracowników, z którymi Odwołujący współpracuje, jest zatrudniana na umowy o dzieło, są dedykowani do poszczególnych projektów, co pozwala zmniejszyć koszty pracy;
- d) oszczędność wynikająca z kosztów pracy związana z administracją – Odwołujący jest firmą z sektora MŚP, stąd w porównaniu do dużych korporacji ma znacząco ograniczone koszty administracyjne, ponadto członkowie zarządu biorą realny udział w realizacji projektów np. w przedmiotowym projekcie, Wiceprezes Zarządu pełni funkcje Kierownika Zespołu, dlatego marża spółki może być mniejsza.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zwrócił się do niego o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień, a w szczególności nie przedstawił prośby o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wskazując na rażąco niską cenę, a równocześnie przyjął tańszą ofertę firmy Wykonawcy Y, o 33% niższą od wartości zamówienia i 57% niższą od średniej cen złożonych ofert. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do rażąco niskiej ceny Odwołującego, to przyjęcie jeszcze niższej oferty innego oferenta naraża Zamawiającego na niepowodzenie całości projektu, zwłaszcza że średnia stawka rynkowa ze złożonych ofert była wyższa o 249.920 zł, więc w takiej sytuacji bezpieczniej było unieważnić przetarg i skorygować postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), tak aby uniknąć tak dużych rozbieżności cenowych.

Następnie Odwołujący stwierdził, że oferta Wykonawcy Y zawiera rażąco niską cenę w zakresie wyceny Fazy II zamówienia, która, zgodnie z SIWZ, str. 4, ma zostać zrealizowana w puli 1.200 godzin roboczych odpowiednich specjalistów składających się na zespół realizujący zamówienie po stronie wykonawcy i stanowić 30% zamówienia.

Cena oferty Wykonawcy Y wynosiła 246 000 brutto, co stanowi kwotę 200.000 zł netto (spółka jest vatowcem, więc do dalszych kalkulacji przyjęto kwotę netto). Faza 2 stanowić ma 30% całego zamówienia, a więc w przypadku tej oferty stanowi to kwotę ok. 60.000 zł netto. Aby zrealizować 1.200 h należałoby pozyskać specjalistów w Krakowie za kwotę 41,40 zł brutto (w przypadku umowy zlecenie wraz z opłaconymi składkami ZUS) lub 50 zł netto w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą. Zakłada się przy tym, że Wykonawca Y stosuje zasady uczciwej konkurencji i nie przyjął, że Faza II jest realizowana na wewnętrznej stracie dla firmy (działając przy tym na szkodę spółki) lub też, że Zamawiający nie wykorzysta w pełni oczekiwanych 1.200 h wsparcia i nie założył, że czas niezbędny na

dojazdy ekspertów do siedziby Zamawiającego jest wliczony w pulę godzin do wykorzystania, co byłoby niezgodne z odpowiedzią na pytanie 7 do SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, aby zrealizować 1.200 h wsparcia dla Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami SIWZ, wykonawca zobowiązany będzie do uczestniczenia w spotkaniach roboczych organizowanych przez Zamawiającego, na które będzie zapraszany wdrażający usługę MBC i na których będą omawiane poszczególne plany czy etapy pracy nad wdrożeniem platformy MBC (SIWZ definiuje łącznie 11 etapów: 7 dla Fazy I i 4 dla Fazy II), a wykonawca zgodnie z SIWZ jest zobligowany do uczestnictwa w średnio dwóch spotkaniach roboczych na każdy etap Fazy II oraz na spotkaniach merytorycznych w ramach etapów:

- „Udział w pracach komisji przetargowej” („Wykonawca zobowiązany będzie do uczestniczenia w pracach Komisji Przetargowej w roli eksperta”);
- „Współpraca z podmiotem wdrażającym usługę MBC” („Wykonawca zobowiązany będzie do uczestniczenia w spotkaniach roboczych organizowanych przez Zamawiającego, na które będzie zapraszany Wdrażający usługę MBC i na których będą omawiane poszczególne plany czy etapy pracy nad wdrożeniem platformy M”).

Odwołujący przedstawiał wartości kosztów dodatkowych, obejmujące: koszty podróży z siedziby Wykonawcy Y do siedziby Zamawiającego oraz koszty niezutilizowanych godzin związanych z realizacją wsparcia dla Zamawiającego.

Koszty podróży skalkulowano w następujący sposób:

Wykonawca jest zobligowany do 8 spotkań roboczych z Zamawiającym dotyczących prac danego etapu oraz do spotkań merytorycznych w ramach etapów: „Udział w pracach komisji przetargowej” oraz „Współpraca z podmiotem wdrażającym usługę MBC”. Oszacowano zatem, że jest potrzebne co najmniej 16 spotkań w siedzibie Zamawiającego, co wiąże się z następującymi kosztami:

8 spotkań roboczych [2 x 286 km x 0,8358 zł (kilometrówka) + 15 zł (dieta)] + 8 spotkań merytorycznych [2 x 286 km x 0,8358 zł (kilometrówka) + 15 zł (dieta)] = 7.889,24 zł (nie wliczając kosztów przejazdu autostradą A4).

Z uwagi na fakt, że czas przejazdu samochodem z Krakowa do Wrocławia wynosi ok. 2 h 50 min. w jedną stronę jest mało prawdopodobne, aby podróż w dwie strony oraz spotkanie u Zamawiającego zamknęła się w czasie krótszym niż 8 h, stąd została policzona dieta w wysokości 15 zł.

Koszty niezutilizowanych godzin związanych z realizacją wsparcia dla Zamawiającego skalkulowano w następujący sposób:

Z uwagi na wskazany powyżej czas przejazdu z Krakowa do Wrocławia Zamawiający, przy każdym przejeździe do Zamawiającego w przypadku spotkań roboczych oraz spotkań merytorycznych, będzie ponosił koszt niezutilizowanych godzin, który nie będzie mógł rozliczyć w ramach puli 1.200 h, gdyż Zamawiający tego nie przewiduje w SIWZ. Oszacowano zatem, że koszty niezutilizowanych godzin będą wynosić:

8 spotkań roboczych (2 x 2 h 50 min.) x stawka 50 zł (stawka jaka wynika z oferty Wykonawcy Y) + 8 spotkań merytorycznych (2 x 2 h 50 min.) x stawka 50 zł (stawka jaka wynika z oferty Wykonawcy Y) = 4.528 zł netto.

Uwzględniając powyższe koszty dodatkowe, które stanowić będą dla Wykonawcy Y dodatkowy koszt, średnia stawka godzinowa dla zapewnienia minimalnego wsparcia specjalistów z Wrocławia, musiałaby wynosić nie 50 zł a 39,65 zł netto w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą lub ok 32,87 zł w przypadku zatrudnienia osób w oparciu o umowę zlecenie ze stawkami ZUS (w obu przypadkach różnica między stawką wziętą do kalkulacji wsparcia 1.200 h a stawką uwzględniającą koszty dodatkowe wynosi ok. 20%). Przy czym, z treści SIWZ jasno wynika, że Zamawiający może oczekiwać znacznie większego wsparcia na miejscu w ramach Fazy II, niż tylko 128 h (16 spotkań x 8 h) na 1.200 h oczekiwanego wsparcia. Zatem koszty dodatkowe mogą okazać się jeszcze większe niż wykazano to powyżej, jeżeli spotkań będzie więcej i będą one krótsze niż 8 h, co spowoduje, że pojawia się istotne ryzyko z bardzo dużym prawdopodobieństwem wystąpienia i dużym wpływem na realizację projektu, gdyż Wykonawca Y będzie dążyć do jak najmniejszej liczby spotkań (bowiem każde dodatkowe spotkania będą generować dla niej dodatkowe koszty), a to z kolei jest sprzeczne z interesem Zamawiającego, który oczekuje należytego wsparcia przez cały okres trwania Fazy II.

Uwzględniając analizę średnich stawek rynkowych specjalistów na rynku pracy wynikający z wyjaśnień Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie wymaganych 1.200 h w sumarycznej kwocie 60.000 zł netto, przy skalkulowanych powyżej średnich stawkach godzinowych oraz kosztach dodatkowych, zważywszy że w odpowiedzi na pytanie 1d):

„Jaki jest podział godzin na poszczególne funkcje w ramach fazy drugiej, czy wszystkie osoby mają pozostawać w gotowości do realizacji zamówienia w trakcie całego trwania fazy?”

Zamawiający wskazał, że będzie to zależne od wyników prac prowadzonych przez Wykonawcę Platformy. Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby wskazane w ofercie pozostały w gotowości do realizacji zamówienia w trakcie trwania 2 fazy zamówienia. Wykonawca Y powinien zatem wziąć pod uwagę nie kwotę 50 zł jaka wynika z kalkulacji fazy 2, a średnią stawkę wszystkich specjalistów, których podał w ofercie i zamierza wykorzystać w projekcie, tak aby uwzględnić wymaganie Zamawiającego, co do gotowości i możliwości udziału w spotkaniach w ramach Fazy 2.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z następującą argumentacją.

Zamawiający podkreślił na wstępie, że dokonał rzetelnej analizy i oceny zarzutów odwołania pod względem merytorycznym, uznając, że wyjaśnienie rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę Y pismem z dnia 28 października 2018 r. jest rzetelne, wyczerpujące a przyjęta przez tego wykonawcę kalkulacja kosztów nie wykazuje ryzyka zaistnienia rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, odrzucenie tej oferty na podstawie art 87 ust. 1 pkt 4 Pzp nie byłoby uzasadnione.

W odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem w dniu 26 października 2018 r. przez Odwołującego, Zamawiający wskazał na zbyt duży stopień ogólności i lakoniczność wyjaśnień, a także na odmowę ujawnienia najważniejszych czynników cenotwórczych (stawek godzinowych ekspertów wykonujących zamówienie) pomimo wyraźnego wezwania przez Zamawiającego do złożenia kalkulacji ceny. Wyjaśnienia należy uznać za niewystarczające, ponieważ nie stanowią one wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny. W związku z powyższym, konieczne jest przyjęcie, że wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny – cena oferty pozostaje więc rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nieuzasadnionego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający zauważył, że Odwołujący przywołuje kwotę 329.000 zł brutto, tj. kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, co pozostaje w sprzeczności z treścią art 90 ust 1a pkt 1 Pzp, który wskazuje wyraźnie na wartość ustaloną przed wszczęciem Postępowania na podstawie art 35 ust. 1 i 2 Pzp, powiększoną o należny podatek od towarów i usług (tj. wartość szacunkową zamówienia) jako na wartość wyjściową od której zależy zasadność wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wartość szacunkowa wynosiła 217. 000,00 zł netto, a po doliczeniu wymaganego podatku – 266.910,00 zł brutto. Jednakże, powyższe ustalenia nie mają znaczenia w tej sprawie, ponieważ żadna z ofert nie wykazała ceny, która byłaby (zgodnie z dyspozycją art 90 ust. 1a pkt 1 Pzp) niższa o co najmniej 30% od wskazanej wartości, co wyklucza zastosowanie tego kryterium jako podstawy wszczęcia postępowania o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia wymaga fakt, że art 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie pozostawia Zamawiającemu swobodnego wyboru w zakresie zastosowania przesłanki warunkującej wszczęcie postępowania o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, Zamawiający ma obowiązek wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jeśli zaistnieje którakolwiek z przesłanek wskazanych w jego treści, a więc również w przypadku,



gdy cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co miało miejsce w odniesieniu do oferty Odwołującego i Wykonawcy Y.

Warto dodać, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem i stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, dla obliczenia średniej arytmetycznej cen ofert na potrzeby badania zaistnienia przesłanki podejrzenia rażąco niskiej ceny nie ma znaczenia fakt, że cena podana przez jednego z wykonawców jest ceną znacznie odbiegającą od cen pozostałych ofert. Co więcej, nie ma przepisów, które zwalniałyby Zamawiającego z obowiązku uwzględnienia takiej ceny w średniej arytmetycznej, o której mowa w art 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Zamawiający musi tutaj dokonać porównania matematycznego ceny ofertowej do średniej cen złożonych w postępowaniu ofert, do której to obliczenia bierze się pod uwagę wszystkie złożone oferty, w tym także oferty podlegające odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego z 26 października 2018 r., złożonych w przedmiocie podejrzenia rażąco niskiej ceny oraz bezzasadnego odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał na art. 90 ust. 2 Pzp oraz ukształtowane na jego gruncie orzecznictwo, zgodnie z którym ciężar dowodu w zakresie wyjaśnienia że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W związku z powyższym, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek złożyć wyjaśnienia precyzyjne, należycie umotywowane oraz poparte dowodami, które rozproszyłyby wątpliwości zamawiającego. W przeciwnym razie, ponosi ryzyko niezachowania wystarczającej staranności w udzieleniu odpowiedzi.

Należy zauważyć, że wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny były bardzo ogólne, lakoniczne, a przede wszystkim nie zawierały stosownej analizy czynników cenotwórczych lub okoliczności, które realnie wpływałyby na poziom zaoferowanej ceny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego. został on wyraźnie wezwany do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej uwzględniającej elementy cenotwórcze wpływające na wysokość podanej ceny wraz z dowodami, co wynika z treści pisma z dnia 24 października 2018 r.

Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych 26 października 2018 r. nie przedstawił żądanej kalkulacji ceny ofertowej, a nawet wprost odmówił przedstawienia stawek godzinowych specjalistów, którzy mieliby wykonywać przedmiot zamówienia bezzasadnie stwierdzając, że „nie ma takiego obowiązku”. Jako wyjaśnienie zaoferowanej ceny podał natomiast zestawienie przyjętych na rynku wynagrodzeń miesięcznych i stawek godzinowych poszczególnych specjalistów wymaganych do realizacji zamówienia (zaczepnięte z portalu internetowego wynagrodzenia.pl) przy wyraźnym wskazaniu, że „kalkulacja nie przedstawia rzeczywistych stawek stosowanych przez Nova Praxis Sp. z o.o. dla swoich pracowników”.

Powyższe dowodzi, że Odwołujący zaniedbał ciążyący na nim obowiązek przedstawienia realnych i wyczerpujących wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny. Biorąc bowiem pod uwagę przedmiot zamówienia na cenę ofertową składają się tutaj głównie koszty osobowe związane z wynagrodzeniem dla poszczególnych specjalistów, co oznacza że nie jest możliwe złożenie realnych i wyczerpujących wyjaśnień rażąco niskiej ceny bez podania stawek godzinowych lub wynagrodzeń miesięcznych dla poszczególnych specjalistów. Informacje z portalu wynagrodzenia.pl mogłyby zostać zaakceptowane jedynie jako uzupełnienie do realnej kalkulacji kosztów poniesionych przez Odwołującego, nie mogą jednak zastąpić rzeczowych wyjaśnień dotyczących czynników cenotwórczych, o jakie prosił Zamawiający. Przedstawienie tylko i wyłącznie przykładowego zestawienia stawek rynkowych, typowo stosowanych dla specjalistów z danej branży bez jednoczesnego podania stawek rzeczywiście zastosowanych przez Odwołującego uniemożliwia Zamawiającemu przeprowadzenie jakiegokolwiek oceny co do zaistnienia lub braku rażąco niskiej ceny.

Co więcej, złożone wyjaśnienia z uwagi na brak konkretnych danych dotyczących kosztów pracy związanych z realizacją zamówienia uniemożliwiają Zamawiającemu zbadanie, czy stawki wynagrodzenia miesięcznego lub stawki godzinowe przyjęte dla osób niezatrudnionych na podstawie umowy o dzieło zostały ustalone z zachowaniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu o pracę i minimalnej stawce godzinowej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r., poz. 2177 j.t.), zwanej dalej „Ustawą”.

Dodatkowego wyjaśnienia wymaga fakt, że przytoczona przez Odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w odwołaniu stawka 79,95 zł brutto, tj. 65,00 zł netto, jest stawką wykazaną w formularzu ofertowym Odwołującego za roboczogodzinę usługi realizowanej przez wykonawcę w Fazie II zamówienia (obejmującej doradztwo na etapie dokonywania wyboru wykonawców, budowy platformy, dokonywania odbiorów), nie może być więc utożsamiana ze stawkami godzinowymi pracy poszczególnych specjalistów w ramach całego zamówienia. Co więcej, Odwołujący nie wspomina o kosztach pracy specjalistów w Fazie I zamówienia obejmującej sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, które stanowią istotny element cenotwórczy oferty.

Podkreślenia wymaga również fakt, że Odwołujący nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie zaistnienia lub braku zaistnienia okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w lit. b)-e) wezwania, tj. skorzystania przez wykonawcę z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów prawa i do rozmiaru i skali przyznanej pomocy publicznej, uwzględnienia przez wykonawcę oszczędności wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, oszczędności wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,

oszczędności wykonania części przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę/podwykonawców.

Odwołujący ustosunkował się jedynie do okoliczności wskazanych w lit. a) wezwania, tzn. wskazał na zaistnienie oszczędności metody wykonania zamówienia (z uwagi na posiadanie autorskiej metodyki realizacji zamówienia), oszczędności wynikających z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy (bliskość położenia siedziby Odwołującego), oszczędności wynikających z kosztów pracy (zatrudnienie części osób na podstawie umowy o dzieło, brak kosztów związanych z rozbudowaną administracją). Należy jednak zauważyć, że w wyjaśnieniach dotyczących zastosowania autorskiej metodyki realizacji zamówienia Odwołujący posługuje się jedynie ogólnikami: nie wyjaśnia na czym polega wspomniana metodyka, ani nie podaje jej wpływu na obniżenie ceny, a co więcej nie tłumaczy w jaki sposób wspomniane sukcesy przy realizacji innych opracowań miałyby przełożyć się na obniżenie kosztu wykonania wskazanego zamówienia.

Powyższe wyjaśnienia, jak również całe stanowisko Odwołującego wyrażone pismem z dnia 26 października 2018 r., cechuje wysoki stopień ogólności, lakoniczność oraz brak jakichkolwiek dowodów wskazujących na brak zaistnienia rażąco niskiej ceny, co uzasadnia podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu jego oferty.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wystosowania wobec Odwołującego ponownego wezwania w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający zauważył, że co prawda procedura udzielania zamówień publicznych pozwala na zastosowanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednakże takie powtórzone wezwanie może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. W świetle dotychczasowego orzecznictwa takie rozwiązanie jest jednak dopuszczalne tylko wobec wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie w sytuacji gdy wykonawca, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób ogólnikowy. Z uwagi na lakoniczny charakter odpowiedzi Odwołującego, ponowne wezwanie go do złożenia wyjaśnień stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 Pzp, na co wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W ustosunkowaniu do zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Y z uwagi na rażąco niską cenę Zamawiający podkreślił, że dopełnił wszelkich obowiązków jakie były wymagane w związku z zaistnieniem w stosunku do tej oferty podejrzenia rażąco niskiej ceny. Wykonawca Y został wezwany do udzielenia

wyjaśnień pismem identycznym do pisma wystosowanego wobec Odwołującego, z wyznaczeniem tego samego terminu na udzielenie wyjaśnień.

Wykonawca Y złożył wyjaśnienia w wymaganym terminie, jednakże w odróżnieniu od wyjaśnień Odwołującego, była to odpowiedź rzetelna i wyczerpująca, zawierające szczegółowe dane dotyczące wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, stawek godzinowych poszczególnych specjalistów w rozbiciu na obydwie Fazy projektu. Wykonawca Y nie tylko dokładnie wskazał wszystkie czynniki cenotwórcze składające się na cenę oferty lecz także złożył wyjaśnienia w zakresie zaistnienia lub braku zaistnienia okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w pkt a)-e) wezwania z dnia 24 października 2018 r., złożył kalkulację ceny ofertowej oraz inne dowody na poparcie przedstawionych twierdzeń. Poszczególne kwoty wynikające z kalkulacji ceny zostały oszacowane zgodnie z realiami rynkowymi oraz generują zysk dla Wykonawcy Y, nie są więc, jak twierdzi Odwołujący, cenami zaniżonymi. Co więcej, podane przez Wykonawcę Y stawki godzinowe specjalistów czynią zadość przepisom Ustawy, a przy pomnożeniu przez podaną ilość roboczogodzin wykazują ostatecznie kwotę podaną jako cena oferty, co świadczy o spójności i rzetelności złożonych wyjaśnień.

Zamawiający dodał, że Odwołujący myli płatność za daną Fazę z faktycznymi wydatkami jakie ma ponieść wykonawca przy realizacji za daną fazę. Zamawiający zastosował następujący rozkład płatności: za Fazę I – 70% wynagrodzenia całkowitego, za Fazę II - 30% wynagrodzenia całkowitego, co nie jest równoznaczne z rozkładem faktycznych wydatków związanych z realizacją tych Faz. Powyższy rozkład płatności wynika z rozkładu wydatków budżetowych instytucji i planowanym (na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej) zamknięciem budżetu Fazy I do końca roku 2018 r. Dlatego też, analizy Odwołującego oparte na kwocie 60.000,00 zł netto jako wartości mającej pokryć wszelkie wydatki wykonawcy poniesione w zakresie Fazy II są bezzasadne. Na marginesie należy zauważyć, że często w przypadku projektów realizowanych z udziałem środków unijnych podział płatności wynagrodzenia za realizację umowy nie pokrywa się z podziałem realnych kosztów ponoszonych za poszczególne etapy/ fazy.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca Y, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy Y (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie z 10 grudnia br. Wykonawca Y uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.

Przystępujący podał, że z przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika możliwość wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny także w przypadku, gdy co najmniej

30-procentowa różnica zachodzi pomiędzy ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert, chyba że zachodzą w sprawie oczywiste okoliczności niewymagające wyjaśnienia. Nie zachodzą one w sytuacji, w której jedna z ofert wpływająca na tą różnicę jest znacznie wyższa od pozostałych.

Następnie Wykonawcy Y podał, że Zamawiający zwrócił się zarówno do Odwołującego, jak i Przystępującego o złożenie wyjaśnień. Zamawiający sporządził pisma w takiej samej formie, w treści przekazując zarówno podstawę formalną wezwania, jak i jasno określone żądania w zakresie wyjaśnień. Zamawiający wezwał do przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej uwzględniającej aspekty wynikające z wezwania oraz pouczył wykonawców, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Twierdzenia Odwołującego, że „Zamawiający nie przedstawił prośby o przedłożenie szczegółowej kalkulacji cenowej” są więc całkowicie bezpodstawne. Odwołujący oświadczył, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, opierając swoje wyjaśnienia na całkowicie błędnej przesłance, jakoby Zamawiający nie miał obowiązku zbadać rażąco niskiej ceny. W ocenie zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego treść wyjaśnień Odwołującego nie spełnia warunków uznania tych wyjaśnień za wystarczające. Odwołujący odmówił bowiem wskazania rzeczywistych stawek personelu zatrudnionego do realizacji zamówienia, wskazując wprost, że „Kalkulacja nie przedstawia rzeczywistych stawek stosowanych przez Nova Praxis Sp. z o.o. dla swoich pracowników tylko informuje, że da się zatrudnić wymienionych specjalistów w niższej cenie”. Odwołujący odmówił wskazania realnych stawek, które musiały być skalkulowane w koszcie oferty. Nie wskazał żadnych elementów kosztowych, jakich wymagał Zamawiający. Wyjaśnienia Odwołującego mogłyby co najwyżej stanowić potwierdzenie, że stawki stosowane przez niego są realne, ale stawek tych Odwołujący z premedytacją nie podał. Wyjaśnienia Odwołującego nie są rzetelne, pełne, wyczerpujące – są to wyjaśnienia nie poparte żadnymi dowodami.

Odwołujący nie przedstawił dowodów pozwalających stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, wskazując jedynie kilka czynników, które w żadnym stopniu nie uzasadniają w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że oferowana cena całości oferty jest efektem oszczędności wynikającej z metody wykonania zamówienia – Odwołujący powołał się na metodykę, jednak w żadnym miejscu nie odnosi się jednak w jaki sposób przyjęta metodyka pozwala na obniżenie kosztów. Odwołujący nie wskazał czynników obiektywnych, które odróżniają sytuację badanego wykonawcy od innych i mają przełożenie na cenę. Poza ogólnikowymi stwierdzeniami nie przedstawił argumentów, nie wskazał konkretnych komponentów,

które może wdrożyć w ramach zamówienia. Wypracowany system pracy, czy posiadanie kadry nie wpływa na znaczącą przewagę konkurencyjną wykonawcy.

Kolejnymi czynnikami, które nie odróżniają Odwołującego od innych podmiotów jest oszczędność wynikająca z kosztów pracy związana z umowami, czy oszczędność wynikająca z tego, że Odwołujący jest podmiotem z sektora MŚP oraz fakt, że członkowie zarządu biorą realny udział w realizacji projektów, np. w przedmiotowym projekcie, Wiceprezes Zarządu pełni funkcję Kierownika zespołu, dlatego marża Odwołującego może być mniejsza. Odwołujący nie wskazuje w jaki sposób pozwala to na zmniejszenie kosztów. Możliwość łączenia ról w żaden sposób nie zmniejsza np. wymaganej pracochłonności w II etapie. Odwołujący nie wskazał żadnej przewagi konkurencyjnej. Każdy z podmiotów profesjonalnie zajmujących się tworzeniem dokumentacji ma wdrożone specjalne metody prowadzenia projektów. Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych czynników, które odnoszą się do niego i powodują, że jego cena będzie się wyróżniać w takim stopniu spośród ofert innych Wykonawców pod względem kalkulacji ceny.

Odwołujący podał również, że oszczędności generuje to, że jego siedziba znajduje się ok. 500 m od siedziby Zamawiającego, co pozwala na oszczędności związane z kosztami podróży, tj. koszty dojazdu, koszty utraconych godzin czy koszty diet. Wyjaśnienia te jednak również nie są poparte jakimikolwiek danymi liczbowymi. Ponadto, siedziba Odwołującego nie ma związku z tym skąd pochodzą pracownicy, Rozważania te jednak w kontekście całości wyjaśnień Odwołującego są całkowicie bezzasadne.

Dodatkowo Wykonawca Y zaznaczył, że Zamawiający nie mógł wezwać do ponownego złożenia wyjaśnień, wskazując na argumentację tożsamą ze stanowiskiem Zamawiającego.

Zdaniem Przystępującego zarzut dotyczący odrzucenia jego oferty nie znajduje uzasadnienia. Wykonawca Y, w przeciwieństwie do Odwołującego, przedstawił szczegółowe stawki popierając je zarówno danymi liczbowymi, jak i stosownymi dowodami. Wskazał również konkretne okoliczności wskazujące na oszczędność zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że „jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do rażąco niskiej ceny Oferenta NPX, to przyjęcie jeszcze niższej oferty innego oferenta naraża Zamawiającego na niepowodzenie całości projektu, zwłaszcza, że średnia stawka rynkowa ze złożonych ofert była wyższa o 249 920,00 zł, więc w takiej sytuacji bezpieczniej było unieważnić przetarg i skorygować zapisy SIWZ, tak aby uniknąć tak dużych rozbieżności cenowych”, Przystępujący stwierdził, że Odwołujący nie składając żadnej wyceny czy dowodów na potwierdzenie czy jego oferta nie jest rażąco niska sam wykluczył się z Postępowania. Ocena ofert innych wykonawców jest wykonywana na bazie złożonych przez nich wyjaśnień. To, że Odwołujący nie jest w stanie wykonać danego zamówienia za niższą

cenę, nie oznacza, że inni wykonawcy, którzy udowodnili, że cena jest rynkowa i za wskazaną cenę możliwe jest prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, również nie są w stanie wykonać takiego świadczenia. Zamawiający, działając również w trybie dyscypliny finansów publicznych nie może unieważniać postępowania z powodu samej rozbieżności cenowej.

Chybione, zdaniem Wykonawcy Y, są również zarzuty dotyczące niedoszacowania kosztów realizacji Fazy II zamówienia. Zamawiający we wzorze umowy wymagał wskazania ceny za roboczogodzinę wraz ceną za wszystkie godziny w ramach Fazy II (1.200 roboczogodzin). Przystępujący wskazał, że jedna roboczogodzina pracy specjalisty wynosi 50,00 zł netto i taką stawkę przyjął przy wycenie. Stawka ta jest zgodna z wyjaśnieniami oraz wymaganą przez Zamawiającego dokumentacją, w tym odpowiedziami na pytanie (np. odpowiedź na pytanie nr 7). Przyjęte przez Przystępującego stawki roboczogodzin obejmują wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia oraz przewidywaną marżę. Wyjaśnienia zostały zawarte w piśmie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów Odwołującego – cały swój wywód Odwołujący odnosi do:

- a) stawek za roboczogodzinę, które przyjął na podstawie mediany wynagrodzeń na stanowiskach opisanych na portalu wynagrodzenia.pl, a nie nawet stawek stosowanych przez samego Odwołującego; abstrahując już od faktu, że średnia wskazanych w piśmie wynagrodzeń jest dużo niższa niż zaproponowana „rażąco niska” stawka wskazana w ofercie Przystępującego, a więc dodatkowo potwierdza możliwość wykonania zamówienia we wskazanych stawkach;
- b) konieczności doliczenia „kosztów dodatkowych” obejmujących „koszty podróży z siedziby YBAH Sp. z o.o. do siedziby Zamawiającego oraz koszty niezutilizowanych godzin związanych z realizacją wsparcia dla Zamawiającego” – wydaje się, że jedyną przewagą Odwołującego jest siedziba znajdująca się w niedalekiej odległości od Zamawiającego; Przystępujący zaznaczył, że koszty zatrudnienia ekspertów zostały wskazane wprost w tabeli dotyczącej Fazy II w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny; Przystępujący przy każdej osobie podał cenę „sprzedaży” roboczogodziny, a więc cenę z marżą i wszystkimi innymi daninami; zatrudnieni eksperci to osoby posiadające własną działalność gospodarczą czy osoby pracujące na umowach cywilno-prawnych; z takiego rozwiązania korzysta również Odwołujący w celu obniżenia kosztów; Przystępujący w swoich wyliczeniach opiera się na błędnej przesłance konieczności przyjazdu z Wrocławia do Krakowa w celu realizacji zamówienia; Odwołujący nie wziął pod uwagę w ogóle możliwości dysponowania lokalem w Krakowie czy możliwości przyjazdu z innej części kraju przez Przystępującego; Odwołujący liczy koszty diet, które nie są

obowiązkowym elementem np. w przypadku osób zatrudnionych na zasadach B2B (prowadzących działalność gospodarczą); Przystępujący obliczył 1.200 roboczogodzin pracy zgodnie z zaleceniami Zamawiającego i pozwoli na sprawną realizację zamówienia; Wykonawca Y zaznaczył, że współpracuje z wieloma ekspertami i realizuje podobne projekty w całym kraju, a podane stawki poparte zostały danymi historycznymi czy oświadczeniami osób.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści szczegółowej kalkulacji ceny oferty, z uwzględnieniem przyjętych do jej obliczenia stawek wynagrodzenia specjalistów, liczby godzin pracy i kosztów dodatkowych.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Przystępującego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ;
2. ofert Odwołującego i Przystępującego;
3. wezwań Odwołującego i Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – pism z 24 października 2018 r.;
4. wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego – pisma z 28 października 2018 r. (część wyjaśnień objętych została tajemnicą przedsiębiorstwa);
5. wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego – pisma z 24 października 2018 r.;
6. zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego – pisma z 26 października 2018 r.;
7. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej – pisma z 26 października 2018 r.

Ustalono, że stan faktyczny nie jest sporny i został przedstawiony przez Strony postępowania odwoławczego i Przystępującego adekwatnie do treści ww. dokumentów, w związku z czym nie wymaga uzupełnienia.



W powyższych okolicznościach Izba uznała wniesione odwołanie za niezasadne.

Na wstępie wyjaśnienia wymaga, że przedstawiona przez Odwołującego interpretacja przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie znajduje oparcia w jego treści. Zgodnie z przywołaną regulacją obowiązek badania rażąco niskiej ceny powstaje każdorazowo w razie zaistnienia co najmniej jeden z przesłanek opisanych w tym przepisie, na co wskazuje użyty przez ustawodawcę spójnik „lub”. Błędny był zatem pogląd Odwołującego, że przepis ten przewiduje dwa „tryby” badania rażąco niskiej ceny, w istocie bowiem wskazano w nim na dwie przesłanki, z których zaistnienie co najmniej jednej, obliguje zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. W tej sprawie podstawą do wszczęcia procedury wyjaśniającej była ponad 30-procentowa różnica pomiędzy ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert.

Kolejno należy zauważyć, że w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przewidziano wyjątek od wspomnianego powyżej obowiązku, uwarunkowany stwierdzeniem, że ujawniona rozbieżność jest wynikiem okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Odwołujący przywołał w tym zakresie cenę oferty złożonej przez Wykonawcę FP, którą określił mianem „drastycznie wysokiej”. W opinii składu orzekającego samo tylko stwierdzenie, że cena jednej z ofert znacząco odbiega od poziomu cenowego ustalonego na podstawie pozostałych ofert nie stanowi *per se* o zaistnieniu komentowanej przesłanki. Jej stwierdzenie w takich okolicznościach powinno być poparte argumentacją, że, przykładowo, wysoka cena oferty została skalkulowana w oderwaniu od realiów rynkowych, które wskazują na odmienny trend w kształtowaniu cen. W tej kwestii Odwołujący nie rozwinął prezentowanego w odwołaniu stanowiska. Dodatkowo należy mieć na względzie, że przedmiotem zamówienia są usługi polegające na wykorzystaniu specjalistycznej wiedzy i doświadczenia osób, które będą je świadczyć, w tym m.in. doradcze i konsultacyjne. Zdaniem Izby koszty takich usług ustalane są ze szczególnym uwzględnieniem subiektywnego przekonania wykonawcy o jego renomie, pozycji rynkowej, czy jakości świadczonych usług. Z tych względów Izba nie stwierdziła, aby w tej sprawie zachodziła przesłanka zwalniająca Zamawiającego z przeprowadzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Odwołującego i Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego skład orzekający uwzględnił przede wszystkim okoliczność, że Odwołujący – wbrew wyraźnemu oczekiwaniu przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny (zob. wezwanie odwołującego, str. 2) – odmówił jej przedstawienia (wyjaśnienia Odwołującego, str. 2). Bezspornie, ze względu na przedmiot zamówienia, zasadniczym elementem cenotwórczym są koszty wynagrodzenia specjalistów, którzy będą realizować zamówienie, zatem Zamawiający – badając rynkowy charakter zaofferowanych cen – miał prawo oczekiwać szczegółowych wyliczeń w tym zakresie, a obowiązkiem Odwołującego (zob. art. 90 ust. 2 Pzp) było ich przedstawienie. Odwołujący nie sprostął temu oczekiwaniu, stwierdzając, że

„nie ma obowiązku przedstawiania stawek godzinowych każdego pracownika” i ograniczając się do wskazania przykładowych wynagrodzeń specjalistów. Czym innym jest jednak przedstawienie kalkulacji ceny oferty (tj. konkretnych kwot składających się na nią), a przedstawienie założeń potwierdzających trafność sporządzonej kalkulacji. Wyjaśnienia Odwołującego sprowadzają się wyłącznie do drugiego z tych elementów, co wobec treści wezwania, nie było wystarczające.

Rozstrzygając o omawianym zarzucie odwołania Izba nie uwzględniła wniosków płynących ze złożonego przez Odwołującego na rozprawie dowodu, stwierdzając że jest to dowód spóźniony. Odwołujący był bowiem wyraźnie wzywany do przedstawienia kalkulacji ceny i równie wyraźnie odmówił realizacji wezwania w tym zakresie. Uwzględnienie omawianego dowodu na etapie postępowania odwoławczego spowodowałoby nierówne potraktowanie wykonawców (Odwołującego i Przystępującego), do których Zamawiający jednocześnie wystosował wezwanie identycznej treści, wyznaczając jednakowy termin na udzielenie odpowiedzi. Z okoliczności sprawy, w sposób niebudzący wątpliwości, wynika, że Wykonawca Y sprostą wyrażonym w wezwaniu oczekiwaniom Zamawiającego (o czym poniżej), natomiast Odwołujący – nie.

Odnosząc się kolejno do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę Izba ogólnie (z uwagi na niezakwestionowane przez Odwołującego objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa) wskazuje, że argumentację Wykonawcy Y dotyczącą kalkulacji ceny oferty cechuje wyższy, niż w przypadku Odwołującego, poziom szczegółowości. Przede wszystkim Przystępujący, na str. 2-3 wyjaśnień, przedstawił szczegółowy wykaz czasowego zaangażowania specjalistów w rozbiciu na dwie fazy projektu. Następnie, na str. 4-7 wyjaśnień, przedstawił, w odniesieniu do każdego ze specjalistów, podstawy określenia wysokości należnych im wynagrodzeń. Finalnie, Wykonawca Y załączył do wyjaśnień dowody potwierdzające prawidłowość przedstawionych kalkulacji (oświadczenia pracowników stanowiące załączniki do wyjaśnień).

W konsekwencji przytoczone w odwołaniu argumenty mające świadczyć o niedoszacowaniu przez Przystępującego kosztów realizacji Fazy II projektu oderwane są od przyjętych przez Wykonawcę Y założeń, popartych stosownymi wyliczeniami. W szczególności, Odwołujący, przedstawiając szacowane koszty wsparcia w Fазie II, nie wziął pod uwagę możliwości zdalnej realizacji zamówienia, która nie została wyłączona w SIWZ. Zgodnie bowiem z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ, str. 4) Zamawiający przewidział w tej fazie 8 spotkań z udziałem specjalistów. W pozostałym zakresie uprawniony jest wniosek, że czynności przewidziane w Fазie II będą mogły być realizowane zdalnie, bez uszczerbku dla należytego wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018, poz. 972 j.t.).

**Przewodniczący:** .....