

WYROK
z dnia 14 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 roku przez wykonawcę **SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Nadzoru Budowlanego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale: wykonawcy **HyperView Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Głównemu Urzędowi Nadzoru Budowlanego w Warszawie: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy HyperView Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na podstawie art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Główny Urząd Nadzoru Budowlanego w Warszawie**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego w Warszawie**, na rzecz odwołującego **SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania.

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

UZASADNIENIE

Zamawiający - Główny Urząd Nadzoru Budowlanego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez zamawiającego, systemu teleinformatycznego elektronicznej książki obiektu budowlanego*. Numer referencyjny: BAF.260.1.2021 na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 kwietnia 2021 roku pod numerem 2021/S 070-178651. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 lipca 2021 roku wykonawca SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy - Hyperview sp. z o.o. (zwanego dalej: „Hyperview”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty Hyperview jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 pkt 8 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez Hyperview, a w konsekwencji zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo iż Hyperview nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o powyższe wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i w ramach tej ponownej oceny ofert:

- a) odrzucenie oferty Hyperview ze względu na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- b) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w oparciu o obowiązujące w postępowaniu kryteria oceny ofert.

Ponadto, odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu dokumentacji postępowania, oraz dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczności w nim wskazane, a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący podał, że zamawiający w dniu 26 maja 2021 roku wezwał wykonawcę Hyperview do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie zamówienia. Wykonawca Hyperview złożył swe wyjaśnienia w dniu 4 czerwca 2021 roku. W dniu 16 czerwca 2021 roku zamawiający zdecydował się na wezwanie ww. wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Odpowiedź na to ponowne wezwanie została przez Hyperview złożona w dniu 18 czerwca 2021 roku.

W ocenie odwołującego udzielone przez Hyperview wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są lakoniczne, niekonkretne, niekompletne i bardzo ogólnikowe, nie wyjaśniają wartości oferty tego wykonawcy, ani prawidłowości jej przygotowania, nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny powstałego na skutek skierowania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień. Ponadto wbrew jednoznacznej treści wezwania Hyperview nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających wyliczenie ceny/kosztu istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

Odwołujący zauważył, że w treści udzielonych wyjaśnień Hyperview nie przedstawił szczegółowych informacji, w tym finansowych, na temat:

- swych doświadczeń w realizacji projektów zbliżonych do przedmiotu postępowania, które mogłyby wpłynąć na obniżenie kosztów realizacji zamówienia,
- okoliczności umożliwiających wycenę przedmiotu zamówienia w postępowaniu na znacznie niższym poziomie niż w analogicznym postępowaniu pod nazwą „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez Zamawiającego, systemu teleinformatycznego elektronicznego dziennika budowy”, którego realizacja zastała wyceniona przez Hyperview na kwotę 2 301 227,79 złotych,
- przyjętej u wykonawcy metodologii szacowania kosztów realizacji prac projektowych, implementacyjnych i wdrożeniowych,
- aktualnych cen rynkowych budowy i wdrażania rozwiązań informatycznych analogicznych do przedmiotu zamówienia w postępowaniu,
- podstaw i uzasadnienia przyjęcia promocyjnej stawki za roboczogodzinę pracy, która różni się od stawki standardowej o ponad 17%,
- uwarunkowań rynkowych, w tym realnej wartości projektów analogicznych do objętego postępowaniem.

Odwołujący podkreślił, że kwestie wskazane powyżej zostały lakonicznie wspomniane przez wykonawcę Hyperview w udzielonych wyjaśnieniach, jednakże żadna z nich nie została w sposób rzetelny i szczegółowy opisana, wyjaśniona czy też poparta odpowiednimi

dowodami, dlatego też nie mogą być dla zamawiającego podstawą do oceny realności zaproponowanej przez takiego wykonawcę ceny ofertowej.

Zauważył też, iż przedmiotowe wyjaśnienia należy odczytywać także w kontekście aktualnie realizowanego projektu dla tego samego zamawiającego pn.: Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez Zamawiającego, systemu teleinformatycznego elektronicznego dziennika budowy, który jest przetargiem analogicznym i podobnym do niniejszego, w szczególności w zakresie technicznym, warunków udziału, założeń dotyczących podziału zamówienia na część podstawową oraz zamówienie objęte prawem opcji, czy podobnych kryteriów oceny ofert, a w którym to Hyperview wycenił swoją ofertę na kwotę całkowitą 2 489 760,63 złotych, podczas gdy przedmiot zamówienia w postępowaniu jedynie na kwotę 991 380 złotych.

Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na sposób wyceny wsparcia technicznego za 1 miesiąc świadczenia tej usługi w obu tych postępowaniach, tj. na kwotę 11 090,07 zł (133 080,84 zł za cały okres wsparcia równy 12 miesięcy) w postępowaniu z 2020 roku i na 3 690 zł (tj. 44 280,00 zł za cały okres wsparcia równy 12 miesięcy) w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie podkreślił, że w sytuacji zwiększenia zakresu wymagań dotyczących systemu EKOB, względem systemu EDB, co może powodować konieczność założenia większej liczby godzin potrzebnych do świadczenia wsparcia technicznego, tak nieproporcjonalne obniżenie ceny usługi wsparcia technicznego systemu bardziej wymagającego, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia.

Odwołujący wskazał na elementy cenowe w zakresie prawa opcji, tj. cena ofertowa brutto zamówienia w zakresie świadczenia usług modyfikacji wdrożonego systemu EKOB oraz cena ofertowa brutto zamówienia w zakresie świadczenia wsparcia technicznego, stanowiły w postępowaniu kryterium oceny ofert o wadze 5% każda z tych pozycji. Odwołujący wyraził wątpliwość, czy tak znaczne obniżenie wartości tożsamej usługi wsparcia technicznego względem obu postępowań, nie znajduje uzasadnienia w potencjalnej próbie manipulacji punktacją.

Następnie odwołujący stwierdził, iż biorąc pod uwagę zastosowaną przez Hyperview podobną stawkę godzinową za usługi modyfikacji systemu (w 2020 r. 138,63 zł za 1 h, a w 2021 r. 153,75 zł za 1 h), można dojść do wniosku, że na system w postępowaniu z 2020 roku wykonawca założył wielokrotnie więcej godzin niż w aktualnym postępowaniu, co oznacza, że w tym postępowaniu przewidział zbyt małą czasochłonność zadań, w szczególności w kontekście braku dysponowania gotowymi komponentami wymaganego przez zamawiającego systemu.

Dalej odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia ceny ofertowej Hyperview nie są wystarczające także z powodu braku wskazania na okoliczności pozwalające zastosować mu tzw. „promocyjną” cenę, o której mowa w tych wyjaśnieniach. W tym kontekście odwołujący zwrócił też uwagę, że w niniejszym postępowaniu zamawiający przewidział, że liczba EKOB (Elektronicznych Książek obiektu Budowlanego) w 2027 r. będzie wynosiła około 18 mln i w kolejnych latach będzie systematycznie wzrastać, natomiast w przypadku w przetargu dotyczącego systemu EDB (Elektronicznych Dzienników Budowy) przewidziano do obsłużenia 200 tys. EDB rocznie, co w ciągu najbliższych 6 lat powinno skutkować koniecznością obsługi 1,2 mln EDB (15 razy mniej danych do przetworzenia). Zdaniem odwołującego, należy założyć, że budowa systemu EKOB będzie wymagać dużo większego nakładu prac o charakterze optymalizacyjnym, zarówno na etapie prac nad architekturą systemu, jak i przy jego późniejszym oprogramowaniu, co powinno przełożyć się na wyższą cenę ofertową w przypadku systemu EKOB względem ceny ofertowej za system EDB.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Hyperview nie wskazał w swoich wyjaśnieniach posiadania gotowych komponentów lub też algorytmów, które można wykorzystać do budowy systemu EKOB, co mogłoby uzasadniać możliwość obniżenia kosztów wykonania systemu, w przeciwieństwie do odwołującego, który jako wykonawca EDB posiada już gotowe algorytmy wytwarzane w ramach realizacji poszczególnych funkcjonalności, a które ze względu na wiele analogii w przewidywanej logice działania oraz założeniach obu systemów, będzie mógł zastosować również w przypadku systemu EKOB, co pozwoliło mu na obniżenie ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę na przewidywaną w ramach systemu EKOPB integrację z usługami GUGiK, której zakres ma być ustalony z zamawiającym dopiero na etapie prac analityczno-projektowych, co oznacza, że potencjalny wykonawca systemu powinien przyjąć odpowiedni bufor budżetu na przygotowanie funkcjonalności systemu. W ocenie odwołującego należałoby uwzględnić co najmniej 320 dodatkowych godzin pracy w tym zakresie. W tym kontekście odwołujący ponownie podkreślił, że wykonawca Hyperview nie wskazał w swoich wyjaśnieniach okoliczności, które mogłyby tłumaczyć obniżenie ceny ofertowej dotyczącej systemu EKOB względem wcześniej złożonej oferty na system EDB.

Odwołujący wskazał też, że choćby w zakresie realizacji modułu słowników należałoby dodatkowo w ofercie Hyperview dodatkowo ok. 160 godzin pracy programistów i analityków.

W dalszej kolejności odwołujący zauważył, że wykonawca Hyperview zastosował ogromną dysproporcję w cenie oferty złożonej w postępowaniu względem ceny

zaprezentowanej w toku przeprowadzonej przez zamawiającego procedury szacowania wartości zamówienia (tj. ok. 54% wartości oszacowanego przedmiotu zamówienia w zakresie części podstawowej).

Odwołujący podniósł ponadto, że wykonawca Hyperview w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na wykorzystanie oprogramowania narzędziowego, komponentów, środowisk budowy aplikacji dystrybuowanych na zasadach open source i gwarantuje brak dodatkowych kosztów zakupu licencji, jednak nie wyjaśnia jakie oprogramowanie będzie faktycznie wykorzystywane przez wykonawcę, jaka będzie jego wersja, jakie są zasady jego licencjonowania, czy istnieją jakiegokolwiek ograniczenia jego stosowania. Taki sposób podania informacji uniemożliwia zamawiającemu weryfikację przekazanych przez wykonawcę informacji, co prowadzi do wniosku, iż wyjaśnienia w tym zakresie, ze względu na bardzo ogólny charakter, faktycznie nie zostały udzielone w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący dodał, że wystosowanie przez zamawiającego wezwania w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt nie mają charakteru rażąco niskich, a tym samym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny.

Dalej odwołujący podkreślił, że prawidłowości ceny, mimo złożenia ogólnych i głoślośnych wyjaśnień, nie można wywodzić z tego, że różnice między cenami poszczególnych oferty nie są rażąco duże. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje bowiem powstanie po jego stronie obowiązku wykazania realności i prawidłowości własnej kalkulacji ceny, poprzez złożenie wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień. Wykonawca winien udzielić wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący zwrócił też uwagę na konieczność przedstawienia dowodów, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Wskazał, że dowody stają się niezbędne w szczególności, gdy zasadnicza część przedmiotu zamówienia musi być zakupiona od innych podmiotów i to po zaniżonych cenach, ale również, gdy wykonawca uwzględnia stawki promocyjne, np. związane z zatrudnieniem personelu, na co wskazywał Hyperview.

Odwołujący podkreślił, że przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia w omawianym zakresie, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień.

Odwołujący w powyższym zakresie powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując stwierdził, że wykonawca Hyperview nie obalił skutecznie domniemania rażąco niskiej ceny swej oferty, wywołanego skierowanym w tym zakresie wezwaniem zamawiającego. Udzielone wyjaśnienia są bowiem zdecydowanie zbyt ogólne, nie odnoszą się szczegółowo do podnoszonych kwestii, a przede wszystkim - wbrew treści wezwania, ale także przepisom ustawy Pzp, nie prezentują jakichkolwiek dowodów potwierdzających stanowisko wykonawcy. Z tych też względów oferta Hyperview powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał też, że zamawiający wykazał się daleko posuniętą względnością wobec wykonawcy Hyperview wzywając go, aż dwukrotnie do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, w sytuacji, gdy nie było podstaw do takiego szczególnego traktowania wykonawcy. Pomimo, iż Hyperview uzyskał dwie szanse na wyjaśnienie poziomu i sposobu obliczenia swej ceny ofertowej, wykonawca ten nie wykonał wspomnianej czynności prawidłowo i nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem jego oferta – zdaniem odwołującego - podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego odwołujący wnosil jak na wstępie.

Zamawiający w dniu 26 lipca 2021 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 29 lipca 2021 roku wykonawca HyperView Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „przystępującym” lub „Hyperview”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 9 września 2021 roku zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (odpowiedź datowana na dzień 8 września 2021 roku), wnosząc o jego oddalenie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 13 września 2021 roku z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba ustaliła także, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty wykonawcy Hyperview, wezwań zamawiającego kierowanych do wykonawcy Hyperview w zakresie wyliczenia ceny oferty i odpowiedzi wykonawcy na te wezwania, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także protokołu postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych przez odwołującego do odwołania.

Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez zamawiającego, systemu teleinformatycznego elektronicznej książki obiektu budowlanego, zwanym dalej „systemem EKOB”.

Na przedmiot zamówienia składa się zamówienie podstawowe oraz zamówienie obejmujące opcje.

Zamówienie podstawowe obejmuje w szczególności następujące obowiązki wykonawcy:

- 1) zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu EKOB w wersji webowej;
- 2) zaprojektowanie, budowę i wdrożenie systemu EKOB w wersji mobilnej.

Zamówienie obejmujące opcje obejmuje następujące obowiązki wykonawcy:

- 1) świadczenie usługi modyfikacji wdrożonego u zamawiającego systemu EKOB, w wersji webowej, jak i mobilnej;
- 2) świadczenie telefoniczne oraz drogą elektroniczną wsparcia technicznego, rozumianego jako pomoc administratorom systemu EKOB, zarówno w wersji webowej jak i mobilnej.

Wartość szacunkowa zamówienia opiewa na kwotę 1 307 493 zł netto, co stanowi równowartość: 306 254,66 euro, w tym wartość zamówienia:

- 1) podstawowego: 1 092 712 zł netto, co stanowi równowartość: 255 946,41 euro,
- 2) objętego opcją: 214 782 zł netto, co stanowi równowartość: 50 308,48 euro.

Zamawiający podał, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.345.000,00 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia podstawowego.

Wykonawca Hyperview złożył ofertę z ceną ofertową brutto: 885 600 zł, w tym:

- w zakresie Systemu EKOB w wersji webowej: 738 000 zł,
- w zakresie Systemu EKOB w wersji mobilnej: 147 600 zł.

Cena ofertowa brutto zamówienia objętego opcją w zakresie świadczenia usługi modyfikacji wdrożonego systemu EKOB wyniosła: 61 500 zł, a w zakresie świadczenia usługi wsparcia technicznego: 44 280 zł.

Pismem z dnia 26 maja 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę Hyperview do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie zamówienia. Zamawiający wskazał, że wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 991.380 zł brutto, która jest niższa o ponad 38% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek VAT. Zamawiający podkreślił, że złożone wyjaśnienia muszą przedstawiać kalkulację ceny ofertowej, z uwzględnieniem elementów wpływających na cenę, m.in. zaangażowanie osobowe (w szczególności w zakresie: Kierownika projektu, Analityka systemów teleinformatycznych, Architekta IT, Programisty, Specjalisty ds. testowania oraz osoby wykonującej czynności administracyjno-biurowe), finansowe, koszty roboczogodziny, zakładany poziom zysku oraz ewentualne okoliczności, decydujące o obniżeniu ceny ofertowej.

Pismem z dnia 4 czerwca 2021 roku wykonawca Hyperview złożył wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny całkowitej oraz załączył do nich kalkulację realizacji prac.

Pismem z dnia 16 czerwca 2021 roku zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, wskazując, że w przekazanej kalkulacji cenowej odniósł się on jedynie do niektórych elementów wpływających na cenę, a które określił w wezwaniu zamawiający, tj. kosztów roboczogodziny oraz zaangażowania osobowego. Natomiast nie uwzględnił pozostałych elementów, w szczególności zakładanego poziomu zysku oraz ewentualnych okoliczności decydujących o obniżeniu ceny ofertowej.

Pismem z dnia 18 czerwca 2021 roku wykonawca Hyperview udzielił dodatkowych wyjaśnień, wskazując na zakładany poziom zysku oraz na okoliczności decydujące o obniżeniu ceny ofertowej, tj. okoliczność zastosowania promocyjnej stawki ofertowej. Do wyjaśnień załączył nową kalkulację realizacji prac.

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Hyperview jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie należało uwzględnić.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jak wynika z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Stosownie do art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp:

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

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

W pełni należy podzielić stanowisko wyrażane w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, przywołanych w treści odwołania, iż wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu (lub ich istotnych części składowych) muszą być konkretne, rzeczowe, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Złożone wyjaśnienia winny być poparte dowodami. W szczególności należy zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 roku, sygn. akt: KIO 600/21, w którym Izba stwierdziła, że: „w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 PrZamPubl, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 PrZamPubl. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 PrZamPubl) (...) istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 PrZamPubl (..) Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem.(...) Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w

sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje (...)”.

Mając na względzie powyżej przytoczone przepisy ustawy Pzp i poczynione wstępne uwagi Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia 226 pkt 8 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez Hyperview, a w konsekwencji zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo iż Hyperview nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mianowicie zamawiający dokonując oceny wyjaśnień, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny, a złożonych przez wykonawcę Hyperview, naruszył przepisy art. 226 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie, a także w stanowisku prezentowanym w toku rozprawy, zwracał uwagę, że cena zaoferowana przez wykonawcę Hyperview nie odbiega w sposób znaczący od cen przedstawionych w innych ofertach, które uplasowały się na kolejnych miejscach w rankingu oceny ofert, w tym od ceny zaoferowanej przez odwołującego, gdzie różnica pomiędzy ofertami wynosi 615 zł. Podkreślić należy, że zamawiający dokonując oceny wyjaśnień winien wziąć pod uwagę całokształt okoliczności związanych z danym postępowaniem, w tym także wysokość cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Niemniej jednak, jeśli zamawiający decyduje się wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie zamówienia, to z jednej strony wykonawca jest zobowiązany do złożenia rzetelnych, rzeczowych i wiarygodnych wyjaśnień, popartych dowodami, a z drugiej strony zamawiający musi je w sposób obiektywny ocenić i ustalić czy pozwalają one zweryfikować mu w sposób prawidłowy, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia przez danego wykonawcę za zaproponowaną cenę. Dodać należy, że przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przyznaje zamawiającemu możliwość odstąpienia od wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień, jeśli rozbieżność pomiędzy wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen ofert, która co do zasady implikuje obowiązek takiego wezwania, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Skoro w niniejszym przypadku zamawiający zdecydował się jednak na prowadzenie procedury wyjaśnień ceny oferty, oznaczało to, że ta rozbieżność nie jest oczywista.

W rozstrzyganej sprawie wykonawca Hyperview złożył wyjaśnienia bardzo ogólne, lakoniczne i nie poparte dowodami, poza złożoną własną Kalkulacją realizacji prac.

Pierwsze wyjaśnienia z dnia 4 czerwca 2021 roku zawierały hasłowo/ogólnikowo wymienione elementy, które w ocenie wykonawcy przekładają się na obniżenie zaoferowanej przez niego ceny. Jak słusznie wskazał odwołujący nie zostały one w sposób rzetelny i szczegółowy opisane, wyjaśnione, czy też poparte dowodami. Były lakonicznie sygnalizowane przez wykonawcę, który w żaden sposób nie przedstawił w jaki sposób wpływają na poziom ceny. Jedyne konkretne informacje, jakie zawarł wykonawca w swoich wyjaśnieniach, zostały wskazane wyłącznie w załączonej kalkulacji i to tylko w zakresie kosztów związanych z nakładem pracy, a i tak budzą wiele wątpliwości, o czym mowa poniżej.

Co więcej, należy podkreślić, że wykonawca w ramach pierwszych wyjaśnień, nie ustosunkował się w pełni do wezwania zamawiającego, a mianowicie nie zawarł informacji dotyczących m.in. zakładanego poziomu zysku, czy ewentualnych okoliczności decydujących o obniżeniu ceny ofertowej. Zamawiający powtórnie wezwał wykonawcę Hyperview do wyjaśnienia tych samych elementów, które stanowiły przedmiot pierwszego wezwania, a do których wykonawca w ogóle się nie odniósł. W ocenie Izby ponowne wezwanie w tym samym zakresie było nieuprawnione.

Abstrahując jednak od kwestii dopuszczalności ponownego wezwania w tym samym zakresie należy zwrócić uwagę, że w odpowiedzi na powtórne wezwanie, wykonawca przedstawił zmienioną Kalkulację realizacji prac, z której to dopiero wynikał zakładany poziom zysku. Zmieniły się także stawki ofertowe za roboczogodzinę, bo wykonawca dodał dodatkową kolumnę w tabeli kalkulacyjnej „uśredniony koszt roboczogodziny netto”, w której przedstawione zostały inne stawki niż w kolumnie „stawka ofertowa netto roboczogodzina”. Dopiero z drugich wyjaśnień wynika, że koszty pracy są tak naprawdę na innym poziomie niż wynika to z Kalkulacji realizacji prac, załączonej do pierwszych wyjaśnień. Co więcej, dopiero z drugich wyjaśnień wynika, że wykonawca zastosował promocyjną stawkę ofertową za roboczogodzinę w stosunku do standardowej stawki ofertowej, która i tak opiewa na inną kwotę niż wykazana wysokość kosztów pracy w ramach drugich wyjaśnień. Powstaje zatem pytanie, które stawki rzeczywiście stosuje wykonawca (te wynikające z pierwszej, czy drugiej kalkulacji), tym bardziej, że brak jakichkolwiek dowodów poza przedłożoną kalkulacją własną.

W kontekście tych wątpliwości słuszna wydaje się też argumentacja odwołującego podnoszona w toku rozprawy, że mało realne jest, żeby osoby o tak różnych rolach projektowych i doświadczeniu (kierownik projektu, analityk systemów teleinformatycznych, architekt IT, programista, specjalista ds. testowania, osoba ds. wsparcia administracyjno-biurowego) były zatrudnione w oparciu o tą samą stawkę godzinową (a tak wynika z przedstawionej kalkulacji). Powyższe budzi tym większe wątpliwości i zastrzeżenia, że w ramach pierwszych wyjaśnień wykonawca sam stwierdził m.in., że: „*Stawki przyjęte*

do wyliczenia oferty uwzględniają między innymi koszty pracy osób przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wszystkie ww. osoby są pracownikami HyperView, zatrudnionymi na umowę o pracę, uwzględniającą poziom wynagrodzenia adekwatny do doświadczenia i kompetencji pracownika oraz zgodny z obowiązującymi przepisami prawa". Skoro sam wykonawca twierdzi, że umowy o pracę uwzględniają poziom wynagrodzenia adekwatny do doświadczenia i kompetencji, a w kalkulacji wykazuje jednolite stawki godzinowe dla całego personelu zaangażowanego do realizacji zamówienia, to należało stwierdzić, że złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny, lecz budzą wiele dodatkowych wątpliwości.

W kontekście powyżej wskazanych wątpliwości nie można także uznać złożonej kalkulacji za wiarygodny dowód. Tym samym należało ocenić wyjaśnienia jako lakoniczne, ogólnikowe, nie poparte wiarygodnymi dowodami. Podkreślić trzeba, że mimo tak ogólnikowych wyjaśnień, ich okrojona treść budzi wiele wątpliwości. W konsekwencji nie sposób uznać, że wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na marginesie należy jeszcze zauważyć, że Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż bezzasadna jest argumentacja odwołującego, który powoływał się na uprzednio prowadzone przez zamawiającego postępowanie. Okoliczność, że w tamtym postępowaniu wykonawca nawet w całkiem odmienny i diametralny sposób szacował swoją ofertę, nie dowodzi jeszcze, że w tym postępowaniu złożył ofertę z rażąco niską ceną. Podobnie, jeśli chodzi o rozbieżność szacunku kosztów wykonania zamówienia przedstawionego zamawiającemu przez wykonawcę w tym postępowaniu w stosunku do złożonej oferty. Jeśli te kwestie nie były objęte wezwaniem zamawiającego do wyjaśnień ceny oferty, to trudno w tym zakresie czynić zarzut wykonawcy, że nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach do tych aspektów.

Odnośnie kwestii czasochłonności zakładanej przez wykonawcę, to stwierdzić należy, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał swoich twierdzeń w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy HyperView na podstawie art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł.

Zgodnie z § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

Wobec oddalenia odwołania w całości, biorąc pod uwagę powyżej powołane przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia, Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący: