

Sygn. akt: KIO 2005/22

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Trogon BC Sp. z o.o. z siedzibą w Słupach poczta Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego z siedzibą w Zielonej Górze**

przy udziale wykonawcy **Avility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Trogon BC Sp. z o.o. z siedzibą w Słupach poczta Olsztyn i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1 zasądza od Trogon BC Sp. z o.o. z siedzibą w Słupach poczta Olsztyn na rzecz zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego z siedzibą w Zielonej Górze kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wyłonienie Inżyniera Kontraktu do realizacji projektu „LUBUSKIE CENTRUM KOMPETENCJI CYFROWYCH I USŁUG WSPÓLNYCH - DATA CENTER”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 4 kwietnia 2022 r., pod nr 2022/S 066-174789.

Odwołujący: TROGON BC sp. z o.o. Słupy 86 wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy zaoferowana cena jest ceną rynkową, a Odwołujący przedłożył kompleksowe wyjaśnienia wraz z dowodami na poparcie kalkulacji ceny;
- 2) wyborze oferty wykonawcy Avility Sp. z o.o., w Warszawie, podczas gdy wybrana oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,
- 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej ewentualnie, zaniechaniu wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy przedłożone wyjaśnienia i wyliczenia budziły wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 16 pzp przez odrzucenie oferty pomimo, iż oferta Odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia były zgodne z wymaganiami SWZ oraz treści wezwania do wyjaśnień w przedmiocie ceny;
- 2) art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 223 ust. 1 oraz art. 16 pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w sytuacji, w której przedłożone wyliczenia i dowody w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, budziły wątpliwości Zamawiającego;
- 3) art. 239 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 2 przez wybór oferty Avility Sp. z o.o. Warszawa, podczas gdy oferta nie jest ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów.

Wniósł o uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Avility Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2) wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej, ewentualnie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści złożonych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał, co następuje.

1. Odwołujący 10 maja 2022 r. został wezwany do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią wezwania: „Argumentację wraz z kalkulacją cenową (wg. załączonej tabeli) oraz dowodami tj. umowy o pracę, zlecenia dla osób wskazanych do realizacji zadań, w tym także dla zakresu zleconego podwykonawcy” należało złożyć...

2. Odwołujący wypełnił wszystkie pozycje tabeli, wskazując jednocześnie w treści odpowiedzi na str. 15 -17 cyt.: „...krótką instrukcję wyjaśniającą rozpisane zadania oraz czas ich trwania”. Do tabeli załączył dowody - oświadczenia osób wskazanych do realizacji potwierdzające stawki przyjęte w kalkulacji. Oświadczenia osoby będące w zasobach wykonawcy jak i stanowiące zasoby podmiotu trzeciego Red Code Sp. z o.o. Nadto na potwierdzenie realności ceny zaoferowanej przedłożył dwie oferty podwykonawców, w których podwykonawcy wskazali oczekiwane wynagrodzenia w przypadku 100% realizacji zamówienia (Odwołujący nie zamierzał zlecić 100% podwykonawcom, jednak przedłożył oferty, aby potwierdzić, że oferowana przez niego cena jest rynkową). Oferty podwykonawców za realizację całego zamówienia wskazują na: oferta firmy Red Code Sp. z o.o. - 945.000,00 zł, oferta firmy Entrast Sp. z o.o. - 980.000,00 zł.

Do kalkulacji Zamawiający nie wniósł uwag, nie zakwestionował sposobu kalkulacji ani stawek godzinowych. Po kolejnym wezwaniu Odwołujący przekazał kalkulację zgodnie z załącznikiem dołączonym do wezwania (Zamawiający zażądał kolejnej szczegółowej kalkulacji) oraz wyjaśnił wątpliwości podniesione w treści wezwania. 22 lipca 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę i wskazał, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z następujących względów: brak uwzględnienia w ofercie kosztów podwykonawcy, brak uwzględnienia kosztów czynności ciągłych, brak uwzględnienia poziomu inflacji i niewykazanie zysku z realizacji zamówienia. Zamawiający uznał złożone przez Wykonawcę dowody za niewystarczające.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić:

II. Ocena treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (rnc) powinna być dokonywana przez pryzmat treści wezwania do wyjaśnień oraz treści złożonej oferty. Mając na uwadze podniesione w uzasadnieniu odrzucenia trzy zarzuty, wskazać należy:

1. Zarzut dotyczący nieuwzględnienia kosztów podwykonawcy. Przedłożone kalkulacje uzasadniające wysokość ceny zostały przygotowane zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Zamawiający narzucił wykonawcy konkretną metodykę liczenia ceny ofertowej, co ma decydujące znaczenie co do sposobu przedstawienia kalkulacji oferty. To prowadzi do sytuacji, w której wykonawca, nawet jeśli odpowiednio skalkulował określone elementy w swojej cenie, ale w inny sposób niż wskazany przez zamawiającego, zmuszony jest -

udzielając wyjaśnień - dokonać kalkulacji raz jeszcze, tym razem stosując metodykę narzuconą przez zamawiającego. Pomijając kwestie pracochłonności i czasochłonności, takie działanie jest przede niezasadne, uniemożliwia przedstawienie ceny oferty w sposób, w jaki rzeczywiście była kalkulowana i jaki być może byłby wystarczający do wykazania jej realności. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że w jego ocenie, skoro podmiot trzeci udostępnia zasoby, to musi wziąć udział w realizacji zamówienia. Odnosząc się do treści formularza ofertowego, w którym Odwołujący określił planowany udział w realizacji zamówienia podwykonawcy Red Code Sp. z o.o. na 45%, Zamawiający stwierdził: „Zakres udostępnionych zasobów wskazuje, że zaangażowanie podwykonawcy w realizację zamówienia powinno być dużo wyższe niż 45%, co potwierdza złożona przez Red Code oferta cenowa. Nie są więc wiarygodne wyjaśnienia Wykonawcy, który na pytanie o rozbieżności w kosztach pracy podwykonawcy udzielił odpowiedzi, iż w każdej chwili może zmienić podwykonawcę lub zrealizować zamówienie sam. W tej sytuacji, gdy Wykonawca polega na zasobach podmiotów trzecich zmiana taka jest dopuszczalna jedynie pod warunkiem dochowania wymogów z art. 462 ust. 7 Pzp. Wykonawca powinien wziąć pod uwagę realny koszt podwykonawcy - jako konkretnego podmiotu, składającego zobowiązanie do udostępnienia zasobów”.

a) Podważać należy twierdzenie Zamawiającego, jakoby zaangażowanie podwykonawcy miało wynosić więcej niż 45%, co potwierdza oferta cenowa Red Code. Jak wynika z oferty Red Code nie jest to oferta cenowa za wykonanie 45% zamówienia, nie jest to wynagrodzenie Red Code jako podwykonawcy. Oferta jest wskazana pomocniczo w wyjaśnieniach i jest to cena podwykonawcy za wykonanie całego zamówienia (przedłożono pomocniczo, by wykazać realność ceny ofertowej). Wskazuje na to treść oferty Red Code.

W konsekwencji błędnego przyjęcia, iż oferta Red Code załączona do oferty ma bezpośrednio przełożenie i jest ofertą cenową za zakres powierzony podwykonawcy, Zamawiający błędnie doszedł do wniosku, iż w załączonej kalkulacji nie uwzględniono oferty podwykonawcy opiewającej na 80% ceny Wykonawcy. Do wyjaśnień w przedmiocie rnc załączono również ofertę firmy Entrast, w której również zawarta jest cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia za kwotę 980.000,00 zł (również na potwierdzenie realności ceny).

b) Ponieważ do pierwszego wezwania dołączono oświadczenia osób potwierdzające stawki wskazane w kalkulacji, w drugim wezwaniu Zamawiający wezwał do wyjaśnień Odwołującego w następującym zakresie: „[...] oraz przedstawionymi oświadczeniami zespołu w stosunku bezpośrednim do Trogon sumaryczne koszty prac podwykonawców (członkowie zespołu oraz Red Code) wynoszą 753.710,00 zł co stanowi 67% wartości oferty Wykonawcy lub 86% zakresu realizacji prac. Stoi to w sprzeczności z formularzem ofertowym, w którym Wykonawca zadeklarował zlecenie 45% prac”. W ocenie Odwołującego

w tak sformułowanym pytaniu, wątpliwości Zamawiającego wzbudziła różnica między zadeklarowanym procentowym wskazaniem zakresu prac dla podwykonawcy w formularzu ofertowym (45%) a kosztami prac podwykonawców (jak wskazał zamawiający członków zespołu oraz zasobów Red Code) na poziomie 753.710,00 zł co zdaniem Zamawiającego stanowi 67% wartości oferty.

Wyjaśniając (Odwołujący wskazał, że podtrzymuje wskazaną w formularzu oferty planowaną wartość procentową części do powierzenia Podwykonawcy. W wyjaśnieniach nie wskazał, że członkowie zespołu stanowią w całości zasób Red Code[...]. Nie wskazał również, że osoby, które Wykonawca planuje do realizacji będą Podwykonawcami. Część zespołu wdrożeniowego to stali współpracownicy B2B wykonawcy a także znajomi Kierownika Projektu. Wykonawca, na etapie kalkulowania ceny oferty i przygotowania oferty, traktował współpracowników B2B jako zasób własny o nie podwykonawców”.

Nie jest prawidłowe założenie Zamawiającego, iż jako podwykonawcy winni być liczeni wszyscy członkowie zespołu projektowego. Jako podwykonawca wskazano jedynie firmę Red Code, a pozostali specjaliści stanowią jego zasoby własne (np. na umowę cywilnoprawną).

Nie ma żadnego przepisu obligującego do zachowania procentowej relacji wynagrodzenia podwykonawcy ze wskazanym procentowym założeniem zakresu, jaki zamierza się powierzyć podwykonawcy w formularzu ofertowym.

Twierdzenie Zamawiającego: „Wobec tego zasadniczy koszt wykonania usługi przez Red Code tj.: 80% kwoty oferty Wykonawcy wynikająca jednoznacznie ze złożonej przez ten podmiot oferty nie został uwzględniony w kalkulacji ceny, a co za tym idzie oferta Wykonawcy nie pokrywo zasadniczego kosztu tj. usługi podwykonawcy” nie znajduje oparcia w dokumentach. Analiza uzasadnienia odrzucenia oferty jest wewnętrznie sprzeczna. Oferta podwykonawcy dotycząca realizacji całego zamówienia za 80% kwoty, jaką wskazał Odwołujący w swojej ofercie jednoznacznie wskazuje na możliwość realizacji zamówienia za kwotę wskazaną przez Odwołującego, a nie przesądza o konieczności doliczenia tej kwoty (aczkolwiek co po raz kolejny warto podkreślić, oferta została przedłożona jedynie na potwierdzenie możliwości realizacji zamówienia w cenie zaoferowanej przez Odwołującego). Koszt podwykonawcy mieści się w ofercie wykonawcy, a nie jest do niej doliczany.

Nie można również pominąć faktu błędnego rozumienia przez Zamawiającego znaczenia zakresu podwykonawstwa wskazanego w ofercie. Jak wskazuje przepis art. 462 ust. 2 ustawy:

Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Informacja wskazana w formularzu ofertowym ma zatem charakter jedynie informujący o zamiarach wykonawcy.

Oferta wybrana złożona przez Avility nie zawiera w ogóle wskazania, w jakim procencie zamówienie wykona podwykonawca. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, oferta winna podlegać odrzuceniu, ponieważ nie może zawierać w uzasadnieniu rażąco niskiej ceny realnej kwoty za podwykonawstwo.

Odwołujący złożył dwie szczegółowe tabele, zgodnie z żądaniem, wraz z dowodami potwierdzającymi zaoferowane stawki i to one powinny stanowić podstawę oceny prawidłowości wyjaśnień. Zamawiający nie zakwestionował żadnej z przyjętych stawek, żadnego dowodu oraz nie sprzeciwił się przyjętemu sposobowi kalkulacji.

2. Zarzut dotyczący nieuwzględnienia kosztów ciągłych. Wykonawca składał wyjaśnienia zgodnie z tabelami przygotowanymi przez Zamawiającego. Udzielił zatem odpowiedzi i wyjaśnień w zakresie, w jakim Zamawiający go do tego wezwał.

Z ostrożności, analiza wyjaśnień i dokumentów przeczy twierdzeniom Zamawiającego:

Zarzut 1 - brak czasu na doradztwo:

„W przypadku, kiedy organy kontrolujące Zamawiającego lub organy administracji publicznej stwierdzą uchybienia lub skierują do Zamawiającego zapytanie w sprawie działań / czynności i dokumentów będących wynikiem działań związanych z zamówieniem publicznym Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do: doradztwo, udzielenia pisemnych odpowiedzi”. Przy każdym z kamieni milowych oraz innych kluczowych zadań w projekcie uwzględniono wyjaśnienie ewentualnych zapytań/uwag/wątpliwości są to następujące zadania/ tu wymieniono/.

Zadania obejmują cały przebieg projektu. Oczywiście wszystkie wątpliwości / pytania, które by pojawiły się w innym czasie również zostały wycenione w narzucie pracochłonności dla poszczególnych ról. I tak poszczególne role mają przeznaczony zakres % narzutu:

1) Kierownik projektu: 13,42% 2) Ekspert ds prawnych: 12,5% 3) Specjalista ds. zamówień publicznych: 12,5%, 4) Analityk biznesowy: 13,17%, 5) Ekspert ds. architektury SOA: 13,02%

6) Ekspert ds. architektury systemów GIS: 11,75%, 7) Specjalista ds. systemów drogowych: 10,68%, 8) Specjalista ds. Data Center: 10,27%, 9) Specjalista ds. IT: 12,71%, 10) Specjalista ds. bezpieczeństwa IT: 13,09%.

Ciężko oczekiwać przygotowania harmonogramu, który przy każdym Zadaniu w projekcie uwzględniałby kroki związane z Wyjaśnieniami i uzupełnieniami. Taki harmonogram byłby nieczytelny i nierealny. Dlatego właśnie przygotowano harmonogram, w którym dodano takie zadania związane z wyjaśnieniami w kluczowych miejscach projektu, a wszystkie inne wsparcie zostało doliczone do narzutu projektowego na nieprzewidziane zadania.

Zarzut 2 - brak kontaktu z JST pomimo obowiązku: „Organizacji i prowadzenia bezpośredniego kontaktu z Jednostkami Samorządu Terytorialnego”. Nie jest prawdą, że harmonogram nie przewiduje bezpośredniego kontaktu z JST. Harmonogram uwzględnia regularne spotkania Komitetu sterującego. Zgodnie z definicją Komitet sterujący reprezentuje interesy Zamawiającego, użytkowników jak i interesariuszy projektu. Więc w składzie komitetu sterującego muszą się znajdować osoby z JST.

Zarzut nr 3 - Brak organizacji biura projektu. sporządzania niezbędnych raportów i analiz, monitorowania projektu poprzez brak w kalkulacji: „Organizacji Biura Projektu - minimum raz w tygodniu.” „Sporządzania niezbędnych raportów.”; „Sporządzania analiz i raportów na potrzeby Kierownika” „Ciągłego monitorowania wskaźników realizacji Projektu” „Prowadzenia działań zapewniających prawidłową realizację projektu; bieżącej realizacji zadań wynikających z zapisów projektu i współpraca w tym zakresie z przedstawicielami partnerów”;

Przy każdym zadaniu w harmonogramie projektu uwzględniono czas Kierownika Projektu, nawet przy zadaniach ściśle technicznych, których fizycznie nie realizuje. Dany czas został zarezerwowany dla Kierownika projektu właśnie w celu zarządzania, kontroli harmonogramu i alokacji zasobów, planowania, raportowania, monitorowania projektu, spotkań, rozwiązywania bieżących problemów itd. To typowe działania Kierownika Projektu / Biura Projektów zmierzające do kontroli prawidłowego przebiegu projektu. Analogicznie jest z innymi rolami, które fizycznie nie realizują określonych zadań w projekcie. W harmonogramie został przewidziany dla nich dodatkowy czas na uzgodnienia i konsultacje.

Zarzut 4 - brak przeprowadzenia testów pomimo obowiązku - „w odniesieniu do odbioru sprzętu i oprogramowania Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia testów, po ich akceptacji przez Zamawiającego w tym w zakresie wymaganych funkcjonalności wewnętrznych i zewnętrznych ze szczególnym uwzględnieniem zakresu i poprawności działania e-usług”.

Zarzut jest chybiony, harmonogram realizacji projektu przedstawia następujące kroki powiązane z testami oraz odbiorami.

Zaplanowanie Testów Akceptacyjnych oraz procedur odbiorczych; Testy akceptacyjne;

Realizacja testów wydajnościowych oraz poprawek do testów wydajnościowych;

Opracowanie procedury wdrożenia produktu na środ. produkcyjne wraz z opracowaniem procedury stabilizacji;

Realizacja testów bezpieczeństwa oraz poprawek do testów bezpieczeństwa;

Przeprowadzanie odbiorów oraz zatwierdzenie odbioru przez Komitet Sterujący z powyższego jasno wynika, że przewidziano w harmonogramie liczny czas na zaplanowanie testów, procedur, odbiorczych, procedur wdrożenia, procedur stabilizacji, realizacja testów akceptacyjnych, bezpieczeństwa, wydajności oraz oficjalne przeprowadzenie odbiorów.

Zarzut nr 5 - Brak opracowania niezbędnej dokumentacji pomimo obowiązku: „Opracowywanie i sporządzanie wszelkiej niezbędnej dokumentacji merytorycznej zapewniającej prawidłową realizację projektu”

Zarzut chybiony, harmonogram realizacji projektu przedstawia kroki powiązane z przygotowywaniem niezbędnej dokumentacji: Zadania związane z harmonogramem projektu: Aktualizacja szczegółowego harmonogramu zgodnie z zapisami umowy; o Przesłanie Harmonogramu Zamawiającemu; o Otrzymanie ewentualnych uwag do Harmonogramu; o Przesłanie ostatecznego harmonogramu i potwierdzenie harmonogramu; Zadania związane z Dokumentacją przetargową w tym zadania powiązane z warsztatami i uzgodnieniami:

Warsztaty oraz analiza obszaru Modułów publikacyjnych; Warsztaty oraz analiza obszaru Modułów biznesowych; Uzgodnienia wewnątrz projektowe dotyczące Modułów publikacyjnych biznesowych o Warsztaty oraz analiza obszaru Modułów administracyjnych; Opracowywanie Ogólnej Architektury Rozwiązania Modułów publikacyjnych oraz biznesowych - zgodnie z opisem zadania na potrzeby Opracowania dokumentu HLD; Uzgodnienia wewnątrz projektowe dotyczące Modułu administracyjnego; Opracowywanie Ogólnej Architektury Rozwiązania Modułu administracyjnego zgodnie z opisem zadania na potrzeby Opracowania dokumentu HLD; Opracowanie Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia i pozostałej dokumentacji przetargowej; Warsztaty z Zamawiającym w celu przedstawienia SOPZ dokumentacji przetargowej; Ewentualne otrzymanie uwag do SOPZ i dokumentacji przetargowej; Przesłanie SOP i dokumentacji przetargowej po uwzględnieniu uwag; Zatwierdzenie SOPZ i dokumentacji przetargowej przez Komitet Sterujący. Wyjaśnienia, uzupełniania; Zadania związane z nadzorem nad Wykonawcą przy przygotowywaniu dokumentacji: Analiza Biznesowo - Techniczna wraz z makietami ekranów; Weryfikacja i Opiniowanie Analizy; Oprawa Analizy zgodnie ze zgłoszonymi uwagami; Wykonanie Szczegółowej Analizy Technicznej (LLD); Weryfikacja i Opiniowanie LLD; Warsztaty w celu umówienia uwag; Akceptacja LLD;

Zadania związane z testami i odbiorami:

Zaplanowanie Testów Akceptacyjnych oraz procedur odbiorczych; o Testy akceptacyjne - zgodnie z opisem zadania zakończonych raportem z testów; Realizacja testów wydajnościowych oraz poprawek do testów wydajnościowych zgodnie z opisem zadania zakończonych raportu z testów wydajnościowych; Opracowanie procedury wdrożenia produktu na środ-Produkcyjne wraz z opracowaniem procedury stabilizacji; Realizacja testów bezpieczeństwa oraz poprawek do testów bezpieczeństwa zgodnie z opisem zadania zakończone raportem z testów bezpieczeństwa; Przeprowadzanie odbiorów oraz zatwierdzenie odbioru przez Komitet Sterujący

Zarzut nr 6 - Brak uwzględnienia wystąpień przed urzędami, sądami, analizowanie skutków regulacji prawnych i decyzji pomimo obowiązku: „występowaniu przed urzędami i sądami w

charakterze pełnomocnika skutków regulacji prawnych i decyzji podejmowanych na szczeblu krajowym i unijnym w zakresie jakim mogą oddziaływać na realizację projektów"; Koszty zostały uwzględnione w kalkulacji. Nie jest możliwe uwzględnienie w harmonogramie projektu wystąpienia przed urzędami czy sądami, oraz wystąpienia regulacji prawnych i decyzji podejmowanych na szczeblu krajowym, jako że są to czynności nieprzewidywalne i nieplanowane. Wszystkie takie czynności w projekcie są wycenione w narzucie pracochłonności dla poszczególnych ról, o którym mowa jest w odpowiedzi na zarzut nr 1.

Zarzut nr 7 - Brak wsparcia prawnego pomimo obowiązku „zapewnienie wsparcia prawnego dotyczącego stosowania przepisów prawa krajowego i prawa wspólnotowego m.in. w obszarze IT oraz geodezji i kartografii. ” „opiniowanie pism dotyczących Projektu, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa polskiego i unijnego”
” sporządzanie opinii prawnych w sprawach wynikających z realizacji Projektu, „obsługa prawna w zakresie zobowiązań wynikających z tytułu umów cywilnoprawnych, w tym także reprezentacji Zamawiającego przed właściwymi organami orzekającymi i sądami powszechnymi. ”

Wsparcie i doradztwo projektu w obszarach: Prawo zamówień publicznych, cywilne, administracyjne, geodezyjne i kartograficzne oraz inne niezbędne do realizacji Projektu”

Z przedłożonej dokumentacji wynika, że wsparcie prawne zostało zagwarantowane w harmonogramie przy następujących zadaniach, co potwierdzone jest przewidzianą pracochłonnością dla Eksperta ds. prawnych oraz Specjalistę ds. zamówień publicznych:

/.../ tu wymieniono.

Przeprowadzanie wstępnych warsztatów;

Aktualizacja szczegółowego harmonogramu zgodnie z zapisami umowy; Przesłanie ostatecznego harmonogramu i potwierdzenie harmonogramu; Główny kick-off projektu; Opracowanie SOPZ i pozostałej dokumentacji przetargowej; Warsztaty z Zamawiającym w celu przedstawienia SOPZ i pozostałej dokumentacji; Ewentualne otrzymanie uwag do SOPZ i dokumentacji; Przesłanie SOPZ i dokumentacji przetargowej po uwzględnieniu uwag;

Publikacja Ogłoszenia; Wyjaśnienia, uzupełniania; Weryfikacja złożonych ofert, badanie i ocena ofert; Czas na ewentualne negocjacje, dialog techniczny lub inne procedury; Przekazanie rekomendacji pod kątem wyboru wykonawcy; Wybór wykonawcy; Podpisanie umowy z wykonawcą; Kick Off projektu z Wykonawcą; Uzgodnienia dotyczącego harmonogramu realizacji usługi; Weryfikacja i Opiniowanie Analizy Biznesowo Technicznej; Warsztaty w celu umówienia uwag; Akceptacja Analizy Biznesowo Technicznej; Weryfikacja i Opiniowanie (LLD); Warsztaty w celu umówienia uwag (kolejne); Akceptacja Szczegółowej (LLD); Zaplanowanie Testów Akceptacyjnych oraz procedur odbiorczych;

Rozpoczęcie działań promocyjnych w oparciu o zatwierdzone produkty;

Testy akceptacyjne; Opracowanie procedury wdrożenia produktu na śród. Produkcyjne wraz z opracowaniem procedury stabilizacji; Realizacja szkoleń użytkowników;

Przy większości zadań z harmonogramu uwzględniono wsparcie prawne, przekrojowo na wszystkich etapach cyklu życia projektu. Temat w zakresie wystąpień przed właściwymi organami orzekającymi i sądami został poruszony w odpowiedzi do Zarzutu nr 6.

Oczywiście, gdyby pojawiła się konieczność wsparcia przy innych zadaniach projektu, zostało to uwzględnione w narzucie pracochłonności dla poszczególnych ról.

Zarzut nr 8 - Brak ujęcia weryfikacji dokumentacji powykonawczej pomimo obowiązku: „weryfikacji dokumentacji powykonawczej, w tym dotyczącej przedstawianych gwarancji, licencji oraz przedstawienie rekomendacji co do akceptacji dokumentacji”

Odwołujący ujął weryfikację w harmonogramie, który przewiduje zadania związane z weryfikacją dokumentacji powykonawczej, gwarancji licencji czy przedstawienie rekomendacji co do dokumentacji w następujących zadaniach: /wymieniono/.

Z powyższego wynika ujęcie weryfikacji dokumentacji w licznych zadaniach z harmonogramu. Oczywiście, gdyby pojawiła się konieczność wsparcia przy innych zadaniach projektu, zostało to uwzględnione w narzucie pracochłonności dla poszczególnych ról.

Zarzut nieuwzględnienia poziomu inflacji i niewykazania zysku.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący winien był ująć w cenie oferty prognozowaną inflację na poziomie 10,8% (poziom przewidywany przez NBP). Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Proces inflacji oznacza w dużym uproszczeniu spadek siły nabywczej pieniądza. Oznacza zatem, że za pewien okres czasu za określoną kwotę Odwołujący nabędzie mniej dóbr niż teraz. Proces inflacji nie oznacza zatem, iż oferowana obecnie cena jest ceną rażąco niską, jeżeli jest poniżej co ważne prognozowanego poziomu inflacji. Inflacja spowoduje, że za określoną kwotę pieniędzy wykonawca nabędzie np. 10% mniej dóbr. Jednak co ważne, Odwołujący kalkulując ofertę również przyjął kalkulację i jego np. podwykonawcy czy też osoby pracujące na umowy zlecenia oferują wykonywanie określonych czynności za określone kwoty. Te kwoty będą wiążące przez cały okres wykonywania umowy. Zatem już w tych kwotach zawiera się poziom inflacji lub też ryzyko jej wystąpienia.

Poza tym, jak wskazano w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2022 r. 7% zysk został przewidziany tylko na wypadek łącznego spełnienia wszystkich ryzyk projektowych. Brak materializacji ryzyk projektowych gwarantuje zysk na poziomie 21,21% co Zamawiający zupełnie pominął w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Należy zwrócić uwagę, iż ustawa nie zna przesłanki odrzucenia oferty z powodu zbyt małego zysku. Rnc nie ma nic wspólnego z niskim zyskiem. Niski zysk potwierdza brak rnc, ponieważ kalkulacja zakładająca minimalny zysk wyklucza nierealność oferty i wykonanie poniżej kosztów zamówienia.

III. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 i ust. 6 w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pzp.

Zamawiający wskazał na rzekome rozbieżności w wyliczeniach Odwołującego. W ocenie Odwołującej, jeżeli w złożonych wyjaśnieniach pewne kwestie są dla Zamawiającego niejasne, winien on wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia pojawiających się wątpliwości. Jest to stanowisko ugruntowane w świetle orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający, jeżeli istnieje taka konieczność, może zażądać doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień, na co wskazuje dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących wątpliwości wynikających z treści złożonych wyjaśnień i dokumentów Odwołujący miałby szansę wyjaśnić wszystkie wyartykułowane w treści odrzucenia wątpliwości.

IV. Podsumowanie. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści odwołania, co czyni je koniecznym i uzasadnionym.

Zamawiający: Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego wnosi o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 ustawy PZP możliwości wyjaśnienia ceny oferty zostały wyczerpane w obliczu faktu, że Zamawiający wystosował wezwanie do Odwołującego dwukrotnie. Pierwszy raz wezwano 18.05.2022 r. wskazując szczegółowo jakie konkretnie koszty Odwołujący powinien podać oraz drugi raz, 5.06.2022 r., które miało pozwolić na rozwianie wątpliwości i niejasności. W wyniku ponownych wyjaśnień wątpliwości nie zostały rozwiane i spotęgowały się, co wynikało z niekonsekwencji Odwołującego i niewiarygodnych twierdzeń, co zostało wykazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty.

Zgodnie z orzecznictwem ponowne wezwanie jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia.

1. Ad. Koszty podwykonawcy. Odwołujący w pierwszej kolejności kwestionuje wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, iż zawierało ono prośbę o wskazanie konkretnych kosztów dla poszczególnych elementów zamówienia. Odwołujący na s. 5 odwołania polemizuje z treścią wezwania twierdząc, iż takie działanie Zamawiającego było niezasadne, gdyż uniemożliwiałoby wykonawcy przedstawienie ceny jego oferty w sposób, w jaki rzeczywiście była ona skalkulowana. W ocenie Zamawiającego, skoro wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty daje wyraz wątpliwościom Zamawiającego co do zaoferowanej ceny to ma on pełne prawo, a nawet obowiązek wyrazić te wątpliwości i wskazać w jakim zakresie oczekuje złożenia wyjaśnień. Wielokrotnie można spotkać się z zarzutem odwrotnym, iż wykonawca nie złożył prawidłowych wyjaśnień z uwagi na to, że Zamawiający wystosował

ogólne wezwanie, powielające przepisy ustawy Pzp. Chcąc uniknąć takiej sytuacji, Zamawiający sprecyzował już w pierwszym wezwaniu czego oczekuje od Wykonawcy. Ponadto, Zamawiający nie narzucił wykonawcy konkretnej metodyki liczenia ceny ofertowej, wymagał jedynie, aby w ramach wyjaśnień złożyć argumentację wraz z kalkulacją cenową (wg załączonej tzw. „ślepej” tabeli) oraz dowodami, tj. umowy o pracę, zlenienia dla osób wskazanych do realizacji zadań w tym także dla zakresu zleconego podwykonawcy” podkreślając, iż należy co najmniej przenieść wszystkie zadania z harmonogramu - wartość merytoryczna oferty. Ponadto, Zamawiający we wzorze tabeli wskazał, że należy podać stawki roboczogodzin brutto dla każdej roli oraz przypisać roboczogodziny dla każdej roli wskazanej do realizacji konkretnego zadania z harmonogramu. Zamawiający nie wymieniał konkretnie jakie zadania mają być objęte kalkulacją, gdyż w tym zakresie wykonawca miał swobodę opracowania tego dokumentu pod warunkiem, że znajdują się w wycenie zadania co najmniej objęte harmonogramem. Rolą wykonawcy było określenie zakresu wyceny i jak i samej wyceny. Również sam harmonogram był autorskim opracowaniem wykonawcy, który musiał zostać dołączony do oferty.

Nie jest więc prawdą, że Zamawiający nakazał zaprezentowanie ceny inaczej niż wyliczył to wykonawca. Zamawiający jedynie określił jakich elementów oczekuje od wykonawcy celem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, czemu Odwołujący nie sprostał.

I . Odwołujący wskazał, że złożona jako dowód oferta Red Code nie jest w ogóle ofertą potwierdzającą wynagrodzenie podwykonawcy. Powyższe stwierdzenie potwierdza zasadniczy powód odrzucenia oferty Odwołującego, a mianowicie fakt, że Odwołujący nie skalkulował w cenie oferty realnych kosztów podwykonawcy. Na s. 7 odwołania Odwołujący twierdzi, że nie jest prawidłowe założenie, zgodnie z którym zaangażowanie procentowe podwykonawcy ma jakikolwiek związek z udziałem procentowym jego wynagrodzenia w kalkulacji ceny ofertowej choć w ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę doświadczenie w realizacji tego typu projektów proporcja udziału podwykonawcy w realizacji prac odpowiada mniej więcej proporcji jego wynagrodzenia. Należy mieć na uwadze, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia w tej kwestii wyjaśnień, które by wskazywały w jaki sposób wykonawca przewidział w cenie oferty ten udział, sygnalizując występujące w jego ocenie rozbieżności a Wykonawca takich wyjaśnień nie udzielił. W toku badania i oceny ofert Zamawiający uzyskał od Odwołującego wyjaśnienia ceny oferty wraz z dowodami, w tym ofertę podwykonawcy Red Code, który jest jednocześnie podmiotem trzecim, na którego zasoby powołał się wykonawca w ofercie w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia. Mając na względzie powyższy fakt, dysponując wyjaśnieniami wykonawcy, który został zobligowany w wezwaniu do złożenia dowodów na potwierdzenie ponoszonych kosztów i złożył ofertę tegoż podmiotu trzeciego, trudno byłoby uznać, że oferta ta nie powinna być traktowana jako koszt wykonawcy. Wykonawca nie wskazał w wyjaśnieniach,

że ma ona charakter pogładowy i trudno byłoby przyjąć takie wyjaśnienie, skoro celem składanych dowodów ma być zawsze wykazanie poziomu ponoszonych kosztów. Trudno uznać, że oferta jaką przedstawił wykonawcy na moment składania ofert miała jedynie charakter pogładowy, określający za ile można wykonać całość zamówienia.

2. Odwołujący wskazuje, że koszt podwykonawcy mieści się w ofercie, a nie jest do niej doliczany. Oczywistym jest, że oferta jest całkowitym dla Zamawiającego kosztem, który będzie musiał ponieść za realizację zamówienia. Jednak na etapie wyjaśnień ceny oferty, Zamawiający ma prawo żądać przedstawienia poziomu kosztów ponoszonych przez wykonawcę jako elementów składowych zaoferowanej ceny. Ma również obowiązek żądać dowodów na potwierdzenie ponoszonych kosztów. Skoro koszt podwykonawcy jest składową ceny zaoferowanej przez wykonawcę, a wykonawca był zobligowany zaprezentować kalkulację kosztów, to oczywistym jest, że wartość oferty podwykonawcy musi być uwzględniona w cenie oferty. Faktem jest, że Zamawiający żądał wyceny określonych elementów zamówienia wedle wskazanych wytycznych. Skoro jednak wykonawca zaangażował podwykonawcę, w tym do realizacji zakresu objętego wezwaniem to powinien był jednoznacznie wskazać w tej kalkulacji jaki koszt jest związany z działaniem podwykonawcy. Ani złożone pierwotnie wyjaśnienia, ani ponowne pismo nie ujawniają tego jaki będzie faktycznie udział kosztów podwykonawcy w kwocie wskazanej w ofercie Red Code. W wyjaśnieniach z dnia 5.06.2022 r. wykonawca potwierdził jedynie udział procentowy podwykonawcy tj. 45% zakresu realizacji zamówienia, zaś nie odniósł się w ogóle do pytania Zamawiającego dotyczącego rozbieżności w kosztach.

3. Zamawiający dokonał oceny złożonej przez wykonawcę kalkulacji i nie oparł się jedynie na deklaracji co do 45% udziału podwykonawcy. Zamawiający jednak dokonał oceny złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, w tym uwzględnił złożoną ofertę podwykonawcy Red Code, która to kwota nie znalazła odzwierciedlenia ani w kalkulacji, ani wyjaśnieniach wykonawcy.

II. Ad. nie uwzględnienie kosztów zadań ciągłych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego kalkulacja miała stanowić opracowanie własne wykonawcy i nie była narzucona przez Zamawiającego, należy wskazać, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi i wyjaśnień w zakresie, w jakim Zamawiający go wezwał. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że oczekuje podania stawek roboczogodziny dla wszystkich zadań objętych OPZ, a co najmniej dla zadań ujawnionych w harmonogramie. Wskazanie zakresu kalkulacji, a więc określenie zadań i przypisanie im ceny leżało po stronie wykonawcy.

Odwołujący w toku badania i oceny ofert złożył pismem z 5.06.2022 r. jednoznaczne oświadczenie, że przedłożona przez niego kalkulacja ceny oferty (załącznik nr 1 do wyjaśnień) odpowiada pod względem wycenionych w niej zadań złożonemu wraz z ofertą harmonogramowi. Jednak harmonogram nie był przygotowany prawidłowo, nie uwzględnił

czynności ciągłych w trakcie trwania projektu, jak te opisane w Roz. 7 OPZ. Skoro więc w harmonogramie, stanowiącym matrycę sporządzonej kalkulacji, co potwierdził wykonawca na pytanie Zamawiającego, brak było tych zadań oznacza to, że wykonawca w ogóle nie wziął ich pod uwagę w trakcie wyceny.

Obecnie, w złożonym odwołaniu Odwołujący usiłuje owe braki w kalkulacji przyporządkować do pozycji już w niej zawartych, co jednak stanowi jedynie linię obrony. Argumentacja nie jest w ocenie Zamawiającego wiarygodna w obliczu złożonych wyjaśnień.

Odwołujący dla wielu pozycji w zakresie tego zarzutu twierdzi, że przewidział narzuty pracochłonności dla poszczególnych ról, w których możliwe jest „ulokowanie” brakujących czynności ciągłych. Jednak zdaniem Zamawiającego rola tych narzutów jest zgoła inna. Dodatkowe zasoby mają służyć zapewnieniu realizacji nieprzewidzianych skutków w projekcie. Jest to więc wycena określonych zadań, wskazanych punktowo w kalkulacji, na zasadzie ryzyka. Jeśli ryzyko to zmaterializuje się, wówczas konkretna osoba odpowiedzialna za określone zadanie będzie zaangażowana w większym stopniu. Nie jest wiarygodne twierdzenie, że narzuty roboczogodzin pokrywają inne niż wskazane w kalkulacji zadania.

Skoro wykonawca w toku wyjaśnień w ogóle nie zawarł wyceny określonego zakresu, a jedynie potwierdził, że kalkulacja dotyczy tylko zadań wskazanych w harmonogramie złożonym wraz z ofertą należało uznać, że wycena nie przewidywała realizacji tych czynności. Przyjęcie stanowiska przeciwnego oznaczałoby, że wykonawcy mogliby złożyć bardzo uproszczoną kalkulację, składającą się z kilku pozycji, a następnie twierdzić, że w tychże pozycjach został wyceniony cały zakres zamówienia. Nie taka jest idea wyjaśnień ceny oferty, które mają na celu obalenie powstałego domniemania, że cena jest rażąco niska.

Wykonawca nie ujawnił kosztów dla czynności ciągłych - Zamawiający nie miał możliwości oceny czy są one wystarczające.

Powyższa argumentacja czyni zarzut odwołania niezasadnym, niemniej z ostrożności należy odnieść się do argumentów Odwołującego referujących do poszczególnych zadań.

I . Brak czasu na doradztwo

Wskazane w Odwołaniu zadania, jako te obejmujące zadania ciągłe są bezspornie zupełnie innymi merytorycznie zadaniami niż wymagane w OPZ przede wszystkim dlatego, że zadania te nie wynikają ze standardowego procesu wytwórczego projektu, a właśnie takie wskazał Odwołujący. Argumentacja, że zadanie to może być realizowane z narzutu procentowego dla każdej z ról jest raczej wskazaniem określenia ryzyk projektowych. Ale ryzyko jest czymś nieznanym co może wystąpić, a konieczność realizacji zadania wynika z

dokumentacji przetargowej - załącznik numer 1 — SOPZ, zatem jest to zadanie znane i jego wykonanie z całą pewnością nastąpi.

Dodatkowo wskazując, że zadania te mogą być realizowane przy innych, określonych w harmonogramie zadaniach jest błędnym podejściem, ponieważ nastąpiłoby pokrycie zadań posiadających w projekcie określony czas i datę rozpoczęcia realizacji z tymi, dla których takich mierników nie można określić.

Oznacza to, że Odwołujący nie założył i nie oszacował takiego działania w projekcie.

Dodatkowo należy wskazać, że od strony technicznej, projektowej możliwe jest przygotowanie harmonogramu realizacji projektu, gdzie zadanie realizowane jest w sposób ciągły, tzn. powinno być ono oznaczone jako zadanie trwające od momentu rozpoczęcia projektu do jego zakończenia. Tak przedstawiony harmonogram będzie jak najbardziej realny do wykonania oraz będzie czytelny — będzie jedynie posiadał więcej zadań.

Zgodnie z przedstawionym przez Wykonawcę „wykresem Ganta” Załącznik 2 do oferty Harmonogram działania te nie występują w okresie ciągłym, dodatkowo Wykonawca w pliku Załącznik 2 TP do oferty Harmonogram Prac v0. I .pdf w rozdziale szczegółowy opis zadań harmonogramu strony od 9 do 15 zamieścił szczegółowy opis zadań i wymienionych w odwołaniu czynności nie zamieścił w tym opisie, zatem nie można uznać, że zostały one uwzględnione i policzone.

Nie jest również właściwa argumentacja, iż zadania te znajdują się w „narzucie pracochłonności dla poszczególnych ról, albowiem narzut ten jest na nieprzewidziane zdarzenia, które mogą się wydarzyć dla każdej roli, a nie jest to zestaw czynności w trybie ciągłym (duża pracochłonność) przez cały okres realizacji projektu. Narzut przewidziany został na poziomie 10% co nie pokrywa pracochłonności zadań ciągłych.

2. Odwołujący wskazał, że czynność związaną z prowadzeniem bezpośredniego kontaktu z JST będzie realizował poprzez Komitet Sterujący. Takie założenie jest nie wiarygodne i projektowo błędne. Po pierwsze Komitet Sterujący faktycznie reprezentuje oczekiwania interesariuszy, czyli JST, jednak nie oznacza to że w skład Komitetu Sterującego będą wchodzić wszyscy przedstawiciele JST. Zatem bezpośredni kontakt z przedstawicielami JST poprzez Komitet Sterujący (gdzie nie ma przedstawicieli JST) jest po prostu niemożliwy. Oznacza to, że Odwołujący nie założył i nie oszacował takiego działania w projekcie.

Warto nadmienić, iż mamy do czynienia z 98 jednostkami samorządu terytorialnego w województwie lubuskim (gminy, powiaty). Komitet Sterujący kontaktuje się z interesariuszami w sprawach nadzwyczajnych. Zakres pracy kierownika projektu oraz zespołu nie został uwzględniony w ofercie Wykonawcy, a może stanowić, wedle szacunków Zamawiającego co najmniej 800 godzin liczonych jako jeden dzień całego zespołu niezależnie z każdą jest z której strony będzie każdorazowo uczestniczyło co najmniej 4 pracowników merytorycznych. Wyjaśniając rolę komitetu sterującego można odwołać się do opracowania pt: "Prince 2

Skuteczne zarządzanie projektami” Wyd. Axelos Limited 2019 r. Zamawiający wnosi o przeprowadzenie dowodu z wyciągu z ww. publikacji stanowiącego załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie. Wskazane przez Odwołującego zadanie powinno być realizowane przez kierownika projektu — jest ono wskazane w tej samej publikacji C.5 Kierownik projektu, C.5.1 Obowiązki: kierownik projektu powinien Utrzymywać kontakt z kierownictwem organizacji, programu lub z klientem, aby zapewnić, że żadne prace nie zostaną pominięte /.../.

Powyższe potwierdza, że obecne twierdzenia Odwołującego stanowią jedynie linię obrony i nie znalazły się w złożonych wyjaśnieniach.

3. Brak organizacji biura projektu. Odwołujący wskazał na przypisanie kierownika dla każdego z zadań wymienionych w Harmonogramie oraz dodatkowo oświadczył, że kierownik projektu będzie: Organizował biuro projektu, Sporządzał raporty, Sporządzał analizy i raporty dla kierownika projektu, Monitorował wskaźniki projektu, Prowadził działania zapewniające poprawną realizację projektu. Wykonawca w ogóle tego zakresu nie ujął w wyjaśnieniach, nie mówiąc o kalkulacji ceny. Oznacza to, że Wykonawca powinien wyodrębnić te zadania jako nowe zadania w harmonogramie realizowane poprzez cały czas trwania projektu lub wyodrębnić zadanie np. Zarządzanie projektem i przypisać je do roli kierownika, gdzie zadanie to ponownie będzie realizowane przez cały czas trwania projektu.

Próba argumentacji, że będzie to grupa z czynności kierownika projektu przy obecnie wskazanych w harmonogramie zadań jest błędna, ponieważ zadania ta mają ściśle określony czas występowania oraz zakres prac. Przykładowo oznaczałoby to, że kierownik sporządzać miałby np. Raport z zakresu realizacji projektu podczas realizacji zadania „Warsztaty w celu umówienia uwag (do Analizy Biznesowo Technicznej)” [Zadanie wskazane w Harmonogramie sporządzonym przez Wykonawcę].4. Zamawiający na bazie złożonych wyjaśnień nie miał wiedzy jak wykonawca zakres (testy) wycenił. Nie jest m.in. wiadome czy wykonawca wycenił przeprowadzenie testów wymagań funkcjonalnych systemu, które jak wynika z doświadczenia Zamawiającego są najbardziej czasochłonne i kosztowne. Z kolei ze złożonego w toku badania i oceny ofert zobowiązania podmiotu Red Code wynika, że zakres ten wykona ten podmiot, co z kolei nasuwa wątpliwości w obliczu braku wliczenia do ceny oferty kosztów pracy tego podwykonawcy.

5. Brak opracowania niezbędnej dokumentacji. W tym zakresie Odwołujący wskazał szereg punktów opracowanej przez siebie kalkulacji twierdząc jedynie, że zakres ten wliczył we wskazane pozycje. Na obecnym etapie możliwe byłoby podporządkowanie dowolnego zadania pod jedną lub kilka pozycji, co jednak nie czyni złożonych wyjaśnień wystarczającymi i przekonującymi.

6. Brak wystąpienia przed urzędami, sądami, analizowanie skutków regulacji prawnych i decyzji. Argumentacja w tym zakresie nie pozwala na przyjęcie, że Odwołujący postawił

skutecznie zarzut. Odwołujący stawia jedynie twierdzenie, że nie jest możliwe ujęcie w harmonogramie projektu wystąpienia przed ww. instytucjami.

7. Wykonawca nie przewidział pomocy prawnej w zakresie zadań, w roz. 7.1 i 7.2 oraz 7.63 OPZ, a tego konkretnie dotyczył zarzut stanowiący podstawę odrzucenia oferty.

8. Brak ujęcia weryfikacji dokumentacji powykonawczej

Zamawiający nie kwestionuje deklaracji Odwołującego co do weryfikacji innych wymienionych elementów projektu, jednak w sposób oczywisty Wykonawca nie wskazał, że wycenił czynności weryfikacji dokumentacji powykonawczej.

III Ad. nieuwzględnienie poziomu inflacji i nie wykazanie zysku

Na s. 17 odwołania Odwołujący twierdzi odmiennie niż uprzednio, iż kalkulując ofertę również przyjął kalkulację podwykonawcy czy też osoby pracujące na umowy zlecenia, którzy oferują wykonywanie czynności za określone kwoty. Odwołujący twierdzi, że inflacja spowoduje, że za określoną kwotę nabędzie o 10% mniej dóbr. Wg. GUS przez inflację rozumie się najczęściej średnie zmiany cen konsumpcyjnych towarów i usług. Rozważania dotyczące poziomu siły nabywczej pieniądza nie były dotychczas prowadzone na gruncie zamówień publicznych, a zagadnienie to nie było przedmiotem wezwań rażąco niskiej ceny. Jednak w związku z sytuacją gospodarczą Zamawiający musi takie fakty uwzględniać w toku badania i oceny ofert, gdyż jako podmiot odpowiedzialny za wydatkowanie środków unijnych w sposób szczególny zobowiązany jest dbać o to, aby wyłonić wykonawcę dającego rękojmię należytej realizacji zamówienia. Problemy kadrowe, w kontrakcie opartym na zasobach osobowych mogą skutecznie zablokować projekt poprzez nie dotrzymanie kamieni milowych a w efekcie uznanie, iż nie został on zrealizowany zgodnie z harmonogramem.

Zamawiający coraz częściej (szczególnie na rynku usług i rynku budowlanym) zmagają się z problemami z realizacją zamówienia z powodu inflacji. Stanowi to realne zagrożenie dla całego projektu, wobec czego konieczne było ustalenie w jaki sposób zamierza poradzić sobie z tym wykonawca.

Jedyną konkluzją jaka wynikała z wyjaśnień oferty było to, że jeśli nie wystąpią ryzyka projektowe to Odwołujący osiągnie na tyle duży zysk, który zniweluje negatywne oddziaływanie inflacji. Wobec powyższego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Przystępujący po stronie zamawiającego Avility Sp. z o.o. Plac Inwalidów 10 01-552 Warszawa wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący piśmie z dnia 17 sierpnia 2022 r. odniósł się do odpowiedzi na odwołanie i wskazał, co następuje.

Zamawiający podtrzymuje w odpowiedzi na odwołanie, iż wykonawca w przedłożonych tabelach nie uwzględnił kosztów podwykonawcy i nie uwzględnił kosztów ciągłych. Jednak szczególną uwagę należy zwrócić na treść przygotowanej przez zamawiającego tabeli, której wypełnienia żądał wraz z pierwszym wezwaniem do wyjaśnień.

W tabeli przygotowanej przez Zamawiającego w kolumnie pierwszej wskazano:

„**należy przenieść wszystkie zadania z harmonogramu – wartość merytoryczna oferty”

Nie ma zatem zapisu, że wykonawca miał zawrzeć co najmniej zadania z harmonogramu. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał natomiast: „Wynika z powyższego, że wykonawca wycenił w ofercie jedynie usługi uwzględnione w kalkulacji. Wykonawca dokonując kalkulacji oferty opierał się na harmonogramie, który przygotował na potrzeby przyznawania dodatkowej punktacji. W harmonogramie tym nie uwzględnił jednak wielu zadań, które będą realizowane w trybie ciągłym, przez cały okres trwania kontraktu, a co za tym idzie nie wycenił ich również w kalkulacji kosztów”

Po ponad 50 dniach, jako podstawę odrzucenia oferty wskazuje, iż wykonawca nie umieścił w tabeli innych, oczekiwanych przez niego pozycji.

W pierwszym wezwaniu (bardzo szczegółowym) Zamawiający nie wymagał takich informacji, stąd wykonawca dokonał przedstawienia informacji o cenie ofertowej zgodnie z żądaniem. Wręcz przeciwnie – w treści odwołania wskazał precyzyjnie, w jakich pozycjach zostały one skalkulowane. Odwołujący nie miał szansy wyjaśnić tych okoliczności w postępowaniu, ponieważ nie był wzywany o wyjaśnienia w tym zakresie.

Zamawiający po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień, wezwał ponownie Odwołującego do doprecyzowania przedstawionych informacji. Na tym etapie nie budziły jego wątpliwości np. koszty dla czynności ciągłych (trudno uznać za zasadne ponowne wezwanie, jeżeli były takie wątpliwości jak podniesione w uzasadnieniu odrzucenia oferty).

Zamawiający próbuje lansować tezę, iż nie można oferty firmy Red Code Sp. k. dołączonej do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny traktować jedynie pogładowo, ponieważ w jego ocenie, przeczą temu stwierdzenia w samej ofercie. Podważa przy tym treść oferty tej oferty, która stanowi: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia obejmujące wszystkie warunki zamówienia opisane w OPZ oraz koncepcji technicznej projektu za:....”

Zamawiający nie jest konsekwentny. Treść obu ofert dołączonych do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest tożsama. Oferty złożone przez Red Code Sp. k. i Entrast Sp. z o.o. zawierają takie samo sformułowanie, które prowadzi jednak z niezrozumiałych dla Odwołującego względów do odmiennych wniosków.

Fakt wskazania zakresu, jaki zamierza wykonawca powierzyć podwykonawcom nie ma związku z wysokością wynagrodzenia, jakie podwykonawcy otrzymają w trakcie realizacji. Prezes Red Code został wskazany do pełnienia dwóch ról w projekcie, za określonym wynagrodzeniem, które już w pierwszych wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny

zostało wskazane. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie Zamawiającego, iż nie wiedział, jakie koszty są związane z udziałem firmy Red Code Sp. k. Wynikają one wprost z treści zobowiązania Ł. K. . Nie wyklucza to jednak wprowadzenia również innych podwykonawców na etapie realizacji.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie podnosi m.in.: - „od strony technicznej, projektowej możliwe jest przygotowanie harmonogramu realizacji projektu, gdzie zadanie jest realizowane w sposób ciągły [...] Tak przedstawiony harmonogram będzie jak najbardziej realny do wykonania oraz będzie czytelny – będzie jedynie posiadał więcej zadań”,

-„oznacza to, że Wykonawca powinien wyodrębnić te zadania jako nowe zadania w harmonogramie realizowane przez cały czas trwania projektu lub wyodrębnić zadanie np. Zarządzanie projektem i przypisać je do roli kierownika, gdzie zadanie to ponownie będzie realizowane przez cały czas trwania projektu”;

Odwołujący złożył harmonogram i został on uznany przez Zamawiającego za prawidłowy i zgodny z treścią specyfikacji. Do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny został zobowiązany przez Zamawiającego do przeniesienia pozycji z harmonogramu. Zatem wszelka argumentacja na tym etapie, zmierzająca do wykazania, że Wykonawca winien inaczej przygotować harmonogram, jest spóźniona i pozostająca bez związku z przyczynami odrzucenia wskazanymi w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego zostały przygotowane zgodnie z bardzo szczegółowym żądaniem zamawiającego.

Reasumując – Zamawiający do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny otrzymuje oferty złożone dla Odwołującego przez podwykonawców. Pomimo identycznej treści – jedną z nich traktuje jako wiążącą wycenę, a drugą jako dokument przedstawiony poglądowo. Zamawiający w postępowaniu najpierw narzuca szczegółowo treść wyjaśnień w przedmiocie niskiej ceny, a następnie odrzuca ofertę wykonawcy za brak innych, oczekiwanych przez niego informacji.

Interpretacja Zamawiającego w przedmiocie braku wyceny czynności ciągłych jest błędna. Jeżeli miał wątpliwość czy zadania ciągłe zawarto w wycenie mógł zapytać. Otrzymałby odpowiedź, że harmonogram zawiera zadania ciągłe. Wykonawca zgodnie z zapisami SWZ s. 31 miał przygotować cyt.:

Harmonogram realizacji projektu musi zawierać: o wszystkie zadania realizowane w projekcie, o relacje między zadaniami, o czas trwania poszczególnych zadań, o zasoby niezbędne do realizacji poszczególnych zadań, o właścicieli poszczególnych zadań.

Zgodnie ze wszystkimi dobrymi praktykami oraz metodykami między innymi Prince2®, Wykonawca, aby przygotować ofertę cenową musi rozbić cały projekt na zdefiniowane, skończone zadanie, przyporządkowując im czas oraz zasoby.

Dobre praktyki wykluczają więc zadania, które nie mają zdefiniowanego czasu ani zasobów.

Następnie następuje szacowanie pracochłonności każdego z poszczególnych zadań w projekcie rozbijając zadania na poszczególne role. Nie jest możliwe realne, rzetelne oszacowanie pracochłonności projektu w innym podejściu, nie przyporządkowując zadaniom czasu, zasobów a co za tym idzie kosztów.

Podsumowując harmonogram zawiera czynności ciągle rozbite na zadania dla poszczególnych ról, które zostały szczegółowo uzasadnione w poprzednim piśmie.

Co więcej występowanie zadań ciągłych widać wyraźnie w harmonogramie, w którym poszczególne role np. Kierownik Projektu, czy role powiązane ze wsparciem prawnym mają przyporządkowywany czas do zadań których realnie nie wykonują, ani nie są w nie zaangażowane. Odnosząc się do zarzutu związanego z narzutami wykonawca miał zapewnić harmonogram zawierający wszystkie zadania w projekcie oraz miał przyporządkować im zasoby oraz czas potrzebny na realizację zadań. Nie możliwe jest więc przygotowanie szacowania innych zadań niż wskazanych w harmonogramie.

Wykonawca musiał przewidzieć w jakich zadaniach np. konieczna oraz możliwa jest np. obsługa prawna czy inne „zadanie ciągle”. Wykonawca musiał dodatkowo oszacować czas na ryzyko. Zgodnie z definicją ryzyka są to zarówno czynności / zadania dodatkowe które mogą wystąpić, a nie zostały przewidziane jak również zwiększenie pracochłonności zadań przewidzianych. Dziwne jest więc, że Zamawiający znający definicję ryzyka ogranicza jego definicję jedynie do zwiększenia pracochłonności zadań przewidzianych nie przewidując innej możliwości.

Harmonogram został przygotowany w sposób rzetelny uwzględniający wiele pozycji (60 pozycji). Zamawiający nigdy nie kwestionował rzetelności harmonogramu czy też jakiegokolwiek zadania w harmonogramie. Podsumowując koszty czynności ciągłych zostały rozbite na zadania, które znajdując się w harmonogramie inne podejście nie było by zgodne z OPZ w którym to Zamawiający wyraźnie stwierdził, że oczekuje wszystkich zadań oraz przyporządkowania do każdego zadania czasu oraz zasobów.

Odnosząc się do poszczególnych podpunktów z odpowiedzi na odwołanie:

Wykonawca w treści odwołania wskazał dokładne zadania w których przewidział czas na doradztwo. Zadania obejmują cały przebieg projektu. Suma poszczególnych działań jest działaniem ciągłym trwającym cały projekt tylko rozbitym na wiele zadań.

Zamawiający sobie przeczy pisząc, że chodziło mu o „że zadania te nie wynikają ze standardowego procesu wytwórczego projektu, a właśnie takie wskazał Odwołujący”. Zadaniem Wykonawcy było wskazanie wszystkich zadań związanych z realizacją projektu, a przypominając, że projekt zgodnie z metodykami składa się ze zadań zawierających czas, oraz zasoby. Więc jakikolwiek inny koszt, który może wystąpić poza kosztem zadań jest to koszt ryzyka lub koszty organizacyjne, czyli dokładnie tak jak zrobił to Wykonawca.

Zamawiający kolejny raz sobie przeczy, że mógł pokazać zadania realizowane w sposób ciągły, czyli od momentu rozpoczęcia projektu do jego zakończenia, ponieważ zgodnie z OPZ w punktach wskazanych powyżej, dla każdego zadania konieczne było pokazanie zasobów realizujących projekt. Więc jeżeli wykonawca wskazałby, że na zadanie „ciągłe” przewidział np. X godzin to Zamawiający analogicznie do stawianych obecnie zarzutów mógł stwierdzić, że w jego ocenie to zbyt mało, dlaczego nie 3X więcej, jeżeli to ma być zadanie ciągłe.

Nie zrozumiałe jest dla Odwołującego podejście, dla którego dla Zamawiającego jest akceptowalnym wskazanie jednego zadania od początku do końca projektu powiązanego z doradztwem, a rozbitcie tego jednego zadania na 9 różnych zadań które swoim trwaniem obejmują cały projekt jest nie akceptowalne.

W OPZ Zamawiający nigdzie nie wskazał, że należy kontaktować się z 98 JST. Więc to na Wykonawcy spoczywał ciężar dokonania założenia. Wykonawca założył, że przedstawiciele JST będą członkami Komitetu sterującego, jako interesariusze projektu, mają ciągły kontakt z projektem. Realizacja projektu w założonej przez Zamawiającego dacie końcowej oraz w przedstawionych zasobach które zostały narzucone w OPZ byłaby niemożliwa do realizacji, jeżeli miała by być przeprowadzona przy konsultacjach z 98 JST.

Zamawiający nie wskazał nigdzie w OPZ, że należy przyjąć nie mniej niż 800 godzin na kontakt z JST, Wykonawca założył, że przedstawiciele JST będą członkami komitetu sterującego jako interesariusze projektu (zgodnie z definicją komitetu sterującego), Zamawiający nie może więc winić Wykonawcy za dokonanie innych założeń, jeżeli nie podał jawnie w OPZ ani ilości JST z którymi należy mieć kontakt ani ilości godzin jakie należy przyjąć na kontakt z JST. Takie konsultacje mogą się odbywać nie wiele sposobów, nie tylko przez osobiste wizyty w urzędach.

Możliwe jest wcześniejsze wysłanie dokumentów i praca jedynie nad uwagami. Powszechnym jest obecnie używanie środków do komunikacji na odległość. Co więcej – to po stronie Zamawiającego będzie organizacja prac Komitetu sterującego.

Realizacja zadań biura projektów nie jest oderwana od realizacji projektu, więc nie jest zgodne ze sztuką wyodrębnianie odrębnych zadań na „Zarządzanie projektem”, a wskazanie pracochłonności Kierownika projektu przy każdym zadaniu merytorycznym realizowanym w projekcie. W przygotowanym harmonogramie we wszystkich zadaniach projektu uwzględniono pracochłonność Kierownika Projektu. Widać wyraźnie, że zadania Biura projektów są uwzględnione w harmonogramie. Jeżeli Zamawiający oczekiwał innego sposobu zdefiniowania harmonogramu to powinien to jednoznacznie opisać w OPZ, czego nie zrobił.

Wykonawca wskazał w harmonogramie, opisie do harmonogramu oraz kalkulacji ceny wszystkie przewidziane testy. Dziwne jest wyjaśnienie Zamawiającego, iż „nie miał wiedzy jak wykonawca zakres ten wycenił...” (w domyśle jak wycenił zakres testów).

Zamawiający oczekiwał przedstawienia wszystkich zadań realizowanych w projekcie, a także czasu ich trwania, zasobów oraz co za tym idzie kosztów, a że nie można przedstawić w harmonogramie czynności nie planowanych, nie przewidzianych jedyną słuszną drogą zgodną z metodykami jest przedstawienie punktu jako narzut na pracochłonność poszczególnych ról.

Wykonawca wskazał 29 zadań w których przewidział wsparcie prawne. Zadania te są realizowane od początku do końca projektu więc, że Wsparcie prawne jest zagwarantowane przez cały projekt. Niezrozumiała jest argumentacja, zgodnie z którą, Zamawiający akceptowałby jedno zadanie, które zawiera wsparcie prawne od początku do końca projektu (jak wskazywał w innych punktach), a nie akceptuje uszczegółowienia na 29 zadań, które są realizowane również przez cały cykl życia projektu od początku do końca.

Zamawiający zdefiniował, że przez dokumentację powykonawczą rozumie się całą dokumentację w szczególności analityczną oraz techniczną która uległa zmianie. Zmianie może natomiast ulec dokumentacja na każdym kolejnym etapie projektu, a nie jak wskazał Zamawiający jedynie po przetestowaniu i wdrożeniu systemu, czyli np. dokumentacja Analizy Biznesowo Technicznej może ulec zmianie w przy realizacji opracowywaniu Analizy Technicznej LLD. I dokładnie takie podejście pokazuje Wykonawca, pokazując to poszczególnych zadaniach. Odnosząc się do zapisów OPZ dotyczących dokumentacji powykonawczej: „weryfikacji dokumentacji powykonawczej, w tym dotyczącej przedstawianych gwarancji, licencji oraz przedstawienie rekomendacji co do akceptacji dokumentacji” Wszystkie z tych punktów są przedstawione w zadaniach wskazanych przez Wykonawcę. Sam Zamawiający przyznał, że oferta wykonawcy zawiera element dokumentacji powykonawczej. Ponieważ zwrócił uwagę na zadanie „Przeprowadzenie odbiorów oraz zatwierdzenie odbioru przez Komitet Sterujący”

Jedną z głównych procedur w rozwoju oprogramowania IT jest procedura zarządzania zmianą, która definiuje i opisuje zarządzanie zmianą w projekcie, czyli co za tym idzie zmianami w dokumentacji.

Przedstawiony harmonogram przewiduje 16 zadań związanych z weryfikacją stworzonej dokumentacji oraz jej poprawą.

6. Odnosząc się od twierdzeń o braku uwzględnienia inflacji, którą Odwołujący miałby uwzględnić w kalkulacji na poziomie prognozowanym przez NBP, Zamawiający wskazuje: „[...] nie tyle chodzi o ilość dóbr i za ile będzie mógł nabyć Odwołujący, ale o koszty wynagrodzenia osób wchodzących w skład jego zespołu”

Odwołujący dysponuje jednoznacznymi deklaracjami członków zespołu, którzy wskazali, za jakie wynagrodzenie zobowiązują się wykonywać czynności w projekcie. Stawki jednostkowe członków zespołu nie zostały zakwestionowane przez Zamawiającego. Odwołujący podpisując umowy z członkami zespołu będzie miał zagwarantowane stałe wynagrodzenie przez cały okres projektu, stąd rozważania (czysto hipotetyczne) Zamawiającego w tym zakresie są pozbawione podstaw.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska podtrzymując dotychczasową argumentację.

Odwołujący poparł odwołanie wraz z zawartym w nim uzasadnieniem oraz stanowiskiem złożonym w replice pisemnej. Stwierdził, że złożył Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienie w wyniku otrzymanego wezwania. Zauważył, że żaden element i składowa ceny nie zostały uznane za rażąco niskie. W pełni wykonał precyzyjne wezwanie o wyjaśnienie, w którym żądano wypełnienia harmonogramu przez wprowadzenie do niego wszystkich elementów kosztowych. Podobnie kolejna tabela została złożona Zamawiającemu w wykonaniu drugiego wezwania. Stwierdził, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje na inne okoliczności wcześniej nie podnoszone, w szczególności w decyzji o odrzuceniu oferty. Przypomniał odmienną ocenę dokonaną Zamawiającego w stosunku do dwóch ofert podwykonawców. Podtrzymał stanowisko ujęte w pismach w pozostałym zakresie, w tym dotyczące czynności ciągłych i wskaźnika inflacji. Złożył pisemne oświadczenie spółki Red Code dotyczące oferty 2 maja br. na kwotę 945 000 złotych. Przypomniał, że złożenie harmonogramu nie było obowiązkowe (Rozdz. 17 pkt 5). Wskazał, że przedstawił wszystkie wymagane informacje, a udział podwykonawców wskazano w ofercie. Przypomniał treść oświadczenia podwykonawcy. Zauważył, że wymiar czasowy współpracy z samorządami nie był wskazany w dokumentacji.

Zamawiający przypomniał cel przedmiotowego projektu ze wskazaniem na OPZ, w tym w szczególności na potrzebę zaangażowania specjalistów wielu branż. Podał w wątpliwości realność wykonania zamówienia przez Odwołującego wobec pominięcia w wycenie niektórych kosztów i wskazując, że wymagany harmonogram zawierający opis zadań do wykonania to dokument autorski wykonawcy stanowiący również kryterium oceny ofert, był składany z ofertą. W wezwaniu kierowanym do wykonawcy wymagano ujęcia w wyjaśnieniach dotyczących wszystkich zadań wynikających z harmonogramu. W drugim wezwaniu, w punkcie 2 Zamawiający prosił o sprecyzowanie udziału wskazanego podwykonawcy. Przypomniał, że w wyjaśnieniach nie wskazano zadań ciągłych, nie wskazano również wyceny prac zadeklarowanego podwykonawcy. Złożył własne opracowanie – przykładowy harmonogram – ze wskazaniem na możliwość przedstawienia w

harmonogramie zadań ciągłych. Przypomniał ofertę Red Code z zawartym w nim zobowiązaniem, którą złożono jako załącznik do pierwszych wyjaśnień. Złożył tabelę poglądową z wyliczeniem udziału podwykonawcy sporządzoną na podstawie deklaracji i oferty podwykonawcy. Przyznał, że treść oświadczenia podwykonawcy jest jednoznaczna. Jednakże wskazał, że z wyjaśnień nie wynika, jaki koszt poniesie wykonawca w związku z zaangażowaniem podwykonawcy. Brak także informacji, że osoby przedstawione w kalkulacji należały do zasobu podwykonawcy. W sprawie wymogu kontaktu z j.s.t. wskazał na OPZ. Podtrzymał stanowisko w sprawie zadań ciągłych. Za nierealne uznał założenie pokrycia inflacji z planowanego zysku. Wskazał, że wątpliwości zwłaszcza wzbudziło pisemne zobowiązanie Red Code z 6 lipca 2022 r., niespójne z kalkulacją w harmonogramie. Podtrzymał stanowisko, w szczególności przypomina brak wiarygodnej informacji o udziale podwykonawcy oraz kontaktach z samorządami.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Zauważył, że w sprawie nie wyjaśniono zakresu i kosztu udziału podwykonawcy. Oceniał, że przy braku innych wyjaśnień lub komentarza wykonawcy, należy uznać, że niektóre zadania, w tym szereg czynności ciągłych nie zostały uwzględnione (takie jak kontakty z j.s.t., zakres testowania – porównawczo wskazano na metodykę SIG, weryfikacja dokumentacji powykonawczej z uwagą o przedstawieniu przez wykonawcę także czynności uprzednich). Wskazał na własną ofertę z harmonogramem uwzględniającą zadania ciągłe.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestników przystępujących do stron postępowania odwoławczego stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporne w sprawie jest, że w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego się wykonawcy zaistniało oparte na przepisie ustawy pzp domniemanie, że zawiera ona cenę rażąco niską. W konsekwencji nie jest kwestionowana konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej. Wykonawca kwestionuje wynik tego postępowania, którym jest odrzucenie oferty wobec uznania przez zamawiającego, że otrzymane wyjaśnienia nie doprowadziły do uznania, że cena badana nie jest rażąco niska. Przypomnieć należy, że po otrzymaniu wyjaśnień w wyniku pierwszego wezwania dnia 10 maja 2022 r., zamawiający wystąpił do wykonawcy dnia 8 czerwca 2022 r. o dodatkowe informacje. W tym miejscu należy zauważyć, że zarzutem ewentualnym odwołania i idącym za nim żądaniem jest nakazanie przeprowadzenia dodatkowych wyjaśnień w sprawie będącej przedmiotem sporu i rozpoznania. W ocenie zamawiającego kolejne wyjaśnienia potwierdziły, a nawet spotęgowały pogląd, że wykonawca nie wykazał realności ceny zaoferowanej.

Pierwsza wątpliwość w sprawie dotyczy treści pierwszego wezwania skierowanego do wykonawcy, w którym zamawiający wskazał między innymi, że argumentację dotyczącą zaoferowanej ceny „wraz z kalkulacją cenową (wg załączonej tabeli) oraz dowodami należy złożyć /.../.” Powołana tabela, nazwana harmonogramem, to dokument składany przez wykonawców wraz z ofertą, w którym opisane czynności wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, które są określone jako „zadania”, w kolejnych rubrykach wskazywano czas trwania zadania datując je oraz podając okres realizacji, a następnie wymieniano specjalistów przewidzianych do wykonywania pracy z podaniem stawek wynagrodzenia w roboczogodzinach. Przedstawiając wyjaśnienia z kalkulacją należało, jak wynika z pouczenia harmonogramie, „przenieść zadania z harmonogramu – wartość merytoryczna oferty.” Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że przedstawiony wymóg sposobu wyjaśnienia ceny został przez zamawiającego w sposób nieuprawniony narzucony i z tego powodu mogły powstać wątpliwości przy ocenie kalkulacji.

Skład orzekający nie podziela tego poglądu mając na uwadze, że wskazany dokument, za wyjątkiem podanych wyżej tytułów rubryk, jest autorskim opracowaniem wykonawcy, stanowiącym element oferty i wraz z nią złożonym. Zatem trudno podzielić pogląd, że żądanie wyjaśnienia z posłużeniem się treścią własną wykonawcy uniemożliwiło wykonawcy przedstawienie ceny jego oferty w sposób, w jaki rzeczywiście była ona skalkulowana. O ile jednak w ocenie odwołującego kalkulacja obejmowała elementy wymienione w zadaniach przedstawionych w harmonogramie, nie było przeszkód do ich przedstawienia w treści wyjaśnień. Wydaje się warte oceny pozytywne stwierdzenie, że zamawiający nie ograniczył się do wystosowania ogólnego wezwania, powielającego przepisy ustawy Pzp, co zdaje się być praktyką przeważającą w odniesieniu do omawianych czynności. Zamawiający nie wymieniał konkretnie jakie zadania mają być objęte kalkulacją, gdyż w tym zakresie wykonawca miał swobodę opracowania tego dokumentu pod warunkiem, że znajdą się w wycenie zadania co najmniej objęte harmonogramem w nim zadeklarowane. Rolą wykonawcy było określenie zakresu wyceny i jak i samej wyceny.

Zauważyć przy tym należy, że odwołujący poza deklaracją nie przedstawił odmiennej (alternatywnej?) realnej kalkulacji ceny ofertowej. Przypomnienie przez wykonawcę, że w istocie złożenie harmonogramu z ofertą w tym postępowaniu nie było obowiązkowe, a jedynie miało znaczenie przy ocenie oferty w kryteriach pozacenowych, jest w sprawie bez znaczenia, skoro rzeczywiście dokument taki był złożony i stał się podstawą czynności wyjaśniających.

Odnosnie oferty podmiotu zadeklarowanego w ofercie jako podwykonawca, który przedstawił swoją ofertę odwołującemu na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę niższą niż wykonawcy Trogon, mając na uwadze informacyjny, pomocniczy charakter tej oferty, zgodnie z deklaracją odwołującego, jej przedstawienie nie odnosi się do przedmiotu

rozpoznania. Ponadto, zakres ewentualnego podwykonawstwa nie został zadeklarowany przez wykonawcę, co potwierdził w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz odwoławczego.

Skład orzekający uznaje za prawidłową decyzję zamawiającego wobec wykazania, iż przedstawiona w ramach wyjaśnień kalkulacja opracowana przez wykonawcę nie zawiera wszystkich niezbędnych i wynikających z opisu przedmiotu zamówienia zadań przewidzianych do wykonania w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Złożony harmonogram nie był przygotowany prawidłowo, gdyż nie uwzględniał czynności ciągłych w trakcie trwania projektu, jak te opisane w Roz. 7 OPZ. Skoro więc w harmonogramie, stanowiącym matrycę sporządzonej kalkulacji, co potwierdził wykonawca na pytanie Zamawiającego, brak było tych zadań oznacza to, że wykonawca nie wziął ich pod uwagę w trakcie wyceny. Stwierdzeni następcze o możliwości „ulożenia” brakujących czynności ciągłych w poszczególnych zadaniach nie zostało wiarygodnie potwierdzone.

Skoro wykonawca w toku wyjaśnień nie zawarł wyceny określonego zakresu, a jedynie potwierdził, że kalkulacja dotyczy tylko zadań wskazanych w harmonogramie złożonym wraz z ofertą należało uznać, że wycena nie przewidywała realizacji tych czynności.

Na gruncie ustawy Pzp nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty będzie również sytuacja, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Powyższa argumentacja czyni zarzut odwołania niezasadnym.

Odnośnie braku skalkulowania tj. niewykazania, iż zostały skalkulowane określone zadania, skład orzekający uznaje za wystarczające wskazanie braku współpracy z jednostkami samorządu terytorialnego, czego nie można utożsamiać ze wskazanym współdziałaniem z Komitetem sterującym jako podmiotem odmiennym, brak organizacji biura projektu, brak informacji co do wyceny prac testowych wdrożeniowych, brak informacji o skalkulowaniu obsługi prawnej.

Wskazane okoliczności faktyczne uzasadniają stwierdzenie, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego wobec braku dostatecznych wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny oferty nie będącej rażąco niską, była uzasadniona i nie naruszała wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: