

**Sygn. akt: KIO 983/23**

**Wyrok**

**z dnia 28 kwietnia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2023 roku przez Odwołującego: **Suntar Professional Sevices Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. T. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury, ul. Przy Rondzie 5, 31-547 Kraków**

przy udziale wykonawcy: **K. F.-A. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: INTEGRAL K. F.-A., ul. Miła 1A, 26-220 Stąporków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 983/23 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Suntar Professional Sevices Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. T. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 827 zł 33 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia siedem złotych trzydzieści trzy grosze) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. .Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 983/23**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. Dostawa oraz wdrożenie systemu telefonii VoIP w ramach projektu „Wdrożenie nowoczesnych metod badanie potrzeb szkoleniowych i kształcenia kluczem do skutecznego wymiaru sprawiedliwości”, znak sprawy: BA-X.2611.24.2022, zwane dalej Postępowaniem. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 listopada 2022 roku pod nr: 2022/BZP 00431901/01.

W dniu 5 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej jako: „Odwołujący”) wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (bądź wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska).

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z ofertą Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona w sposób bezpodstawny. Gdyby Zamawiający dokonał wszystkich żądanych w niniejszym odwołaniu czynności, to oferta Odwołującego posiadałaby najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Poprzez dokonanie zaskarżonych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej

przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje okoliczności, iż to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, jednakże ocena złożonych wyjaśnień nie może zostać oderwana od treści wezwania przygotowanego jednostronnie przez Zamawiającego. Zamawiający jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na niewyczerpujące wyjaśnienie wskazanych elementów, przy czym nie wskazał jakich elementów nie wyceniono czy wyceny nie wyjaśniono.

Co do wskazanej przez Zamawiającego argumentacji:

Element kosztowy 1:

Wykonawca wskazał jednoznacznie element sprzętowy w postaci serwera, jednoznacznie wykazując koszty jego zakupu. Jednoznacznie z wyjaśnień (odczytywanych łącznie) wynika zaoferowanie i wycena elementu sprzętowego – co więcej Zamawiający sam wskazał jego wartość.

Odnosnie szczegółowego zestawienia kosztów wytworzenia systemu telekomunikacyjnego SwitchVoIP200 nie można było tego elementu wyjaśnić, bowiem jak zauważył Zamawiający system ten nie został i nie zostanie wykonany na potrzeby tego konkretnego postępowania przetargowego. Nie ma możliwości przedstawienia dowodu ilości godzin prac dostosowawczych, które ze swojej natury stanowią jedynie założenia poczynione przez Wykonawcę (wskazanie konkretnej ilości) przy uwzględnieniu kosztów roboczogodziny udowodnionych przez Wykonawcę.

Element kosztowy nr 4 „Szkolenie”

Wykonawca wyjaśnił koszty dojazdu pracownika z siedziby Wykonawcy, zaś założony koszt jest tak wysoki, że pozwala i pozwalał na elastyczność w wyborze środka komunikacji. Zamawiający w żaden sposób nawet nie argumentuje, iż cena w wysokości 510,00 zł nie pozwala na dotarcie do siedziby Zamawiającego z siedziby Wykonawcy.

Element kosztowy nr 4 „Audyt warunków wdrożenia systemu”

Wykonawca jednoznacznie wskazał na wysokości stawki za roboczogodzinę, która w żaden sposób nie została zakwestionowana przez Zamawiającego jako nierealna czy niewłaściwa. Stosowana stawka wynika jednocześnie z oświadczenia podmiotu powiązanego z Odwołującym wskazując na wysokość wynagrodzenie udostępnionego pracownika.

Element kosztowy nr 4 „Usługa dostawy, uruchomienia i wdrożenia systemu telefonii VoIP” Wykonawca szczegółowo opisał czynności, które będą składały się na ww. element kosztowy wraz ze wskazania zakresu czynności i prac przewidzianych do wykonania przez Wykonawcę. Odwołujący posłużył się w tym zakresie minimum opisanymi przez Zamawiającego jakich żądał do wyjaśnienia w ramach tej wskazanej pozycji.

Element kosztowy nr 5 „Help Desk i wsparcie serwisowe”

W zakresie Help Desku wykonawca przedstawił wyliczenia poczynione w oparciu o własne doświadczenia potwierdzając wątpliwości prezentowane przez Zamawiającego i jednoznacznie opisując przyjęte koszty wskazując na konkretne ceny. Co więcej chronologia wezwań wskazuje, że kierując wezwaniem do wyjaśnień nr 3 Zamawiający nie posiadał nawet wątpliwości, które obecnie stanowią w jego ocenie podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

„Inne”

Wyjaśnienie w zakresie kosztów jest w ocenie Odwołującego jednoznaczne i wskazujące na uwzględnienie wskazanych kosztów w koszcie zakupu urządzeń przedstawianych Zamawiającemu na wcześniejszym etapie.

W ocenie Odwołującego argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie daje podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego bowiem kwestionowanie wyjaśnień przedłożonych przez Odwołującego w znaczącej części opiera się bądź wynika z bezpodstawnego zakwestionowania przez Zamawiającego stanowiska bądź dowodów przedłożonych wraz z wyjaśnieniami, bądź uznania, iż Zamawiający powinien poznać w ramach wyjaśnień najmniejszy składnik cenotwórczy, mimo że przedstawione wyjaśnienia odpowiedziały na każde pytanie Zamawiającego wskazując konkretnego wartości albo założenia na potrzeby kalkulacji. Należy zauważyć, że Odwołujący w sposób jednoznaczny wyjaśnił i udowodnił Zamawiającemu wszystkie wymagane okoliczności.

Na koniec zauważyć należy, że Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji choćby uprawdopodobniającej, że cena za elementy cenotwórcze wskazane przez Odwołującego to ceny nieadekwatne do realiów rynkowych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 11 kwietnia 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca K. F.-A. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: INTEGRAL K. F.-A. ul. Miła 1a, 26-220 Stąporków, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 25 kwietnia 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił szczegółowe uzasadnienie swojego stanowiska.

W dniu 26 kwietnia 2023 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, stanowiące uzupełnienie stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu, w zakresie zawyżenia wartości szacunkowej zamówienia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

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

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że 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 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę K. F.-A. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: INTEGRAL K. F.-A. ul. Miła 1a, 26-220 Stąporków, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

**Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa

zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się zarzutu naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (bądź wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska), w ocenie Izby zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolej stosownie do treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.

W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, - a dowodzące możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, na poziomie znacznie niższym, niż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężaru dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Izba podziela stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku

gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze brzmienie art. 224 ust. 5 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest.

Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu,

że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień ceny, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania realnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania,

że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść.

Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.

Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one

obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy

(np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Wykonawcę nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w sposób wyjątkowo staranny i szczegółowy kierował do wykonawcy aż trzykrotne wezwanie do wyjaśnienia ceny (19 grudnia 2022 r., 16 stycznia 2023 r., 1 lutego 2023 r.), a pomimo tego nie uzyskał wyjaśnień w zakresie wszystkich elementów cenotwórczych, które budziły jego uzasadnione wątpliwości.

Biorąc pod uwagę, iż cena zaoferowana przez Odwołującego stanowiła ok. 1/4 wartości pozostałych ofert, a w przypadku wartości szacunkowej to ok. 1/5 tej wartości, w kontekście odwróconego ciężaru dowodowego, to wyjaśnienia Odwołującego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, winny być opracowane w sposób szczegółowy, rzetelny, przy uwzględnieniu należytej staranności w taki sposób, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przez niego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. W wyjaśnieniach Wykonawca winien również odnieść się do wszystkich okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia ceny. Zamawiający

w wezwaniu z dnia 27 grudnia 2022 r. do wyjaśnienia ceny żądał złożenia wyjaśnień i dowodów w szczególności w zakresie:

1. przedstawienia kalkulacji cenowej z uwzględnieniem przyjętych rozwiązań technicznych i oryginalności oferty centrali telefonicznej SwitchVoIP200, zawierającej w szczególności:
  - 1) koszty sprzętowe - poprzez wskazanie ceny wytworzenia lub zakupu oraz parametrów technicznych komponentu sprzętowego centrali (serwer, moduł centrali), ponadto (jeśli dotyczy) nazwy i kosztu zakupu systemu operacyjnego lub firmware,

- 2) koszty oprogramowania - poprzez wskazanie ceny wytworzenia lub zakupu oprogramowania wskazanego w ofercie oraz udzielenie informacji, czy zaoferowane oprogramowanie opiera się w całości lub części na zmodyfikowanym kodzie innego, ogólnodostępnego oprogramowania, jeśli tak, to jakiego oraz na jakichkolwiek licencjach otwartych (np. GNU, GLP, copyleft) lub płatnych licencjach komercyjnych - jeśli tak, to jakich?
- 3) koszty oprogramowania - poprzez wskazanie, czy centrala SwitchVoIP200 jest rozwiązaniem autorskim, dedykowanym wyłącznie na potrzeby niniejszego zamówienia, czy też systemem ogólnie dostępnym, oferowanym na rynku dla dowolnego nabywcy,
- 4) ceny licencjonowania przez zadeklarowany w ofercie okres,
- 5) ceny świadczenia usług gwarancyjnych oraz wsparcia technicznego przez zadeklarowany w ofercie okres,
- 6) innych kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, w piśmie z dnia 27 grudnia 2022 r., Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z kalkulacją cenową, która została podzielona na pięć elementów kosztowych. Do kalkulacji załączono dowody w postaci ofert dostawców urządzeń.

Jednakże złożone odpowiedzi nie dostarczały informacji o kosztach wsparcia technicznego rozumianego jako bieżąca aktualizacja wad i luk bezpieczeństwa całości systemu telekomunikacyjnego SwitchVoIP 200 z uwzględnieniem oprogramowania opartego na licencji GNU, przez cały okres obowiązywania gwarancji i licencji oraz o koszcie tej licencji w ramach Elementu kosztowego nr 1. W tych okolicznościach, Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie (16 stycznia 2023 r.) do udzielenia wyjaśnień w zakresie podania kosztu wsparcia technicznego oraz kosztu procentowego lub kwotowego licencji SwitchVoIP 200.

W odpowiedzi z dnia 19 stycznia 2023 r. Odwołujący wskazał, że koszt wsparcia technicznego został uwzględniony w elemencie kosztowym nr 5 (bez podania wartości wsparcia), a koszt licencji uwzględniony w elemencie kosztowym nr 1 i wynosi 25% wartości kwoty.

Ostatecznie w dniu 1 lutego 2023 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy kolejne wezwanie do udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie:

Element kosztowy nr 1

- 1) Zamawiający wzywa do wyjaśnienia jakiego rodzaju sprzęt Wykonawca przewidział w związku z dostarczeniem oprogramowania (zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy

z dnia 27 grudnia 2022 r., w zakresie kosztów oprogramowania Wykonawca ujął wartość elementów sprzętowych stanowiących około 35% zaoferowanej ceny w tym zakresie), w tym do złożenia kompletnego wykazu elementów sprzętowych składających się na System telekomunikacyjny SwitchVoIP200 (element kosztowy 1 kalkulacji cenowej) wraz z dokumentami potwierdzającymi całkowity koszt zakupu każdego z tych elementów lub pozyskania w innym trybie (np. oferty handlowe, faktury zakupowe itp.).

2) Zamawiający wzywa do złożenia zestawienia szczegółowych kosztów wytworzenia Systemu telekomunikacyjnego Switch VoIP200 (element kosztowy 1) wraz ze wskazaniem:

a) rodzaju (konkretne) prac koniecznych do wykonania Systemu telekomunikacyjnego SwitchVoIP200,

b) poszczególnych kosztów składających się na wytworzenie całościowe Systemu telekomunikacyjnego Switch VoIP200

- a także wyjaśnienia w jakim czasie Wykonawca zakłada wytworzenie całościowe systemu

telekomunikacyjnego SwitchVoIP200, ile osób skieruje do wykonania tego elementu zamówienia oraz na jaki okres, a także do podania i wykazania kosztów pracy tych osób przez przedłożenie odpowiednich dokumentów (np. umów o pracę, umów zlecenia, lub innych dokumentów na podstawie których Wykonawca przyjmował każdy koszt osobowy).

Informacje i dowody dotyczące pkt 2 powinny uwzględniać oraz wykazywać co najmniej:

a) koszt pozyskania oprogramowania GNU;

b) koszt produkcji oprogramowania własnego;

c) koszt produkcji oprogramowania dedykowanego lub koszt dostosowania oprogramowania do specyfikacji Zamawiającego;

d) koszt systemu operacyjnego i innego oprogramowania własnego komponentu sprzętowego;

e) każdy koszt osobowy z wykazaniem dowodów na jego wysokość.

Element kosztowy nr 4 „Szkolenie”

Zamawiający wzywa do wyjaśnienia:

1) Jaki wariant szkolenia Wykonawca kalkulował w cenie oferty w zakresie Szkolenia - online czy stacjonarne?

2) Z jakich czynności i kosztów składa się pozycja „Szkolenie” - element kosztowy 4 kalkulacji cenowej? Zamawiający wzywa do wskazania wszystkich elementów kosztowych składających się na ten element świadczenia, w tym wskazanie ile osób Wykonawca przewiduje do realizacji tego elementu zamówienia i w jakim łącznie wymiarze czasowym,

a także wykazania kosztów pracy tej osoby/osób przez przedłożenie dokumentów (np. umów o pracę, umów zlecenia, lub innych dokumentów na podstawie których Wykonawca przyjmował każdy koszt osobowy) oraz (w przypadku szkoleń stacjonarnych) wskazanie kosztów dojazdu do lokalizacji Zamawiającego w Lublinie (w tym ze wskazaniem środka lokomocji oraz miejsca z którego Wykonawca będzie dojeżdżał do lokalizacji Zamawiającego w Lublinie).

#### Element kosztowy nr 4 „Audyt warunków wdrożenia systemu”

Zamawiający wzywa do wyjaśnienia:

1) Z jakich kosztów składa się pozycja elementu kosztowego nr 4 „Audyt warunków wdrożenia systemu” kalkulacji cenowej?

Przedłożone wyjaśnienia zawierać muszą wykaz kosztów, w tym przedstawiać co najmniej:

- a) koszty wizji lokalnej u Zamawiającego, łącznie z kosztami podróży;
- b) koszty przygotowania raportu z audytu;
- c) koszty czynności audytowych.

2) Ile osób Wykonawca przewiduje do realizacji tego elementu zamówienia i w jakim łącznie wymiarze czasowym?

3) Zamawiający wzywa ponadto do wykazania kosztów pracy tej osoby/osób przez przedłożenie dokumentów (np. umów o pracę, umów zlecenia, lub innych dokumentów na podstawie, których Wykonawca przyjmował każdy koszt osobowy).

#### Element kosztowy nr 4 „Usługa dostawy, uruchomienia i wdrożenia systemu telefonii VoIP”

1) Zamawiający wzywa do szczegółowego wyjaśnienia z jakich czynności i kosztów składa się pozycja elementu kosztowego nr 4 „Usługa dostawy, uruchomienia i wdrożenia systemu telefonii VoIP” kalkulacji cenowej określona jako „usługa dostawy, instalacji, wdrożenia

i konfiguracji systemu telekomunikacyjnego”, w tym wskazania zakresu czynności i prac przewidywanych przez Wykonawcę, czasu wykonania poszczególnych czynności (z uwzględnieniem prac w lokalizacji Zamawiającego), ile osób Wykonawca przewiduje do realizacji tego elementu zamówienia i w jakim łącznie wymiarze czasowym, a także wykazania kosztów pracy tej osoby/osób przez przedłożenie dokumentów (np. umów o pracę, umów zlecenia, lub innych dokumentów na podstawie których Wykonawca przyjmował każdy koszt osobowy) oraz wskazanie kosztów dojazdu do lokalizacji Zamawiającego w Lublinie (w tym ze wskazaniem środka lokomocji oraz miejsca z którego wykonawca będzie dojeżdżał do lokalizacji Zamawiającego w Lublinie).

Przedłożone wyjaśnienia muszą zawierać wykaz kosztów, w tym przedstawiać co najmniej:

- a) koszt dostawy sprzętu i urządzeń do lokalizacji Zamawiającego;
- b) koszt montażu urządzeń i instalacji oprogramowania;
- c) koszt konfiguracji oprogramowania (w tym podłączenie urządzeń, konfiguracja nagrywania rozmów, IVR);
- d) koszt sporządzenia scenariuszy testowych;
- e) koszt modyfikacji scenariuszy testowych oraz przeprowadzenia i opracowania raportu z wyników testów;
- f) koszt uruchomienia i utrzymywania systemu w toku procedur odbiorczych (Okres Przejściowy);
- g) każdy koszt osobowy z wykazaniem dowodów na jego wysokość.

Element kosztowy nr 5 Help Desk i wsparcie serwisowe

Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień:

- 1) Na jakiej podstawie Wykonawca założył 30 r/h na obiekcie w trakcie trwania umowy w elemencie kosztowym nr 5 kalkulacji cenowej i czy wskazany wymiar godzin obejmuje okres gwarancji?
- 2) Czy w ten wolumen czasowy wliczono czas, a przede wszystkim koszt związany z dojazdem do siedziby Zamawiającego? Czy uwzględniono ewentualny koszt noclegów związanych z tym dojazdem?
- 3) Ile osób zostanie faktycznie skierowanych do realizacji tego elementu zamówienia?  
Zamawiający wzywa również do wykazania kosztów pracy tej osoby/osób przez przedłożenie dokumentów (np. umów o pracę, umów zlecenia, lub innych dokumentów na podstawie których Wykonawca przyjmował każdy koszt osobowy) oraz wskazanie z jakiego miejsca lokalny przedstawiciel Wykonawcy ma dojeżdżać do lokalizacji Zamawiającego w Lublinie.
- 4) Na jakiej podstawie Wykonawca przyjął 200 r/h pracy w ramach tego elementu świadczenia, a także wyjaśnienia, czy w ramach tych 200 r/h Wykonawca uwzględnił (i w jakim wymiarze) koszt i czas związany z koniecznością przyjmowania zgłoszeń serwisowych i pozostawania w gotowości?
- 5) Ile osób zostanie faktycznie skierowanych do realizacji tego elementu zamówienia?  
Należy wykazać koszty pracy tej osoby/osób przez przedłożenie dokumentów (np. umów o pracę, umów zlecenia, lub innych dokumentów na podstawie których Wykonawca przyjmował każdy koszt osobowy).
- 6) Czy Wykonawca uwzględnił w tej pozycji kosztowej koszt utrzymania systemu do obsługi

zgłoszeń w ramach Help Desk i w jakiej wysokości oraz na jakiej podstawie (w tym ze wskazaniem dowodów)?

- 7) Jak Wykonawca będzie realizował Help Desk i zdalne wsparcie serwisowe po wyczerpaniu przyjętych 200 r/h w toku 4 letniej realizacji kontraktu?
- 8) W której konkretnie pozycji elementu kosztowego nr 5 jest ujęty koszt bieżącej aktualizacji wad i luk bezpieczeństwa całości Systemu telekomunikacyjnego SwitchVoIP200, w szczególności na podstawie poprawek i aktualizacji publikowanych na stronie Asterisk.org?

„Inne”

- 1) Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, w którym elemencie kosztowym Wykonawca ujął koszt wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy dalej „ZNWU”, a jeśli wniesienie ZNWU ma nastąpić w formie bezgotówkowej, należy wskazać ten koszt oraz przedstawić dowód w tym zakresie.
- 2) Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, w którym elemencie kosztowym Wykonawca ujął koszt przygotowania dokumentacji (instrukcje, karty produktu, karty gwarancyjne, dokument wynikający z § 6 ust 7 umowy, Kartu Urządzenia itp.) oraz do przedstawienia w tym zakresie dowodów – ilość roboczogodzin z ich kosztem, wartość materiałów, tłumaczeń itp.
- 3) Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, w którym elemencie kosztowym Wykonawca ujął koszt ewentualnej naprawy/wymiany elementów sprzętowych (element kosztowy nr 1, 2, 3) w ramach udzielonej gwarancji na przedmiot świadczenia – w jakiej wysokości oraz na jakiej podstawie”.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 8 lutego 2023 r. wraz z dowodami w postaci wyciągu umów o pracę (3 szt.) oraz oferty cenowej serwera oraz oświadczenia własnego oraz spółki Suntar Sp. z o.o.

Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za niewyczerpujące i niewystarczające oraz nieuzasadniające podanej w ofercie ceny, odrzucając 31 marca 2023 r. ofertę Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W ocenie Izby, wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego wraz z dowodami są bardzo ogólne, lakoniczne i niekompletne. Brak jest w nich jakiegokolwiek argumentacji i wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Niezasadny jest również argument Odwołującego, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał jakich elementów cenowych odwołujący nie wykazał lub nie wyjaśnił.

Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób szczegółowy na str. 10-17 Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przedstawił te okoliczności, których wykonawca nie wycenił lub pomimo wezwania zamawiającego nie wyjaśnił. Zamawiający wskazał, że Wykonawca nie zastosował się do żądania podania cen zakupu lub wytworzenia oraz parametrów technicznych komponentu sprzętowego centrali w formule podziału na koszty: serwer, moduł, centrala, ograniczając się jedynie do ogólnikowego stwierdzenia że: „Cena została skalkulowana

na podstawie naszego doświadczenia w realizacji zadań o podobnej złożoności, znajomości kosztów porównywalnych projektów. W zakresie elementu kosztowego nr 1 Odwołujący podał jedynie globalną kwotę i ogólnikowo podał: „System telekomunikacyjny SwitchVoIP200 wraz z elementami i składowymi zgodny z wymaganiami SWZ i OPZ”. Jeśli zaś chodzi o koszty oprogramowania to, Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że system stanowi autorskie rozwiązanie SUNTAR, a wartość elementów sprzętowych stanowi około 35% zaoferowane

w tym zakresie ceny. Wskazał również, że cena jednostkowa zakupu serwera to 8.625,00 zł. Brak jest zatem odpowiedzi na pytanie dotyczące poszczególnych kosztów składających się na wytworzenie całościowego systemu telekomunikacyjnego SwitthVoIP 200. Wskazać również należy, że w wyjaśnieniach ceny, Odwołujący nie podnosił argumentacji (podniesionej

w odwołaniu) o braku możliwości wyjaśnienia elementu systemu telekomunikacyjnego SwitthVoIP200, z uwagi na to, że system ten nie został stworzony na potrzeby przedmiotowego postępowania i został już zamortyzowany. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że sam fakt istnienia danego rozwiązania nie powoduje niemożliwości wylistowania kosztów jego wytworzenia, zwłaszcza, że Odwołujący potrafił je określić w sposób procentowy.

Dalej, Zamawiający uzasadnił, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadały również na wątpliwości związane z kosztami udzielenia licencji przez cały okres zadeklarowany w ofercie. Oznacza to, że Wykonawca nie zastosował się do żądania związanego z odpowiedzią na pytanie zamieszczone pod literą f), bowiem w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca podał jedynie, że „koszty licencjonowania na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia zostały „wkalkulowane” nie podając, tak jak oczekiwał Zamawiający, konkretnej ceny. Informacji na ten temat nie zwiera również przedstawiona kalkulacja. Złożone przez Odwołującego

kopie umów o pracę nie pozwalają na uzyskanie informacji w zakresie kosztów osobowych, bowiem dane te zostały zanonimizowane.

W zakresie Elementu kosztowego nr 4 „Szkolenie”, słusznie podniósł Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że Odwołujący nie wykazał kosztów pracy oraz pominął informację o środku lokomocji, oraz miejsca z którego będzie Odwołujący dojeżdżał, co było objęte treścią wezwania do wyjaśnień ceny.

W zakresie Elementu kosztowego nr 4 „Audyt warunków wdrożenia systemu” Zamawiający nie zakwestionował stawki nie większej niż 50 zł, jak twierdzi Odwołujący, jednakże oświadczenia z dnia 7 lutego 2023 r. co do udostępnienia osoby, która wykona usługę w ramach Audytu warunków wdrożenia systemu, trudno uznać za dowód potwierdzający koszty osobowe dla realizacji powyższego zakresu. Po pierwsze nie jest to umowa o pracę z pracownikiem Odwołującego a ponadto Odwołujący deklaruje realizację zamówienia bez korzystania z potencjału podmiotów trzecich oraz podwykonawcy. Zatem dowód ten, nie może być uznany za przydatny w sprawie.

W zakresie Elementu kosztowego nr 4 „Usługa dostawy, uruchomienia i wdrożenia systemu telefonii VoIP” zgodzić się należy z Zamawiającym, że Odwołujący w zakresie wyjaśnienia tej pozycji pominął całkowicie opis z jakich składa się ta pozycja skupiając się jedynie na wylistowaniu kosztów wchodzących w jej skład. Tymczasem Zamawiający w treści wezwania jednoznacznie wskazał, że oczekuje nie tylko podania kosztów ale również opisu czynności, które będą składały się na ww. element kosztowy. Co więcej, Zamawiający

w sposób jasny i klarowny sprecyzował, że w tym zakresie oczekuje wskazania zakresu czynności i prac przewidzianych do wykonania przez Wykonawcę, czasu wykonania poszczególnych czynności (z uwzględnieniem prac w lokalizacji Zamawiającego).

W zakresie Elementu kosztowego nr 5 „Help Desk i wsparcie serwisowe” również wyjaśnienia Odwołującego nie stanowią odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania. Odwołujący odnosi się do stanowiska Zamawiającego w sposób wybiórczy, pomijając okoliczność, że nie wyjaśnił wszystkich wątpliwości Zamawiającego skierowanych w ramach wyjaśnienia Elementu kosztowego nr 5.

Tożsamą argumentację należy zastosować dla wyjaśnienia elementu „Inne”. Zamawiający żądał wskazania, w którym elemencie kosztowym został ujęty koszt ewentualnej naprawy/wymiany elementów sprzętowych w ramach udzielonej gwarancji, a także wskazania jej wysokości i podstawy. Tymczasem Odwołujący wskazał jedynie że koszt naprawy/wymiany elementów sprzętowych mieści się w kosztach zakupu urządzeń, co nie stanowi odpowiedzi na pytanie Zamawiającego.

Za niezasadny należy uznać również argument, że Zamawiający nie uprawdopodobnił, że cena Odwołującego jest nieadekwatna do realiów rynkowych. Podkreślenia wymaga, że obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska obciąża Odwołującego. To Odwołujący zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, a nie Zamawiający ma wykazać że jego cena nie jest rażąco niska.

Izba nie uwzględniła stanowiska Odwołującego zawartego w piśmie z dnia 26 kwietnia 2023 r., stanowiącego uzupełnienie odwołania w odniesieniu do zawyżenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej. Zarzut dotyczący ustalenia wysokości szacunkowej wartości zamówienia nie był podniesiony w odwołaniu, a zatem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Reasumując, złożone wyjaśnienia ceny nie uzasadniły ceny podanej w ofercie jako niewypełniającej przesłanek rażąco niskiej ceny. Potwierdziły zatem zasadność czynności Zamawiającego.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1) 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).

**Przewodniczący:** .....