WYROK
z dnia 24.07.2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kawa
Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22.06.2020r. przez wykonawcę e-point S.A. ul. Filona 16,
02-658 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez
Narodowy Bank Polski-Departament Koordynacji i Realizacji Zakupów ul. Świętokrzyska 11/21, 02-658 Warszawa

orzeka

1.Oddala odwołanie
2.Kosztami postępowania obciążą odwołującego e-point S.A. ul. Filona 16, 02-658 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21 00-919 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *„Kolekcjoner - usługa polegająca na modernizacji platformy e-commerce do sprzedaży wartości kolekcjonerskich",* oznaczenie sprawy: , SEZ/DKRZ- WPI2-JR-241-0524/DIT/19. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówie Publicznych w dniu 08.04.2020 pod numerem 530196-N-2020.

W dniu dnia 17 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Za taką ofertę została uznana oferta złożona przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. Od takiej czynnoś zamawiającego wykonawca e-point S.A. z siedzibą w Warszawie (02-658) przy ul. Filona 16, dalej zwany „odwołującym" wniósł odwołanie. Podnosząc zarzuty wskazał na czynności oraz zaniechania Zamawiającego polegające na:
1)błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i wyborze oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. zamias dokonania czynności odrzucenia oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z
o.o., z uwagi na rażąco niską cenę oferty, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. nie jest rażąco niska, co stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 / 4 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. zw. z art. 7 ust 1 i ust. 3 ustawy Pzp;
2)zaniechaniu odrzucenia oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp jako oferty zawierającej rażąco niską ceną oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisowo zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającym na złożeniu oferty z rażąco niską ceną, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego w Postępowaniu jako najkorzystniejszej; to stanowiło naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art 89 ust. 1 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp, art. 90 ust 3 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 z pózn. zm.);
3)zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. podczas gdy oferta

ta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków zamówienia co stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp;

4)zaniechaniu wykluczenia WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 16 17 ustawy Pzp z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. ora z uwagi na

wprowadzenie w błąd Zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty odwołującego w postępowaniu jako najkorzystniejszej i co stanowiło naruszenie art. 7 ust 3, art 24 ust 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4, art. 89 ust 1 pkt 5 oraz art. 91 ust 1 ustawy Pzp

5)wyboru oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy oferta ta podleg odrzuceniu, a wykonawca WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. wykluczeniu z Postępowania, co stanowiło naruszenie art 7 ust i 3, art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienie wyboru oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

-dokonanie ponownej oceny ofert w Postępowaniu;

-wykluczenia z postępowania wykonawcy WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o.;

-odrzucenie oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. z postępowania;

Odnosząc się do treści zarzutu pierwszego, podniósł, że jego postawienie uzasadniają okoliczności, iż cena oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską. Zauważył, że cena oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. w kontekście wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, jest aż o 71.5% niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Natomiast w odniesieniu do średniej arytmetycznej złożonych ofert cena oferty tego wykonawcy, jest o 61 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Tym samym zaoferowana przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. cena jest nierealna i przy zachowaniu wszelkich rynkowych reguł i należytej staranności realizacja zamówień wykonawczych za wskazaną przez ww. wykonawców cenę byłaby nierentowna i nieopłacalna. Podkreślił, że zaoferowana cena ma zagwarantować wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi w SIWZ (jakość realizacji, terminowość prac itp.). W przypadku tego zamówienia ustalone standardy jakościowe są bardzo wysokie, czego dowodem jest wysokość kar umownych, które Zamawiający ma prawo naliczyć wykonawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania zamówienia.

Ponadto, cena oferty ma dać gwarancję, że zamówienie będzie wykonane przy zachowaniu wszelkich zasad bezpieczeństwa i najwyższych standardów, przy jednoczesnym zaangażowaniu odpowiedniej ilości właściwie wykwalifikowanego personelu i przy odpowiednim nakładzie czasu. Ewentualne dokonywanie oszczędności przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. wyrażające się w obniżeniu ceny za realizację zamówienia kosztem jakości terminowości wykonania jest całkowicie niedopuszczalne.

Spółka wskazuje, że według jej najlepszej wiedzy w przypadku WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. nie występują żadn szczególne oszczędności, które umożliwiałyby ww. wykonawcy zaoferowanie tak niskiej ceny jak w postępowaniu, co wskazuje, że cena została nieodpowiednio skalkulowana.

W dniu 5 maja 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia ceny ofertowej. W wezwaniu zamawiający oprócz standardowej treści wezwania wynikającej z art. 90 ust.1 Pzp zwrócił się o wyjaśnienie kalkulacji ceny w zakresie części składowych oferty dotyczących:

1. wykonania Projektu Technicznego, zgodnie z wymaganiami określonymi w § 3 ust. 1 Wzoru Umowy oraz Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych do Projektu Technicznego, oraz praw zależnych, w zakresie i na zasadach określonych we Wzorze Umowy;
2. uruchomienia platformy systemowej do sprzedaży wartości kolekcjonerskich, zgodnie z zaakceptowanym przez Zamawiającego Projektem Technicznym i wymaganiami określonymi w § 3 ust. 2 Wzoru Umowy oraz Załączniku nr 1 do Umowy;
3. wykonania Dokumentacji Powykonawczej i Instrukcji Obsługi, zgodnie z wymaganiami określonymi w § 3 ust. 3 Wzoru Umowy wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych do Dokumentacji Powykonawczej i Instrukcji

Obsługi, oraz praw zależnych, w zakresie i na zasadach określonych we Wzorze Umowy;

4. przeprowadzenia warsztatów szkoleniowych dla pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi i administracji Systemu, zgodnie z wymaganiami określonymi w § 2 ust. 5 i § 3 ust. 4 Wzoru Umowy;
5. świadczenia opieki serwisowej i hostingu Systemu polegających na utrzymaniu infrastruktury sprzętowo-programowej, niezbędnej do udostępniania Systemu użytkownikom w sieci Internet, przez okres 12 miesięcy, zgodnie z zasadami i na warunkach określonych w § 3 ust. 5 Wzoru Umowy oraz Załączniku nr 2 do Wzoru Umowy;
6. świadczenia Usług Rozwojowych, na warunkach określonych w § 3 ust. 6 Wzoru Umowy, w maksymalnej liczbie do 100 godzin zegarowych w okresie obowiązywania Umowy.

Wykonawca w dniu 6 maja. 2020 r. udzielił wyjaśnień i oświadczył, iż cena wskazana w ofercie ma charakter rynkowy, została określona powyżej poziomu kosztu wykonania zamówienia oraz uwzględnia wszelkie warunki i wymagania zamawiającego, wyrażone w SIWZ. Jako kalkulację kosztów WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o., w Załącznil nr 1 do składanych wyjaśnień, przedstawił wyliczenia dla realizacji zamówienia. Jako uzasadnienie swoich wyjaśnień odwołujący stwierdził, że analizując treść wyjaśnienia WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. nie sposób zakwalifikowa udzielone wyjaśnienia jako wyczerpujące, w szczególności z uwagi na brak odniesienia do wymagań określonych w SIWZ, które są istotne dla prawidłowej kalkulacji oferty. W tym zakresie odwołujący w tabelach 1- 3 wskazał na koszty które nie zostały ujęte w ofercie WOBEE mimo tego, iż są one niezbędne do poniesienia, aby prawidłowo wykonać zamówienie.

Odnosząc się do treści wyjaśnień podał, że WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. w Załączniku nr 1 do składanyc wyjaśnień wskazał, iż miesięczny koszt wynagrodzenia (pełen etat - 160h) seniora programisty PHP wraz z kosztami pracodawcy wynosi 6357,00 zł brutto oraz, że koszt roboczogodziny wskazany przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.c {52,11 zł) wynika z przedstawionych kosztów pracodawcy. Na potwierdzenie powyższego WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. do przedmiotowych wyjaśnień załączył "Listę płac WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. za marzec 2020".

Odwołujący zauważa, iż na przedstawionej liście płac podstawą składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe jest kwota 6953,30 zł brutto, a co więcej na potrzeby wyliczenia miesięcznego całkowitego kosztu wynagrodzenia pracownika, do wartości wskazanej w ppkt. a. powyżej, należy dodać obciążenia składkowe pracodawcy w wysokości 1412,21 zł brutto, co oznacza, że miesięczny koszt wynagrodzenia (pełen etat - 160h) seniora programisty PHP wraz z kosztami pracodawcy wynosi 8365,61 zł brutto, a nie jak wskazał WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. 6357,00 zł brutto.

Podsumowując WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. wprowadził w błąd Zamawiającego już na etapie wskazani miesięcznego kosztu wynagrodzenia seniora programisty PHP, która to wartość po przeliczeniu na stawkę godzinową następnie służy do dalszych wyliczeń kosztów realizacji zamówienia. Przy uwzględnieniu właściwych danych wejściowych (tj. miesięcznego kosztu pracodawcy w wysokości 8365,61 zł brutto) stawka za roboczogodzinę obliczona w sposób przedstawiony przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. wynosi 69,5 zł brutto. Natomiast w Tabeli 2 odwołując przedstawił koszty całkowicie pominięte przez WOBEE, a które warunkują prawidłowe i bezpieczne wykonanie przedmiotu umowy i jako takie powinny zostać uwzględnione w kalkulacji cenowej, jak również w wyjaśnieniach składanych przez WOBEE. Suma tych nieujętych kosztów, według odwołującego wynosi 21 500,00 złotych.

W Tabeli 3 odwołujący przedstawił koszty świadczenia usług wynikające z treści wyjaśnienia zawartej w tabeli 1 oraz załączonych dokumentów płacowych wraz z oszacowaniem faktycznych kosztów dla zakresu wymagań określonych w SIWZ oraz nieprzewidzianych kosztów, pominiętych przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o., a któ warunkują prawidłowe i bezpieczne wykonanie przedmiotu umowy z uwzględnieniem zadań realizowanych przez specjalistów: kierownik projektu (PM - Project Manager), analityk, architekt, programista, tester, specjalista UX - przy zastosowaniu jednej stawki dla każdego ze specjalistów.

Dokonując podsumowania kosztów , które według odwołującego są niezbędne dla wykonania zamówienia odwołujący podał, że jak przestawiano w Tabeli nr 3, sam fakt braku wyliczenia kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wezwaniem zamawiającego, tj. kosztów faktycznie ponoszonych przy realizacji zamówienia, generuje stratę w wysokości 154 412,00 PLN (312 412,00 -158 000,00), zaś przy doliczeniu nieprzewidzianych kosztów strata wzrasta do kwoty 185 653,20 PLN (343 653,20 -158 000,00). Nawet z uwzględnieniem szacowanej przez WOBEE DESIGN, kwot na nieprzewidziane koszty w wysokości 21 761,20 PLN realna strata będzie kształtować się na poziomie co najmniej 132

650,80 PLN.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji podał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 418), dalej „ustawa ZNK", czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie odwołującego, działanie WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. polegające na oferowaniu wykonania zamówienia v cenie, która jest ceną rażąco niską, ewidentnie jest działaniem w zamiarze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami i doprowadzenia do nieuprawnionego wyboru oferty w postępowaniu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzut trzeci odwołania, dotyczący zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunkó zamówienia, podał, że mając na względzie opisane w zakresie ww. niezgodności z SIWZ w przedstawionej przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. ofercie, Odwołujący stoi na stanowisku, że WOBEE zaoferowało w postępowan realizację przedmiotu zamówienia, która jest niezgodna z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego. Należy zatem uznać, że oferta ta jest niezgodna z SIWZ.

Natomiast w zakresie zarzutu czwartego dotyczącego zaniechania wykluczenia WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego podniósł, że informacje jakie podało WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. w ofercie i przedstawionych wyjaśnieniach, ni potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nie uprawniają do przyznania punktów WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o..

Zarzut opisany powyżej wskazuje, że WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. wprowadziło Zamawiającego w błąd składają oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, z których wynika, że WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Wobec treści wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o., Odwołujący nie m wątpliwości, iż przedstawiona kalkulacja jest nierzetelna, niespójna i nie może być przyjęta jako właściwa. Podał, że takie stanowisko znalazło także potwierdzenie w orzecznictwie KIO sygn. 722/16 z dnia 19 maja 2016 rok, gdzie Izba wskazała, iż *„sytuacja prawna Wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania Zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo jest taka sama jak sytuacja prawna Wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu*". Złożone przez WOBEE wyjaśnienia nie wykazały, że podana kalkulacja została wykonana w sposób rzetelny i należyty, co więcej już na etapie obliczenia stawki godzinowej - służącej następnie do kalkulacji kosztów realizacji zamówienia i tym samym wprowadził zamawiającego w błąd, poprzez podanie nieprawdziwych informacji.

Ponadto zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał spełnianie następujących warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, tj: Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, co najmniej 1 zamówienie (umowę) obejmujące wdrożenie platformy systemowej e-commerce (sklep internetowy) wraz ze świadczeniem usługi serwisowej i hostingu przez okres minimum 12 miesięcy. Wartość wykonania ww. usług (wdrożenia oraz opieki serwisowej i hostingu) nie będzie mniejsza niż 150 000,00 zł brutto.*

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące wątpliwości ze świadczeniem usług hostingu oraz datą świadczenia usług przedłożył antydatowane (przerobione) referencje, co nie może być uznane za skuteczne wyjaśnienie treści wykazu usług.

W zakresie zarzutu piątego dotyczącego dokonania wyboru oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. jak najkorzystniejszej w postępowaniu podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu a wykonawca wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę oraz ze względu na niezgodność z SIWZ, co Odwołujący wykazał w uzasadnieniu odwołania. Również w stosunku do wykonawcy WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. zachodzą podstawy do wykluczenia

postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, za wprowadzenie w błąd zamawiającego.
Reasumując powyższą argumentację podał, że odwołujący stoi na stanowisku, że wybór oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. był nieuprawniony i stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wskazał, że po przeanalizowaniu zarzutów ww. odwołania oraz dokumentacji postępowania nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania i wniósł o jego oddalenie.

Podał, że odwołujący zarzuca zamawiającemu błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i dokonanie wadliwego wyboru oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. zamiast dokonania czynności odrzucenia oferty WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o.. Zamawiający we wstępie odpowiedzi na odwołanie wyjaśnia, iż obecnie posiada platformę do sprzedaży wartości kolekcjonerskich. Platforma oparta jest o rozwiązania informatyczne Magenta (oferowanej przez Odwołującego). Na podstawie dotychczasowych doświadczeń oraz kosztów funkcjonowania platformy zamawiający oszacował wartość zamówienia dla przedmiotowego postępowania w wysokości 450.000,00 złotych netto. Przy czym zamawiający w SIWZ (załącznik nr 1 do Umowy - zatytułowany „Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy - rozdział II ust 1.1. pkt 1.1.2 - str. 58 SIWZ) dopuścił ..)*albo wdrożenie nowego rozwiązania (platformy e-commerce) służącej do sprzedaży wartości kolekcjonerskich emitowanych przez NBP z zapewnieniem funkcjonalności opisanych w pkt III (Założenia ogólne);".*
W związku z faktem, iż jeden z wykonawców - WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. przedstawił rozwiązanie nie oparte na systemie Magenta, a cena oferty tego wykonawcy odbiegała od pozostałych ofert oraz od oszacowanej wartości zamówienia, zamawiający podjął czynności mające na celu wyjaśnienie niskiej ceny oferty. Po wezwaniu zamawiającego, w dniu 7 maja br. (pismo z 6 maja br.) WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. przedstawiła wyjaśnienia dotyczące niskiej ceny oferty. Zamawiający dokonał porównania cen obu wykonawców i w ocenie zamawiającego, różnice cenowe ofert wykonawców wynikają z całkowicie odmiennej metody szacowania prac. Obie oferty choć prowadzą do wdrożenia i udostępnienia NBP platformy sprzedaży wartości kolekcjonerskich to jednak odwołujący oraz WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. wykorzystali inne środowisko informatyczne, jako bazę do przygotowania platformy. Proste porównanie cenowe wskazuje na dość duże różnice pomiędzy systemami z których skorzystali obaj wykonawcy, zwłaszcza w pozycji 2 tj. uruchomienie platformy systemowej do sprzedaży wartości kolekcjonerskich, która stanowi ok. 60% ceny u Odwołującego i 50% u WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. W celu porównania cen obu ofert zamawiający przedstawił zestawienie tabelaryczne cen obu wykonawców. Podał, że w zakresie opracowania opracowanie dokumentacji projektowej różnica pomiędzy odwołującym a WOBEE DESIGN LAB Sp. z o.o. waha się od 15000 do 45000 złotych. W ocenie zamawiającego różnice wynikają ze stawek przyjętych przez poszczególnych wykonawców. Jak podaje WOBBE
DESIGN LAB Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 7 maja br. (pismo z 6 maja br.) koszt wytworzenia dokumentacji - Wykonanie projektu technicznego to 7503,84 zł na co składa się szacowany czas 18 dni x 8 godzin x 52,11 zł za roboczogodzinę. Cena zaoferowana to 15 tys. zł zatem marża wykonawcy wynosi prawie 100%. Trudno w tym przypadku mówić o rażąco niskiej cenie.
Podkreślenia wymaga fakt, iż zamawiający w SIWZ powiązał cenę za Wykonanie Projektu Technicznego z ceną za całość realizacji zamówienia w taki sposób, aby cena ta nie mogła przekroczyć 10% ceny całości oferty. Tym samym nawet gdyby wykonawca chciał dać wyższą cenę w tej pozycji to musiałby podwyższyć cenę w pozycji nr 2. Postanowienia SIWZ w tym zakresie miały istotny wpływ na sposób kalkulacji ceny w tej pozycji.
Odnośnie kosztów uruchomienia platformy systemowej - różnice cen to 75000,00 i 335592,39 złotych. W tej pozycji różnice są największe i wynikają z przyjętych przez wykonawców rozwiązań stanowiących bazę do budowy platformy sprzedażowej. WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. oparł swoje rozwiązanie na rozwiązaniu informatycznym WOOCOMMERCE natomiast odwołujący na Magento 2.4x. Zgodnie wiedzą posiadaną przez Zamawiającego oraz z informacji zawartych na stronie internetowej dającej pogląd kosztów realizacji sklepu internetowego . Rozwiązania oparte o Magento: *„Magento wymaga dobrej infrastruktury serwera, co zwiększa koszty utrzymania sklepu, Ponadto Magento jest bardzo wymagające i nie jest łatwym w obsłudze oprogramowaniem. Poznanie i zrozumienie Magento wymaga czasu. Podobnie rozwój sklepu internetowego opartego o Magento wymaga zasobów programistycznych. Oprogramowanie w wersji podstawowej zwanej Community jest darmowe, ale wymaga dużych nakładów pracy specjalistów, a co za tym idzie wymaga dużych nakładów finansowych. Wersja Enterprise dla bardzo dużych rozwiązań e-commerce to koszt 18000*

dolarów rocznie." Zatem już sam fakt zakupienia licencji Enterprise to ok 80 tys. zł, do których należy doliczyć całość prac związanych z przygotowaniem środowiska serwerowego, aranżacją strony etc. oraz kosztami funkcjonowania samego odwołującego. Inna strona podaje ile kosztuje sklep internetowy na systemie Magento?. Ceny zaczynają się od około 35 tys. zł netto. Porównując powyższe z rozwiązaniem opartym na środowisku WOOCOMMERCE kosztuje-sklep-internetowy-cennik#5 to podkreślił, że w tym przypadku ceny zaczynają się już od około 7-8 tys. zł netto.

Z analizy tych informacji wynika jednoznacznie, że cena oferty WOBBE DESIGN Lab. Sp. z o.o. nie mieści się w zakresie zwrotu „rażąco niska cena oferty". Różnice powyższe odzwierciedlają i poniekąd uzasadniają ceny ofert wykonawców 75 tyś a 335 tys. zł. To ta różnica na poziomie 4-5 krotności, odzwierciedlająca cenniki innych podmiotów na rynku stanowi główny powód znaczącej rozbieżności cen ofert wykonawców.

WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. wyjaśnieniach z 7 maja br. (pismo z 6 maja br.) wskazała, iż uruchomienie platformy systemowej do sprzedaży pochłonie 480 godzin przy cenie za godzinę wynoszącej 52,11 zł i dwóch osobach. Koszt wdrożenia 50025,6 zł brutto. Cena wynikająca z oferty to 75000 zatem marża wykonawcy to ok. 50%.

Wykonanie dokumentacji powykonawczej WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. wyceniła na 7000 zł przy kosztach wynoszących 3126,60 zł na co składa się 60 godzin po cenie 52,11 brutto. Ponadto ten wykonawca wskazał, iż posiada opracowane gotowe instrukcję obsługi systemu i może ich użyć przy niniejszym wdrożeniu.

Przeprowadzenie Warsztatów wykonawca założył 16 godzin zegarowych pomnożone przez stawkę 52,11 dało 833,76 i nawet gdyby potrzeby były większe, gdyż Zamawiający w SIWZ wskazał „Warsztaty zostaną zrealizowane w 2 grupach po 8 godzin zegarowych dziennie (2 grupy do 10 osób każda x maksimum 2 dni każda z grup w innych terminach; 1 dzień = 8 godzin)" to koszt wyniósłby 1667,52 zł wraz z kosztami delegacji 700 zł daje kwotę 2367,52 zł brutto. Trudno przy takiej kalkulacji kosztowej mówić o zaniżeniu ceny i dumpingu. Świadczenie opieki serwisowej i hostingu Systemu WOBBE DESIGN Lab. Sp. z o.o. wyceniła na 12000 zł kwartalnie, tj. 48000 zł rocznie. Zgodnie z wymogiem Zamawiającego cena nie mogła być mniejsza niż 20% ceny całkowitej oferty i taki poziom Zamawiający uznał za bezpieczny. Trudno zatem doszukiwać się zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. Dodatkowo wskazać należy, iż Narodowy Bank Polski uruchamiając sklep internetowy w 2014 r. w ramach umowy NBP-DIT-OF-JM-243-0009-2014 za hosting na okres 12 miesięcy zapłacił 50000 zł (12500 zł kwartalnie). Ceny usług w okresie 2015-2020 nie wzrosły tak znacząco, aby uznać, iż cena 12000 zł kwartalnie jest ceną rażąco niską.

Świadczenie Usług Rozwojowych w obu ofertach wycenione zostało na podobnym poziomie wobec czego uzasadnianie cen jest zbędne. Zamawiający podkreślił, że po rozważeniu powyższych argumentów zasadnym jest uznanie, iż zarzut odwołującego wynika przede wszystkim z rozpiętości cen, jednak ta rozpiętość jest całkowicie dozwolona, mając na względzie szerokie dopuszczenie przez zamawiającego wielu technologii pozwalających na realizację założenia biznesowego jakim jest uruchomienie platformy do sprzedaży. Zamawiający podkreślił, że chciał pozyskać usługę przez wyspecjalizowane podmioty funkcjonujące w tym zakresie na rynku, aby nie angażować zasobów sprzętowych i osobowych Banku na ten obszar aktywności. W wyniku tego zabiegu zamawiający otrzymał dwa rozwiązanie, które zaspokoją potrzeby zamawiającego. Porównanie cenowe wypada na korzyść WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. co nie znaczy, iż ten wykonawca prowadzi politykę cenową mającą na celu utrudnienie dostępu do rynku. Zaproponowane przez niego rozwiązanie jest po prostu dużo tańsze, a to samo przez się spowodowało różnicę cenową taką, jaką obserwujemy na rynku komercyjnym. W tym miejscu dodał, że sprzedaż wartości kolekcjonerskich i monet okolicznościowych przez NBP, choć odbywa się w sposób ciągły, to zasadniczo platforma do sprzedaży jest „obciążona" istotnie tylko przez kilkanaście dni w roku w których sprzedaż wartości kolekcjonerskich jest znacząco wyższa. Dowód: */Plan emisji wartości kolekcjonerskich i monet okolicznościowych na 2020 rok/.*

Odnosząc się do podanego wskaźnika rozbieżności ceny oferty WOBBE w stosunku do ceny oszacowania i innych cen ofertowych podał, że przedstawione przez odwołującego wyliczenia dotyczące procentowych wielkości (cena niższa o 71,5% od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz o 61% od średniej arytmetycznej cen) miałyby sens, gdyby każdy z wykonawców w postępowaniu zaoferował tę samą technologię. Odnosząc się do kwestionowanej przez odwołującego poprawności złożonych wyjaśnień zamawiającemu podał, że nie sposób dojść do wniosku, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie spełniają oczekiwań zamawiającego. Jednakże oceny tych wyjaśnień dokonuje zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy oraz doświadczenia. Oczywiście można sobie wyobrazić jakiś idealny wzorzec takich wyjaśnień, co nie oznacza, iż wyjaśnienia WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. z dnia 6 maja br. są nierzetelne. Wykonawca

przestawił koszty pracy osób zaangażowanych w realizację projektu, przestawił stosowne wyliczenia, kalkulacje, które obalają domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ, nie określił warunków dotyczących posiadania (dysponowania) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy zatrudniania osób w oparciu o umowę o pracę (art. 29 ust. 3a ustawy Pzp). I nawet, jeśli Odwołujący uważa, iż wyjaśnienia pomijają elementy - z punktu widzenia Zamawiającego nieistotne - jak obciążenia składkowe pracodawcy - to i tak rezerwy marżowe WOBBE DESIGN Lab. Sp. z o.o. pozwalają na realizację tego zamówienia. Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby personel wykonawcy był zaangażowany wyłącznie na potrzeby tego zamówienia. Wykazane w tabeli 2 odwołania koszty nieprzewidziane są wyłącznie projekcją Odwołującego, żaden z wymogów SIWZ nie wskazywał na konieczność prezentowania tych wartości, nie wymagało ich również żądanie złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Podobnie się ma rzecz z tabelą nr 3. Odwołujący prezentuje koszty oraz dodaje jednostki kosztowe gdyby realizował zamówienie oparte na technologii WOOCOMMERCE. Dziś ta projekcja ma jedynie poglądowy charakter, gdyż Odwołujący nie zaoferował takiego rozwiązania tylko MAGENTA 2.4x. Rozważania jakie składowe wziąłby pod uwagę odwołujący są bezprzedmiotowe. Różnica cenowa rzędu 4 czy 5 krotności nie przesądza jeszcze o wystąpieniu rażąco niskiej ceny, czy też zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Wnikliwa analiza zarówno ceny oferty wykonawcy WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. jak również jego wyjaśnień z 6 maja br., a także analizy cen rynkowych rozwiązań komercyjnych wręcz ugruntowała Zamawiającego w przekonaniu, iż dokonał prawidłowego badania i oceny ofert, któremu dał wyraz w informacji o wyborze z dnia 17 czerwca br.

Nadto zamawiający podał, że WOBBE DESIGN Lab. Sp. z o.o. wskazał i uzasadnił w wyjaśnieniach wszystkie kategorie kosztów, które zamawiający uznał za istotne w treści wezwania. Zdaniem Zamawiającego, odwołujący w żaden sposób nie podważył wiarygodności złożonych wyjaśnień. Sam fakt nieprzedstawienia wyjaśnień takich jakich oczekiwałby odwołujący, czy dowodów nie może z kolei być przesłanką do automatycznego odrzucenia oferty. „*Zamawiający zobowiązany jest przeanalizować i ocenić otrzymane wyjaśnienia m.in. pod kątem ich wiarygodności i dopiero w przypadku uznania, iż nie odzwierciedlają one rzeczywistego stanu rzeczy, powinien odrzucić ofertę*." Co potwierdza także orzecznictwo KIO kierując się tezą, iż skoro ustawodawca nie zobowiązał wykonawcy bezwzględnie do złożenia dowodów to sam ich brak nie może być samodzielną podstawą odrzucenia oferty, ale dopiero może do tego prowadzić ocena złożonych wyjaśnień (np. wyrok z dnia 26 lutego 2014 r. sygn. KIO 246/14). Jest to podejście zdaniem zamawiającego prawidłowe. Nie w każdym zamówieniu da się bowiem udowodnić koszty za pomocą odrębnych od wyjaśnień środków dowodowych np. przy prowadzeniu prac deweloperskich, tworzeniu kodu, gdzie istotny kapitał i czynnik wpływający na koszty stanowią niemierzalne faktory takie jak doświadczenie własne (instytucjonalne), doświadczenie personelu wykonawcy, jego zaplecze intelektualne. Pojęcie dowodu nie może być jednocześnie rozumiane wyłącznie jako dokument pochodzący od osoby trzeciej w postaci umowy czy oferty. W doktrynie wprost wskazuje się, że rolę środka dowodowego pełnią także oświadczenia samego wykonawcy i dokonane przez niego analizy, w tym także przewagi płynące z doświadczenia własnego, czy zwyczajów rynkowych.

Natomiast co do pozostałych zarzutów podał, że nie zasługują one na uwzględnienie, gdyż zarzut niezgodności oferty z Opisem przedmiotu zamówienia nie znajduje potwierdzenia w protokole postępowania, co więcej odwołujący nie wskazuje na czym ta niezgodność miałaby polegać.

W kwestii zaistnienia czynu nieuczciwej konkurenci w niniejszym przypadku może być on rozpatrywany wyłącznie z powiązaniem zaistnienia rażąco niskiej ceny, o czym była już mowa powyżej.

Natomiast odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. z postępowania również ten zarzut nie znajduje potwierdzenia w protokole postępowania, a przypuszczenia czy też podejrzenia Odwołującego bez udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia tych zarzutów, nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia konkurenta z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie w trakcie rozprawy uznała, iż odwołanie jest niezasadne i w związku z tym zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

W przedmiotowym postepowaniu odwołujący postawił kilka zarzutów, lecz w większości stanowią one pochodną zarzutu głównego, a dotyczącego uznania przez zamawiającego, że oferta uznana za najkorzystniejszą nie została złożona z rażąco niską ceną, co winno było skutkować jej odrzuceniem. Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości bądź celowym działaniem wykonawcy zmierzającym do przejęcia określonej gałęzi rynku, co wynika w szczególności że złożenia oferty zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej.

Podkreślić należy także, że w wyniku nowelizacji ustawy Pzp z 2016 roku zmienił się ciężar dowodowy w tym zakresie i obecnie to zamawiający i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą muszą wykazać, iż wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednakże zauważyć należy, że zgodnie z nadal obowiązującym przepisem art. 180 ust 3 Pzp to wnoszący odwołanie wykonawca winien przedstawić i uwiarygodnić okoliczności mające uzasadniać zarzuty. Tutaj, że oferta konkurencyjnego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Izba stoi na stanowisku, że samo podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny w odwołaniu nie zwalnia odwołującego od przedstawienia okoliczności uzasadniającej podniesiony zarzut.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy odwołujący wskazując na rażąco niską cenę o ofercie wykonawcy WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. podniósł w szczególności, że cena zaoferowana za wykonanie zamówienia jes nierealna, gdyż po pierwsze cena oferty jest o 71,5% niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz o 61% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Powyższe zdaniem Izby wskazuje, że cena oferty może być rażąco niska. Jednakże należy mieć na względzie okoliczności, że w sytuacji kiedy zamawiający nie narzuca wykonawcom zaoferowania takich samych rozwiązań opartych o sprzęt danego producenta, to przy różnorodności oferowanych na rynku IT rozwiązań, możliwe są sytuacje, że można uzyskać taki sam efekt przy zastosowaniu innych i często dużo tańszych rozwiązaniach różnych producentów. Tym samym warto podkreślić, że nie jest zatem wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, lecz musi to być cena niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Tymi przesłankami kieruje się Izba przy ocenie zasadności zarzutów, mając także na względzie ugruntowany pogląd orzeczniczy, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty jeżeli poweźmie przekonanie, że zaistniały w sprawie przesłanki z art. 89 ust.1 Pzp

Przedmiotem zamówienia w tym postepowaniu jest wykonanie na rzecz zamawiającego usługi e-commerce, polegającej na udostępnieniu zamawiającemu przez wykonawcę platformy systemowej do sprzedaży wartości kolekcjonerskich na infrastrukturze wykonawcy, która obejmuje wieloserwerową platformę hostingową zaprojektowaną i zarządzaną przez wykonawcę, składającą się z serwerów aplikacyjnych, bazodanowych i pomocniczych wraz z urządzeniami sieciowymi zapewniającymi realizację wymaganych funkcjonalności, przy spełnieniu założonych parametrów.

Przedmiot zamówienia obejmuje:

1)Wykonanie projektu technicznego, zwanego dalej „Projektem Technicznym", wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych do Projektu Technicznego, oraz praw zależnych, w zakresie i na zasadach określonych w Umowie,

2)Uruchomienie platformy systemowej do sprzedaży wartości kolekcjonerskich, zwanej dalej „Systemem", zgodnie z zaakceptowanym przez Zamawiającego Projektem Technicznym,

3)Wykonanie dokumentacji powykonawczej i instrukcji obsługi Systemu, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych do Dokumentami Powykonawczej i Instrukcji Obsługi, oraz praw zależnych, w zakresie i na zasadach

określonych w Umowie,

4)Przeprowadzenie warsztatów szkoleniowych dla pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi i administracji Systemu,

5)Świadczenie opieki serwisowej i hostingu Systemu polegających na utrzymaniu infrastruktury sprzętowo-programowej, niezbędnej do udostępniania Systemu użytkownikom w sieci Internet, przez okres 12 miesięcy; Świadczenie usług rozwojowych Systemu, w maksymalnej liczbie do 100 godzin zegarowych w okresie obowiązywania Umowy.

W przedmiotowej sprawie zamawiający dopuścił możliwość, aby wykonawcy mogli złożyć oferty na platformę opartą na systemach różnych producentów. WOBBE DESIGN LAB Sp. z o.o. oparł swoje rozwiązanie na rozwiązaniu informatycznym WOOCOMMERCE natomiast Odwołujący na Magento 2.4x. Powyższą kwestia została ustalona jako niesporna pomiędzy stronami postępowania. Także za niesporną należy uznać kwestię zaprezentowaną przez zamawiającego, iż oparcie platformy na systemie Magento 2.4x jest średnio 4 - 5 razy droższe niż oparcie jej na sprzęcie firmy WOOCOMMERCE. Odwołujący tego stanowiska zamawiającego nie kwestionował i tym samym Izba uznała, że stan faktyczny niekwestionowany jest stanem odpowiadającym rzeczywistości.

Należy zgodzić się że stanowiskiem zamawiającego, że różnice cenowe ofert wykonawców wynikają z całkowicie odmiennej metody szacowania prac opartych o sprzęt różnych producentów. Obie oferty choć prowadzą do wdrożenia i udostępnienia NBP platformy sprzedaży wartości kolekcjonerskich to jednak odwołujący oraz WOBEE DESIGN LAB Sp z o.o. wykorzystali inne ww. środowisko informatyczne, jako bazę do przygotowania platformy.

Odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień Izba stwierdza, że treść tych wyjaśnień daleka jest od pewnego oczekiwanego wzorca wyjaśnień w którym wykonawca, po pierwsze, wskazuje szczegółowe podstawy do przyjęcia takiej kalkulacji ceny, a po drugie, przedkłada dowody na ich uwiarygodnienie. W przedmiotowym stanie rzeczy mamy do czynienia z ceną ryczałtową za wykonanie zamówienia, a więc wykonawca nie był zobowiązany do opracowania szczegółowej kalkulacji ceny oferty, gdyż wszelkie kosztorysy przy cenie ryczałtowej należy taktować jako dane informacyjne, a nie odzwierciedlające szczegółowe wyliczenia, np. z dokładnością do jednego złotego. Nadto zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy wykazali listę osób dedykowanych dla wykonywania tego zamówienia, ani nie wymagał, aby takie osoby były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Nadto wskazać należy, że wykonywanie tego zamówienia nie jest wykonywaniem ciągłym przez okres roku określonych w OPZ czynności. Zamawiający oczekuje zbudowania platformy sklepowej umożliwiającej nabycie określonej numizmatów przez kolekcjonerów drogą elektroniczną. Nadto zamawiający w pkt 1 OPZ wskazał link do strony internetowej, gdzie wskazano wielkość planowanej na rok 2020 emisji kolekcjonerskich oraz zakładaną średnia ilość transakcji mającą nawiązanie do ilości kolekcjonerów zainteresowanych nabyciem określonych numizmatów. Nadto zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że faktyczna sprzedaż numizmatów za pośrednictwem platformy będzie trwała w roku od kilkunastu do kilkudziesięciu dni. Tym samym niezasadne jest zakładanie w wyliczeniach podanych w odwołaniu, iż wykonawca przez okres roku będzie ponosił w każdym miesiącu takie same koszty, gdyż w powyższej sytuacji osoby dedykowane do tego zamówienia mogą w okresach między emisyjnych wykonywać inne obowiązki dla np. innych zamówień.

Odnosząc się ponownie do złożonych wyjaśnień przez wykonawcę WOBEE, a kwestionowanych przez odwołującego Izba uznała, że pomimo szeregu wątpliwości co do ich poprawności brak jest możliwości stwierdzenia rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty. Wskazać należy, że zamawiający aby dokonać odrzucenia oferty wykonawcy to musi mieć pewność, że zaoferowana cena jest rażąco niska za którą nie jest możliwe jej wykonanie. Nawiązując do wyjaśnień w zakresie kwestionowanym przez odwołującego, a dotyczących wynagrodzenia osób dedykowanych do wykonywania zamówienia to odwołujący kwestionował przed wszystkim dokonane wyliczenia kosztu seniora programisty PHP. Zamawiający odnosząc się do tej kwestii stwierdził, że pomimo braku ujęcia w zestawieniu kosztów wynagrodzenia pracownika dotyczących kosztów leżących po stronie pracodawcy to i tak gdyby zwiększyć stawkę z tego tytułu jak tego oczekuje odwołujący to i tak koszt zamówienia byłby niższy cena ofertowa. Podobnie wskazał na wyliczenia podane przez odwołującego w tabeli nr 2 odwołania i stwierdził, że nawet gdyby dodać również te wyliczone przez odwołującego koszty (21500 zł) to ogólny koszt wykonania zamówienia wynosiłby około 152 tys. złotych i byłby nadal niższy od ceny ofertowej wyliczonej na kwotę 158 tys. złotych.

Oceniając powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest ceną rażąco

niską i że przychód z tytułu wynagrodzenia za realizację zamówienia nie pokryje jego kosztów. Niewątpliwym jest, że odwołujący dokonał kalkulacji kosztów wykonania zamówienia biorąc pod uwagę przyjętą infrastrukturę sprzętową Magento 2.4x i swoje stanowisko w kwestii ceny oferty wybranej zapewne oparł na podstawie samodzielnych obliczeń kosztów własnej działalności gospodarczej w tym zakresie. Takie koszty odwołujący wylicza w Tabeli nr 3. W tym zakresie podać należy, że odwołujący prezentuje koszty oraz dodaje jednostki kosztowe gdyby realizował zamówienie oparte na technologii MAGENTA 2.4x. którego rozwiązania WOBEE nie zaoferował.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny nie może zostać uwzględniony. Izba za zamawiającym w tym zakresie stwierdza, że WOBBE DESIGN Lab. Sp. z o.o. wskazał uzasadnił w wyjaśnieniach wszystkie kategorie kosztów, które zamawiający uznał za istotne w treści wezwania. Zdaniem zamawiającego odwołujący w żaden sposób nie podważył wiarygodności złożonych wyjaśnień. Sam fakt nieprzedstawienia wyjaśnień takich jakich oczekiwałby odwołujący czy dowodów nie może z kolei być przesłanką do automatycznego odrzucenia oferty.

Izba odnosząc się do wskazywanego wielokrotnie na rozprawie stanowiska odwołującego, iż brak przedstawienia szczegółowych wyliczeń ceny oferty w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, należy uznawać w ogóle za brak ich złożenia, stwierdza, że nie akceptuje co do zasady takiego stanowiska. Otóż możliwe jest złożenie wyjaśnień w których wykonawca w żaden sposób nie odniesie się do podstaw kalkulacji ceny oferty i wtedy takie stanowisko można by zaakceptować. Natomiast w sytuacji stwierdzenia braku szczegółowości podanych wyjaśnień takie stanowisko, jest zdaniem Izby nieakceptowalne, bo nie funkcjonuje wzorzec określający kiedy szczegółowość wyjaśnień należy uznać za wystarczające. Niewątpliwym jest, że przy postepowaniu spornym z reguły wykonawca kwestionujący wyliczenia będzie zarzut taki podnosił. Nadto podkreślić należy, że wykonawca składa wyjaśnienia zamawiającemu i te wyjaśnienia winny przekonać zamawiającego, a niekoniecznie innego wykonawcę. Podać należy także, analizując treść wezwania WOBEE, że zamawiający nie wymagał od wykonawcy, aby dokonał szczegółowego rozbicia poszczególnych pozycji kosztowych, ale tylko wskazał je zamawiającemu. Niewątpliwym jest, że odwołujący dokonał oceny wyjaśnień według swojego ustalanego wzoru, lecz który nie ma odbicia w postanowieniach SIWZ ani w wezwaniu zamawiającego.

Izba uznając brak wystąpienia w postepowaniu wobec oferty wybranej rażąco niskiej ceny to tym samym uznała za niezasadne zarzuty będące pochodną tego zarzutu.

Odnosząc się do powiązanego z przyjęciem rażąco niskiej ceny zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd poprzez podanie kosztów wynagrodzenia seniora programisty Izba uznaje ten zarzut niezasadny, gdyż odwołujący jasno podaje w odwołaniu, że na tą okoliczność wykonawca WOBEE przedstawia listę płac, a więc zamawiający mógł ustalić jakie koszty lista płac obejmuje.

W zakresie zarzutu niewykluczenia wykonawcy WOBBE zm powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postepowaniu to wskazać należy, że zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp został przywołany w komparycji odwołania, a w treści uzasadnienia podano tylko iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące wątpliwości ze świadczeniem usług hostingu, przedłożył antydatowane (przerobione) referencje, co zdaniem Izby nie może być uznane za skuteczne wykazanie okoliczności uzasadniających ten zarzut. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ponadto, aby orzeczenie mogło zostać oparte na dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne, tutaj odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w

oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: