Sygn. akt KIO 509/20

WYROK

z dnia 3 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie 1 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 10 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: BPROG sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zaprojektowanie i wykonanie

systemu bazodanowego do gromadzenia i prezentacji danych o glebach pn. "SYStem" wraz z portalem internetowym i aplikacją mobilną" (nr postępowania ZP-025.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

przy udziale wykonawcy: P. W. K. NETCREATE, Piastów - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BPROG sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu prowadzi na podstawie

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Zaprojektowanie i wykonanie systemu

bazodanowego do gromadzenia i prezentacji danych o glebach pn. "SYStem" wraz z portalem internetowym i aplikacją mobilną" (nr postępowania ZP-025.2020)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 grudnia 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 638424-N-2019.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

5 marca 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. W. K. NETCREATE z Piastowa {dalej również: „NetCreate" lub „Przystępujący"}.

10 marca 2020 r. BPROG sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach {dalej: „Bprog" lub „Odwołujący"} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1, 1a oraz 2 - przez błędne przyjęcie, że złożona przez NetCreate oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do objętego postępowaniem przedmiotu zamówienia, w wyniku dokonania przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez NetCreate.

2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a - przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez NetCreate jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NetCreate, pomimo że oferta ta w sposób oczywisty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Art. 7 ust. 1 - przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty NetCreate na powyżej wskazanej podstawie prawnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty NetCreate jako najkorzystniejszej.

2. Odrzucenia oferty NetCreate na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp.

3. Powtórzenie czynności i badania ofert.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez zbiorcze podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Odwołujący w szczególności zrelacjonował następująco przebieg badania oferty NetCreate:

- 21 lutego 2020 r. Zamawiający opublikował informację w trybie art. 86 ust. 5 pzp, w której wskazał m.in., że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 180 tys. zł. Dnia 24 lutego 2020 r.;

- Zamawiający wezwał NetCreate do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt. 1 pzp, jednoznacznie wskazując, w jaki sposób winna być sporządzona kalkulacja kosztów (z powołaniem się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej), które Odwołujący w pełni aprobuje a które w niniejszej sprawie będzie znajdowało także pełne zastosowanie.

- 25 lutego 2020 r. NetCreate przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że złożone przez NetCreate wyjaśnienia są wyjątkowo lakoniczne, a przede wszystkim nie zawierają wszystkich kosztotwórczych elementów, które należało przewidzieć zarówno na etapie przygotowania oferty, jak i składania wyjaśnień.

Po pierwsze - brak uwzględnienia kosztów takich kluczowych elementów, jak

gwarancja oraz opieka serwisoww, które zostały wyczerpująco opisane przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Wykonawca będzie zobowiązany do udzielenia gwarancji jakości na przedmiot zamówienia od dnia podpisania protokołu odbioru do 31.08.2024 r. tj. do usuwania bez dodatkowego wynagrodzenia wad i błędów stwierdzonych w okresie gwarancji. Przez błąd należy rozumieć w szczególności nieistnienie w serwisie lub aplikacjach wszystkich uzgodnionych elementów, niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie przez system lub aplikacje wszystkich lub niektórych funkcji, brak zasadniczej bezbłędności wykonywania przez system lub aplikacje ich podstawowych funkcji, niezdolność systemu lub aplikacji do pracy w umówionym przez strony systemie operacyjnym (o ile nie wynikną one ze zmian systemowych niezależnych od Wykonawcy) i przy określonych wymaganiach sprzętowych (OPZ str. 24 części pt. „Gwarancja").

(...) w okresie gwarancji, Wykonawca będzie zobowiązany, bez dodatkowego wynagrodzenia, do świadczenia usług opieki serwisowej, w tym: 1. dokonywania drobnych zmian w systemie (np. modyfikacja treści słowników, drobne poprawki graficzne, korekta treści), 2. udzielania porad w zakresie funkcjonowania systemu i aplikacji i administrowania nimi, telefonicznie lub z pośrednictwem poczty elektronicznej, 3. utrzymywania zgodności aplikacji mobilnych z aktualnymi wersjami Android i IOS (OPZ na str. 24-25 ww części pt. „Opieka serwisowa").

Odwołujący zwrócił uwagę, że zakres gwarancji i opieki serwisowej jednoznacznie wskazuje, że czynności w tym zakresie będą świadczone przez wykonawcę niezależnie od jakości produktu dostarczonego i odebranego przez Zamawiającego, gdyż będą dotyczyły w istocie zmian inicjowanych przez tego ostatniego np. drobnych poprawek graficznych, korekty treści, utrzymywanie zgodności aplikacji mobilnych z aktualnymi wersjami Android i iOS czy porad w zakresie funkcjonowania systemu. A ponieważ usługi gwarancyjne i opieka serwisowa mają być świadczone do 31.08.2024, nie są marginalne z perspektywy całego przedmiotu zamówienia.

Po drugie - NetCreate nie przewidział:

a) kosztów obsługi projektowej Zamawiającego przez tzw. Project Managera (PM),

b) kosztów dojazdu osób zarządzających projektem ze strony Wykonawcy do siedziby Zamawiającego,

c) kosztów obsługi administracyjnej, w tym kosztów organizacji szkoleń, spotkań, współpracy

z Zamawiającym na etapie realizacji projektu informatycznego, który z założenia wymaga

ścisłej współpracy pomiędzy każdym wykonawcą a Zamawiającym,

d) kosztów przygotowania instrukcji i materiałów szkoleniowych dla użytkowników systemu

stanowiącego przedmiot zamówienia,

e) kosztów przeniesienia praw autorskich z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia

na Zamawiającego, czego ten ostatni oczekiwał (patrz § 5 ust. 9 Istotnych postanowień umownych stanowiących załącznik do SIWZ: Wynagrodzenie, o którym mowa w 8 ust. 1 Umowy obejmuje także wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych na wszystkich polach eksploatacji, przeniesienie prawa własności wydanych Zamawiającemu nośników, na których utrwalone są Oprogramowanie i Dokumentacja oraz zezwolenie na wykonywanie zależnych praw autorskich, o których mowa w niniejszym paragrafie, wobec czego Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie z tego tytułu).

Po trzecie - NetCreate nie tylko nie wyliczył i nie podał stawki godzinowej usług świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia usług rozwoju oprogramowania (określonych w § ust. 2 pkt. 1 i 2 IPU: Przedmiotem Umowy jest w szczególności realizacja przez Wykonawcę następujących działań (...) świadczenie usług na rzecz rozwoju Oprogramowania w łącznej liczbie nie przekraczającej 60 roboczogodzin na warunkach określonych w niniejszej umowie.), ale w ogóle nie wskazał i nie przedstawił jakichkolwiek

dowodów odnoszących się do tego zakresu przedmiotu zamówienia, do czego był

zobowiązany wezwaniem Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, a także w doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny

tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. W zależności od stanu faktycznego danej sprawy, okoliczności, na jakich wykonawca opiera swoją argumentację w przedmiocie zaoferowanej ceny, składając wyjaśnienia, wykonawca powinien rozważyć przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów, bowiem o ocenie dostarczonych dowodów stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok Izby z 27.11.2018 r. sygn. akt KIO 2325/18, LEX nr 2588906).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać okoliczności uzasadniające zaoferowaną cenę niższą w stosunku do przedmiotu zamówienia, do których odnosi się wezwanie zamawiającego. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar dowodu braku w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia spoczywa na wykonawcy, który jest obowiązany wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty np. rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, posiadanie własnego wyposażenia, szczególnie korzystne warunki w realizowanych umowach z kontrahentami (wyrok Izby z 01.02.2018 r. sygn. akt KIO 104/18).

Takie stanowisko również potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2449/19 uznając, m.in., że w przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. I p.z.p., ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień.

Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 613/17: W postępowaniu wyjaśniającym zgodnie z art. 90 ust. 2 Wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości Zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że mając powyższe na względzie NetCreate nie obalił domniemania prawnego rażąco niskiej ceny, gdyż przedstawił wyjaśnienia nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe, które w istocie powinny być uznane za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, a co najmniej złożył wyjaśnienia, które nie uwzględniają wszystkich elementów kosztotwórczych wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, co w oczywisty sposób nie pozwala uznać tych wyjaśnień za przekonujące i oparte na dowodach. Zdaniem Odwołującego, NetCreate niewłaściwie oszacowali wielkość Zamówienia, złożone przez te podmioty oferty zawierają rażąco niską cenę, a nadto NetCreate nie sprostał wymogom zakreślonym przepisem art. 90 ust. 3 Ustawy w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 marca 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 967/16, w którym podkreślono kwestię ciężaru dowodu przy rozpatrywaniu zarzutu rażąco niskiej ceny: w tym miejscu należy wyjaśnić; iż to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący) mają wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego. (...) Abstrahując od faktu, iż dowodzenie tego przez skarżących było bardzo utrudnione (nie mieli dostępu do danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) to jeszcze raz należy powtórzyć - to nie skarżący mieli tego dowodzić. Ich działanie było bezcelowe i jedynie zbędnie pochłaniało czas poświęcony na wyciąganie wniosków ze strzępów danych, które pojawiały się na etapie postępowania przed KIO czy przed sądem.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący stwierdził, że w zdecydowanej większości aktualne pozostają powyżej przedstawione argumenty.

Odwołujący dodał, że po stronie Zamawiającego na etapie badania złożonych wyjaśnień winna pojawić się chociażby wątpliwość co do ich treści, gdyż przedstawione wyliczenia są w zupełnym oderwaniu od treści oferty {w odwołaniu wklejono tabele z formularza oferty i wyjaśnień}.

Odwołujący podniósł, że nie jest jego rolą ani Zamawiającego domyślanie się, jak się ma kwota 33.750 zł brutto {suma z tabeli wyjaśnień} do kwoty 72.570 zł brutto {suma z formularza oferty} oraz jakie są inne ewentualne elementy składowe oferty i jaką mają wartość.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z jednolitym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdza orzeczenie z 16 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2427/19 (...kwestia odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę związana jest przede wszystkim nie z koniecznością udowodnienia tej okoliczności przez zamawiającego, lecz dokonaną przez zamawiającego oceną okoliczności wskazywanych w wyjaśnieniach przez wykonawcę, a zatem oceną warunkowaną udzielonymi wyjaśnieniami, które zamawiający ocenia zarówno pod kątem ich poprawności, jak i wiarygodności.), na Zamawiającym ciążył obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez NetCreate pod względem ich poprawności (rozumianej jako zgodności z treścią SIWZ, w szczególności z treścią OPZ) oraz wiarygodności. Obowiązek prawny po stronie zamawiającego (przepis ten sformułowany został jako imperatyw prawny) odrzucenia oferty materializuje się, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ostrożności Odwołujący dodał, że „postępowanie odwoławcze nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 90 ust. 1 p.z.p. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), wykonawca winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny jest zobowiązany dołączyć dowody (wyrok Izby z 6 listopada 2019 r. sygn. akr KIO 2122/19). Tym samym na obecnym etapie postępowania złożenie ewentualnych nowych dowodów w trybie art. 90 pzp uznać należy za niedopuszczalne.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący podkreślił, że pomimo złożenia przez NetCreate nieprawidłowych w rozumieniu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 pzp wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie podjął żadnych działań w celu odrzucenia wadliwej oferty, a zatem zaakceptował niezgodną z treścią przepisów ustawy pzp ofertę NetCreate, czym w ocenie naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

13 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez P. W. K. NETCREATE z Piastowa przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, natomiast Zamawiający i Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że brał pod uwagę nie tylko wyjaśnienia, ale całokształt

okoliczności, w tym złożoną ofertę, tymczasem Odwołujący niezasadnie skupia się na wybranych elementach wyjaśnień. Istotna jest bowiem w przypadku rażąco niskiej ceny eliminacja sytuacji, w której nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Odnośnie kosztów gwarancji i opieki serwisowej, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie są to kluczowe elementy zamówienia, a jedynie pochodne do zasadniczego elementu przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie portalu internetowego. W zależności od jakości wdrożenia koszty z tego tytułu mogą wystąpić, ale nie muszą, stąd nie można twierdzić, że należało je bezwzględnie wyszczególnić. Czynności składające się na opiekę serwisową dotyczącą drobnych poprawek, które dla osoby, która wykonała portal są mało czasochłonne. Zamawiający w ramach komisji przetargowej dysponował wiedzą dyrektora centrum informatycznego uczelni, stąd był w stanie ocenić prawidłowo możliwości wystąpienia i wagę tych kosztów.

Zamawiający wskazał, że specyfikacja nie wymagała, aby ustanowić na potrzeby realizacji zamówienia project managera, a jednocześnie z wyjaśnień wynikało wprost, że kierownikiem projektu będzie sam właściciel firmy Przystępującego.

Zamawiający nie wymagał również w SIWZ jakichś szczególnych kosztów administracyjnych ani nie przewidywał w ogóle szkoleń.

Z kolei odnośnie praw autorskich zwrócił uwagę, że z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, które wycenił je na 1 zł, wynika, że są one nieistotne, gdyż znikome.

Odnośnie kosztów rozwoju dla Zamawiającego było oczywiste, że dzięki podaniu kosztów prac programistycznych koszt 60 godzin tych prac wynosi 4000 zł, które należy doliczyć do wskazanych w wyjaśnieniach tabelarycznie kosztów realizacji zamówienia.

Dzięki załączeniu dowodu w postaci listy płac Zamawiający mógł dokonać weryfikacji prawidłowości kalkulacji, jak w złożonym na rozprawie dokumencie, tzn. uzyskać koszt 1 dnia roboczego dla podanych stanowisk, a następnie dojść do kosztów realizacji poszczególnych elementów zamówienia, aby otrzymać w sumie kwotę zbieżną ze wskazaną w wyjaśnieniach.

Przystępujący w piśmie z 1 czerwca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Przystępujący zrelacjonował, że w wyjaśnieniach wskazał Zamawiającemu, że:

- podstawowe elementy kosztotwórcze składające się na cenę oferty stranowią: 1) koszt przygotowania portalu internetowego, testy, wdrożenie, na który składa się wynagrodzenie pracowników i Przystępującego w wymiarze 50 osobodni, 2) koszt oprogramowania API, testy, wdrożenie w wymiarze 5 osobodni, 3) koszt przygotowania aplikacji mobilnych, testy , wdrożenie, który wynosi 45 osobodni, 4) koszt opracowania szaty graficznej aplikacji, który wynosi 5 osobodni; 5) koszt wykonania dokumentacji, który wynosi 4 osobodni;

- za podstawę obliczenia kosztów przyjął wynagrodzenie swoich pracowników ze stycznia, tj. miesiąca poprzedzającego złożenie oferty w postępowaniu;

- w jego przypadku nie pojawiają się dodatkowe elementy kosztotwórcze, gdyż sprzęt niezbędny do wykonania zlecenia jest jego własnością, w związku z czym nie generuje dodatkowych kosztów;

- przedmiot umowy zostanie zrealizowany w oparciu o oprogramowanie na licencjach otwartych, które nie wymagają ponoszenia dodatkowych kosztów tj. opłat licencyjnych.

- jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług informatycznych od 2006 r. i zrealizował w tym okresie szereg portali internetowych i aplikacji mobilnych, co pozwoliło nabyć mu doświadczenie i zyskać know-how pozwalające na wykonywanie tych usług na najwyższym poziomie, który pozwala na bezawaryjne działanie oferowanego przez niego oprogramowania;

- zatrudnia na umowę o pracę informatyków programistów, którzy w ramach swoich obowiązków realizują zlecenia polegające na opracowywaniu portali internetowych i aplikacji mobilnych;

Odnosząc się do zarzutów nieuwzględnienia wszystkich kosztów wykonania przedmiotu umowy, Przystępujący stwierdził, że zostały one wliczone do ceny oferty bądź

w jego przypadku nie występują.

W szczególności dzięki wykonaniu portalu internetowego i aplikacji mobilnych przez etatowych pracowników, autorskie prawa majątkowe przechodzą na Przystępującego z chwilą odbioru oprogramowania bez dodatkowego wynagrodzenia, co wynika z brzmienia art. 12 ustawy z dnia 4 lutego o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Menedżerem projektu będzie sam Przystępujący, a jego wynagrodzenie zostało skalkulowane w roboczodniach wyliczonych w wyjaśnieniach.

Według Przystępującego istotne jest, że przedmiotem umowy są usługi dotyczące elementów niematerialnych - oprogramowania komputerowego, które nie ulega awarii jak komputer czy drukarka z powodu fizycznego zużycia. Restrykcyjnie przetestowany portal internetowy czy aplikacja mobilna może służyć użytkownikowi przez lata przy niewielkich aktualizacjach wynikających ze zmian systemów operacyjnych i środowiska, w którym są osadzone. Stąd Przystępujący, kalkulując cenę oferty, nie musiał zakładać dodatkowych rezerw na wymianę sprzętu czy rozszerzenie gwarancji producenckiej. Ewentualne wady oprogramowania, jakie mogą pojawić się w okresie używania aplikacji mogą zostać usunięte przez stałych pracowników etatowych, którzy za wykonanie tych czynności nie pobierają dodatkowego wynagrodzenia lub przez samego Przystępującego, który posiada niezbędne wykształcenie i doświadczenie informatyczne, w szczególności programistyczne.

Jednocześnie koszt napraw gwarancyjnych wliczony jest w tak zwane ryzyko kontraktowe, które obejmuje ryzyko operacyjne, i jest wliczone w marżę Przystępującego, która w przypadku tego projektu jest równa różnicy pomiędzy ceną ofertową a kosztami wykazanymi w tabeli zawartej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i wynosi 38.820 zł brutto.

Zdaniem Przystępującego zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 pzp wskazał na wszystkie istotne elementy istotne składające się na cenę oferty, przedłożył dowody w postaci listy płac jego przedsiębiorstwa, podał linki do stron internetowych potwierdzających brak dodatkowych kosztów związanych z licencjami do oprogramowania oraz poinformował, że sprzęt, którego planuje użyć do realizacji przedmiotu zamówienia, stanowi jego własność, w związku z czym nie ponosi dodatkowych kosztów. Tym samym uczynił zadość swoim obowiązkom związanym z udzieleniem wyjaśnień, dlatego też nie było podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia jego oferty.

Przystępujący powołał się na to, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, co następuje: Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Nie oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest wyjaśnienie każdego elementu mającego wpływ na cenę oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego w zakresie jaki wynika z wezwania do tychże wyjaśnień (wyrok Izby z 30 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 710/18).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro jest wykonawcą, który złożył w nim ofertę. Odwołujący może również ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż uniemożliwia mu to uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Cena oferty NetCreate została określona na kwotę 72,57 tys. zł (netto 59 tys. zł), w tym (rozbicie na dwa elementy wg treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z.): 55 tys. zł (netto) za „Przekazanie Zamawiającemu Oprogramowania, Dokumentacji, Kodu Źródłowego, licencji Oprogramowania Osób Trzecich niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Oprogramowania, wdrożenie Oprogramowania oraz

przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych oraz 4 tys. zł (netto) za „Świadczenie usług na rzecz rozwoju Oprogramowania w łącznej liczbie nieprzekraczającej 60 roboczogodzin oraz przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych".

Z wystosowanego 24 lutego 2020 r. wezwania wynika, że podstawą faktyczną wezwania było odbieganie ceny oferty NetCreate o więcej niż 30% od zarówno ubruttowionego oszacowania wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W powyższym wezwaniu Zamawiający wyraził również oczekiwanie przedstawienia w ramach wyjaśnień kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.

W ramach wyjaśnień z 25 lutego 2020 r. NetCreate przedstawiło tabelaryczny kosztorys realizacji projektu w rozbiciu na 5 poz. (etapów, zakresów rzeczowych), dla których w odrębnych kolumnach podano odpowiednio szacowany koszt realizacji brutto oraz szacowany czas realizacji: 1) oprogramowanie portalu internetowego, testy, wdrożenie (15 tys. zł / 50 osobodni), 2) oprogramowanie API, testy, wdrożenie (1,5 tys. zł / 5 osobodni),

3) oprogramowanie aplikacji mobilnych, testy, wdrożenie (11,25 tys. zł / 45 osobodni),

4) oprogramowanie szaty graficznej aplikacji (5 tys. zł / 4 osobodni), co w podsumowaniu dało kwotę 33,750 tys. zł.

Ponadto wyjaśniono w szczególności, że:

- nad realizacją projektu będą pracowały łącznie 3 osoby, w tym dwóch programistów oraz W. K. osobiście jako kierownik projektu i osoba odpowiedzialna za opracowanie szaty graficznej;

- ad 1) - tego typu działalność jest zasadniczym profilem działalności NetCreate od 2006 r. (dodatkowo w stosunku do treści oferty wskazano na 4 konkretne zrealizowane portale internetowe), zakres ten będzie realizowany przez osobę zajmującą stanowisko starszego programisty (odesłano do pkt. 1 załączonej listy płac);

- ad 2) - realizacja nastąpi przez tę samą osobę co w poprzednim pkt;

- ad 3) - wykona ten zakres inny programista (odesłano do pkt 3. załączonej listy płac); oszczędności wynikają z zastosowania technologii Google Flutter, która umożliwia (jak to określono) „zwinne" i szybkie wytwarzanie aplikacji mobilnych równolegle na platformy Google Android i Apple iOS, a jednocześnie zapewnia szybkie działanie tych aplikacji (odesłano do dwóch aplikacji dostępnych w sklepach Google Play i App Store);

- ad 4) - zakres ten wykona osobiście W. K.;

- ad 5) - zakres ten zostanie zrealizowany wspólnie przez programistów wskazanych powyżej;

- sprzęt oraz narzędzia do wytworzenia produktów zostały zakupione na potrzeby innych projektów i nie wymagają poczynienia dodatkowych zakupów, a oprogramowanie (w tym: system operacyjny Linux Ubuntu, środowisko programistyczne NetBeans, narzędzia udostępniania / przesyłania kodu źródłowego FileZilla i Git, pakiet biurowy LibreOffice) jest oparte o licencję Open-Source i w pełni darmowe;

- przedmiotem wyceny jest usługa, a nie towar, w przeciwieństwie do którego nie ma tu odniesienia do konkretnej ceny zakupu składających się na niego produktów, co daje swobodę w ustalaniu ceny z uwzględnieniem posiadanego doświadczenia w realizacji podobnych projektów;

- dzięki wyjątkowo szczegółowemu opisowi przedmiotu zamówienia możliwe było precyzyjne skalkulowanie kosztów jego wykonania.

Do wyjaśnień załączono listę płac NetCreate ze stycznia 2020 r. obejmującą dwie osoby zatrudnione na umowę o pracę.

Dane z listy płac umożliwiają wyliczenie kosztu osobodnia dla starszego programisty (300 zł) i programisty (250,86 zł), a w konsekwencji sprawdzenie poprawności sumy z kalkulacji (iloczyn podanej w tej kalkulacji liczby osobodni i kosztu osobodnia).

Wg weryfikacji kalkulacji złożonej przez Zamawiającego na rozprawie, której poprawność arytmetyczna i merytoryczna nie była kwestionowana przez Odwołującego, obliczona w ten sposób suma wynosi 33.792,14 zł.

Zamawiający podał na rozprawie, że przy analizie ceny oferty NetCreate za oczywiste uznał, że do powyższej kwoty należy doliczyć kwotę 4 tys. zł (netto) wskazaną w formularzu oferty za nie więcej niż 60 roboczogodzin przeznaczonych na rozwój oprogramowania.

Takie rozumowanie Zamawiającego jest logiczne i poprawne, gdyż uwzględnia informacje wprost podane w treści oferty z uwzględnieniem informacji wynikających z treści wyjaśnień i załączonej do nich listy płac.

Odwołanie nie zawiera zakwestionowania poprawności dokonanego w treści wyjaśnień NetCreate oszacowania liczby osobogodzin potrzebnych dla wykonania wyszczególnionych tam etapów wytworzenia oprogramowania oraz wysokości wynagrodzeń programistów, ani wyceny w ofercie kosztu 60 roboczogodzin na potrzeby rozwoju tego oprogramowania.

Podstawa faktyczna odwołania sprowadza się do braku objęcia wyjaśnieniami kosztów, po pierwsze - odpowiednio gwarancji oraz opieki serwisowej, które wykonawca zamówienia obowiązany jest wg treści s.i.w.z. odpowiednio udzielić i sprawować od daty podpisania protokołu odbioru do 31 sierpnia 2024 r., po drugie - elementów wyszczególnionych w lit. a-e na str. 6 odwołania), w tym kosztów przeniesienia praw autorskich do oprogramowania wykonanego na rzecz Zamawiającego, po trzecie - rozwoju oprogramowania, o którym mowa w treści s.i.w.z.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wskazał postanowień s.i.w.z., z których wynikać miałyby kategorie kosztów z lit. a-d wyszczególnienia zawartego w odwołaniu (obsługa projektowa przez tzw. Project Managera; dojazd osób zarządzających projektem do siedziby Zamawiającego; obsługa administracyjna, w tym kosztów organizacji szkoleń, spotkań i współpracy z Zamawiającym; instrukcji i materiałów szkoleniowych dla użytkowników systemu wykonanego w ramach tego zamówienia), w szczególności nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego na rozprawie, że s.i.w.z. nie przewiduje takich świadczeń ze strony wykonawcy zamówienia. Umknęło również uwadze Odwołującego, że wg treści wyjaśnień W. K. osobiście będzie łączył funkcje kierownika projektu i jednej spośród 3 osób wykonujących prace programistyczne.

W wyjaśnieniach złożonych przez Bprog odnośnie ceny jego oferty kategorie kosztów z lit. b-d zostały ujęte i oszacowanie łącznie na kwotę 7008 zł (netto).

Z kolei wspomniany w lit. e koszt przeniesienia praw autorskich do wytworzonego oprogramowania został we własnych wyjaśnieniach Bprog dotyczących ceny jego oferty oszacowany na 1 zł (netto).

Łączny koszt realizacji zamówienia został zaś w wyjaśnieniach Bprog skalkulowany na kwotę 41.999 zł (netto), co przy zastosowaniu stawki 23% VAT daje kwotę brutto 51.658,77 zł.

Reasumując, odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, aby w różnicy pomiędzy kosztem wykazanym w wyjaśnieniach NetCreate a ceną oferty Przystępującego nie pokrywała kategorii kosztów (które wskazano w odwołaniu bez określenia ich wysokości), a własne wyjaśnienia złożone przez Bprog świadczą wręcz o czymś przeciwnym.

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

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie ze spoczywającym na nim w tym zakresie ciężarem dowodu.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż 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 wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Podkreślić należy, że wbrew odmiennemu poglądowi Odwołującego, konieczne i wystarczające jest, aby na podstawie złożonych wyjaśnień i złożonych dowodów było możliwe stwierdzenie, że cena oferty pokrywa koszt realizacji zamówienia. Innymi słowy, jeżeli wykazany koszt jest znacząco niższy niż cena oferty, wykonawca nie ma obowiązku ujawniać, w jaki sposób ustalił wysokość swojej marży ani przedstawić kalkulację, w której dochodzi do sumy wskazanej jako cena oferty.

W tej sprawie zarówno cena oferty Przystępującego, jak i Odwołującego odbiegała od oszacowania Zamawiającego i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w sposób, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pzp, stąd zostali oni wezwani przez Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Jednocześnie ponieważ cena oferty NetCreate niewiele odbiega od ceny oferty Bprog, Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że ta pierwsza nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji tego zamówienia. Przy czym, wbrew odmiennym twierdzeniom Odwołującego, złożone wyjaśnienia nie są oderwane od treści oferty, gdy łącznie pozwalały Zamawiającemu na ustalenie, że nawet po doliczeniu kosztów świadczenia usługi rozwoju oprogramowania i uwzględnieniu ewentualnych kosztów gwarancji i opieki serwisowej, koszty realizacji tego zamówienia przez NetCreate są znacznie niższe niż cena oferty złożonej przez Przystępującego.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych

uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie.
W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania ogólnikowo opisano okoliczności faktyczne, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie przez NetCreate wyjaśnienia. W szczególności z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez Przystępującego nie była możliwa realizacja przedmiotowego zamówienia bez poniesienia straty. Wręcz przeciwnie, abstrahując od wywodów prawnych oderwanych od okoliczności faktycznych tej sprawy, z odwołania pośrednio wynika, że cena oferty NetCreate również po uwzględnieniu kategorii kosztów sugerowanych przez Odwołującego (w większości niezasadnie, zarówno z punktu widzenia treści s.i.w.z., jak i treści oferty oraz wyjaśnień NetCreate), umożliwia Przystępującemu osiągnięcie zysku.

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że należy uznać je za bezzasadne, podzielając w pełni stanowisko Przystępującego wyrażone w złożonym w toku postępowania odwoławczego piśmie.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.