**Sygn. akt: KIO 1679/21**

**WYROK**
**z dnia 13 lipca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:
**Przewodniczący:Irmina Pawlik**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2021 r. przez wykonawcę MEDWAY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Historyczne Miasta Krakowa

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Muzeum Historycznemu Miasta Krakowa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą Paullonger P. D. w Gaju napodstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Muzeum Historyczne Miasta Krakowa i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 139 zł 00 gr (słownie: sto trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu dojazdu na rozprawę;
   2.2. zasądza od zamawiającego Muzeum Historycznego Miasta Krakowana rzecz odwołującego MEDWAY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 11 239 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

**Przewodniczący:……**

**Sygn. akt: KIO 1679/21**

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

Zamawiający Muzeum Historyczne Miasta Krakowa (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Wykonanie kontentu w ramach projektu pn. Krzysztofory od nowa – Muzeum Kompletne: modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego" (nr ref. ZP-271-1/21). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 marca 2021 r. pod numerem BZP/2021 00017624. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129)., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 2 czerwca 2021 r. wykonawca MEDWAY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec zaniechania odrzucenia oferty P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Paullonger P. D." (dalej jako „Paullonger"), pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Paullonger, pomimo że zawierała ona rażąco niską cenę zaś złożone wyjaśnienia nie były wystarczające do obalenia tego domniemania. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty Paullonger. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący podniósł, iż wyjaśnienia wykonawcy Paullonger zostały sporządzone w sposób bardzo ogólnikowy i lakoniczny. Do wyjaśnień został dołączony jeden dokument – kalkulacja ceny ofertowej. Poza tym, Paullonger nie przedłożył żadnych dokumentów na potwierdzenie swoich wyjaśnień czy kalkulacji. Co istotne, z innych dokumentów złożonych w toku postępowania wynika, że Paullonger w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia będzie korzystał ze wsparcia innego podmiotu, tj. Bluebeacon sp. z o.o. Ponadto, praktycznie wszystkie osoby wskazane w wykazie osób, oprócz samego P. D., nie są pracownikami Paullonger, a będą współpracować na podstawie umów cywilnoprawnych lub umów o współpracę. W konsekwencji, skoro Paullonger zamierza korzystać z zasobów zewnętrznych, niewątpliwie powinien był sporządzić swoją kalkulację m.in. w oparciu o oferty otrzymane od tych podmiotów, a w konsekwencji powinien był te oferty lub umowy (o ile są już zawarte) dołączyć do wyjaśnień, aby potwierdzić sposób wyliczenia ceny ofertowej.

Odnosząc się do samej kalkulacji, Odwołujący zauważył, że w swej istocie polega ona na rozbiciu zakresów poszczególnych kontentów na działania, które będą podjęte, aby wykonać przedmiot zamówienia oraz wskazaniu cen łącznych za poszczególne działania na podstawie wskazanych cen jednostkowych. Po dokonaniu podstawowych operacji matematycznych dla tych składowych wychodzi zaoferowana cena. Odwołujący podkreślił, że przede wszystkim Paullonger, nie wskazał sposobu jak elementy tej kalkulacji zostały ustalone i z czego one wynikają. Jako wystarczające nie mogą być uznane złożone dodatkowo wyjaśnienia, które nie dość, że są bardzo lakoniczne i, co najmniej w części, zawierają błędne założenia (o czym niżej), to dodatkowo nie odnoszą się do wszystkich kontentów. Co więcej, nie wiadomo na jakiej podstawie Paullonger przyjął akurat taką ilość roboczogodzin czy stron do tłumaczenia bądź minut audiodeskrypcji jak również jaki szacowany wymiar pracy przyjął dla poszczególności czynności składających na cały przedmiot zamówienia. Tak skrajnie lakoniczne informacje nie pozwalają na jakąkolwiek weryfikację wyjaśnień pod kątem ich rzetelności i prawidłowości. Przykładowo, dla kontentu MŻP 1.1 Paullonger przyjął, że programowanie będzie trwało 3,5 roboczogodziny, dla kontentu MŻP 5.2 ponad 130 roboczogodzin, a dla prezentacji kontentu 40 roboczogodzin. Ani z kalkulacji ani z wyjaśnień nie wynika, dlaczego została przyjęta taka a nie inna liczba roboczogodzin. Podobnie brak jest wykazania, dlaczego dla poszczególnych kontentów przyjęto określoną liczbę stron do tłumaczenia czy liczbę minut nagrania autodeskrypcji przez lektora. Dalej nie wiadomo na jakiej podstawie zostały przyjęte akurat takie stawki jednostkowe jak wskazane w kalkulacji, np. 75 zł netto za 1 roboczogodzinę programowania czy też 50 zł za 1 minutę audiodeskrypcji. Jak już wskazano, Paullonger w zakresie znacznej części działań, w tym m.in. audiodeskrypcji, tłumaczeń, części programowania czy UX Designer opiera się na zewnętrznych zasobach, a zatem powinien dysponować ofertami od tych podmiotów bądź umowami o współpracy, które potwierdzałyby przyjęte stawki. W

konsekwencji wykonawca powinien przedłożyć dokumenty, na podstawie których ustalił wskazane w kalkulacji stawki. Pomimo obowiązku wynikającego zarówno z przepisów Pzp jak i z samego wezwania, Paullonger nie udostępnił żadnych dowodów w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż mając na uwadze, że zgodnie z wezwaniem Paullonger powinien był wykazać, w jaki sposób wyliczył swoją cenę ofertową oraz udowodnić zasadność przyjętych przez siebie stawek i założeń, to przedłożona Zamawiającemu kalkulacja tych wymagań nie spełnia. Stanowi ona bowiem wyłącznie rozpisanie czysto matematycznych działań – przyjęta przez wykonawcę liczba roboczogodzin, stron tłumaczenia czy minut nagrania pomnożona przez wskazaną cenę jednostkową. Nie odpowiada ona na pytanie, dlaczego akurat takie wartości zostały przyjęte, co skutkuje tym, że nie jest w stanie ona obalić domniemania, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Ponadto, kalkulacja kosztów powinna zawierać wszystkie dodatkowe koszty świadczenia usług utrzymania, w tym m.in. takim jak: koszty delegacji, koszty biura, sprzętu, koszty ogólne i pośrednie przedsiębiorstwa wykonawcy, koszty finansowe (w tym koszty pozyskania wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty odroczonych płatności wynagrodzenia od zamawiającego).

Analizując dalej konieczne do uwzględnienia składniki ceny ofertowej Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, wykonawca obowiązany jest udzielić 36-miesięcznej gwarancji na przedmiot Zamówienia. Z tego względu, w cenie ofertowej powinno zawierać się także wyodrębnione wynagrodzenie za tą usługę. W przypadku przedmiotowej kalkulacji, w żadnej z pozycji nie zostało wskazane wprost wynagrodzenie za okres gwarancji. Jedynie z adnotacji Paullonger wynika, że koszt ten, wraz z innymi „wcześniej nie uwzględnionymi" kosztami mieści się w kategorii „Inne". Co jednak istotne, nie sposób stwierdzić, co dokładnie kryje się w kategorii „inne" dla każdego kontentu. Nie jest rolą Zamawiającego czy innych uczestników postępowania domyślanie się, co wykonawca ma na myśli pisząc o „wcześniej nie uwzględnionych" kosztach i co dokładnie kryje się w tym pojęciu. Dodatkowo, takie ogólne określenie powoduje, że nie sposób ustalić, jaka część z tych kwot dotyczy wynagrodzenia za okres gwarancji, a jaka tych innych nieokreślonych kosztów. To wykonawca składający wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 Pzp powinien te wszystkie okoliczności przedstawić, wyjaśnić i poprzeć dowodami potwierdzającymi zasadność kalkulacji. Paullonger zaś wyraźnie nie udźwignął tego obowiązku.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysu Odwołujący wskazał, iż przy aplikacji MŻP 1.2 (OPZ, str. 6) Zamawiający wymagał stworzenia „osobnych pokazów slajdów" wyświetlanych na 4 ekranach. Każdy slajd miał być prezentowany przez 20s. Każdy z pokazów składał się z 3 slajdów. Czas audiodeskrypcji (głosowe opisywanie to co widoczne jest na ekranie) dla tych slajdów powinien wynosić: 4 x 3 x 20s = 4 minuty Tymczasem kalkulacja Paullonger zakłada dla tego stanowiska kwotę 50zł za wykonanie audiodeskrypcji, co zgodnie z informacją umieszczoną poniżej zestawienia jest równoznaczne 1 minucie. W konsekwencji koszt audiodeskrypcji we wskazanym zakresie należałoby uznać za zaniżony, co z kolei prowadzić będzie do niewykonania przedmiotu postępowania zgodnie z wytycznymi Zamawiającego.

Przy aplikacji MŻP 2.1 (OPZ, str. 9) Zamawiający wymagał: „Charakter nagrania ma być realistyczny. Nagranie Lajkonika wymaga zatrudnienia profesjonalnego aktora. Strój i charakteryzacja leży w gestii Wykonawcy do akceptacji przez Zamawiającego przed przystąpieniem do nagrania […]" Tymczasem w kosztorysie widnieją dwie pozycje „Produkcja filmowa wraz z audio" na kwotę 17.000,00 zł oraz „Inne" na kwotę „2.000,00 zł". Żadna z pozycja z kosztorysu wprost nie wykazuje kosztu zatrudnienia profesjonalnego aktora ani kosztów związanych ze zrzeczeniem się przez niego z wszelkich praw majątkowych związanych z późniejszym wykorzystaniem (odtwarzaniem) nakręconego materiału.

Przy aplikacji MŻP 2.3 (OPZ, str. 12) Zamawiający wymagał: „Sekwencja zdjęć musi zostać ułożona na podstawie dostarczonych materiałów przez wykonawcę. Rekomenduje się ułożenie jej wg przebiegu pochodu Lajkonika: ul. Senatorska – Miejskie Wodociągi, Klasztor sióstr Norbertanek, Plac na Stawach, ul. Kościuszki, Al. Trzech Wieszczów, Bar „Lajkonik", ul. Zwierzyniecka, Filharmonia, Pałac Biskupi, Restauracja Polakowski, Rynek Główny, „Wierzynek", „Hawełka", Celestat. Podstawą do przygotowania treści do stanowiska są materiały udostępnione przez Zamawiającego oraz scenariusz zawarty w załączniku typu Microsoft Word o tytule „4.MŻP – szatnia Lajkonika.doc." Z uwagi na pewną rozbieżność w zapisach OPZ, w ramach pytań do SWZ jeden z wykonawców zwrócił się o potwierdzenie, że to Zamawiający przekaże komplet zdjęć. W dniu 24.03.2021 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7 do SWZ Zamawiający wskazał, że „nie potwierdza by wszystkie materiały niezbędne do wykonania kontentu 2.3 zostały przekazane przez Zamawiającego. Materiały które są w posiadaniu Zamawiającego zostaną bezpłatnie przekazane Wykonawcy – ale nie jest to zbiór kompletny. Zamawiający dysponuje materiałem zdjęciem do wykonania tej projekcji w 70%, pozostałe 30% do pozyskania przez Wykonawcę. Sekwencja zdjęć musi zostać ułożona na podstawie dostarczonych materiałów przez Zamawiającego we współpracy z Wykonawcą." Tymczasem w kosztorysie Paullonger istnieją 2 pozycje związane z wytworzeniem prezentacji: „Produkcja filmowa wraz z audio" 2.000,00 zł oraz „Inne" - 1,000,00 zł. W ocenie Odwołującego, w powyższych kwotach nie została uwzględniona konieczność pozyskania praw autorskich majątkowych do fotografii w pozostałym, nieudostępnianym przez Zamawiającego zakresie. Z doświadczenia Odwołującego wynika bowiem, że koszt pozyskania jednego zdjęcia to kwota przynajmniej 1.000,00zł. Co więcej, łączne koszty dla tego stanowiska wykonawca oszacował na 4.950,00 zł, podczas gdy elementem tego stanowiska jest także nagranie w studio utworu „Hej na krakowskim rynku". Z kalkulacji ani z wyjaśnień Paullonger nie wynika, kto będzie wykonywał ten utwór i w której pozycji i w jakiej wysokości przewidziana jest gaża dla tej osoby.

Przy stanowisku „Prezentacja kontentu na urządzeniach mobilnych" (OPZ, str.21) Zamawiający wymagał: „Przygotowanie materiałów, systemu, kodów QR i tagów NFC w formie naklejek oraz ich dostarczenie i uruchomienie po stronie wykonawcy." Paullonger w pozycji „Inne", która dotyczy tylko pozostałych kosztów oraz kosztu 3-letniego serwisu/gwarancji wykazał dosyć niską wartość 1.000,00 zł, która jest tożsama z kosztem dla stanowiska MŻP 1.1, w ramach którego wykonawca nie jest zobligowany wyprodukować tabliczek oraz ich instalować. W konsekwencji można przyjąć, że wskazana kwota stanowi wyłącznie koszt utrzymania serwisu i gwarancji dla stanowiska. Co więcej zgodnie z OPZ (str. 2) Zamawiający dla aplikacji na ekrany dotykowe wymagał: „Aplikacja powinna posiadać zaimplementowane dynamiczne menu w celu łatwego zarządzania zasobami aplikacji, także w celu wyboru wersji językowej – polskiej i angielskiej. Tłumaczenie leży w gestii Wykonawcy." W takim razie aplikacja mobilna, która powinna być przygotowana na „urządzenia mobilne", które z definicji są wyposażone w „ekran dotykowy" powinna posiadać 2 wersje językowe. Tymczasem Paullonger nie uwzględnił dla tej pozycji jakichkolwiek kosztów związanych z tłumaczeniem, co jest o tyle dziwne, że należałoby przetłumaczyć chociażby instrukcję, o której mowa w OPZ (str. 22): „Kolejny Kod QR/Tag NFC instrukcja uruchamiania materiałów z audiodeskrypcją" czy pozostałe elementy aplikacji mobilnej (menu nawigacyjne).

Odnosząc się do treści samych wyjaśnień Paullonger, Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż w kilku miejscach wykonawca wskazuje na okoliczności mające uzasadniać zaoferowaną niską cenę. Przykładowo, Paullonger wskazuje, że nie będzie ponosić kosztów dojazdów i noclegów, że posiada w zasobach szereg aplikacji z wcześniejszych realizacji, które ułatwią mu wykonanie zamówienia czy też że będzie bazować na materiałach archiwalnych przy przygotowywaniu filmu dokumentalnego, w związku z czym nie będzie musiał angażować studia filmowego. Co jednak istotne, Paullonger nie wskazuje w żadnym miejscu, w jaki konkretnie sposób te okoliczności wpływają na obniżenie zaoferowanej ceny. Skoro dzięki nim wykonawca ma rzekomo osiągnąć znaczące oszczędności, powinien to konkretnie wykazać, a nie ograniczyć się jedynie do lakonicznych, gołosłownych twierdzeń, z których nie wynikają żadne szczegóły. Ponadto Odwołujący zauważył, że w wyjaśnieniach z dn. 21.04.2021 r. Paullonger oświadczył, że: „Biorąc pod uwagę nasze

doświadczenie i wykonane realizacje tj. udział przy tworzeniu wystaw w MO w Tarnowie, Działdowie Koszalinie, Eksperymentarium Chojnice oraz Stacja Grodzisk posiadamy w zasobach szereg aplikacji, które posłużą nam przy tworzeniu projektu dla Muzeum. Część wymaganego oprogramowania aplikacji posiadamy w swoich zasobach (np. CMS), co sprawia, że pozostaje nam w głównej mierze wykonać projekty graficzne oraz brakujące elementy programistyczne." Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie wskazał konkretnych elementów z poszczególnych wystaw, które może wykorzystać, przez co Zamawiający nie miał podstawy do zweryfikowania czy prawa autorskie do tego oprogramowania nie zostały przeniesione na inny podmiot (np. wybrane Muzeum). Dodatkowo Paullonger stwierdził również, że „Na naszą korzyść wpływa odległość pomiędzy naszą firmą, a siedzibą realizacji – w celu realizacji projektów nie będą ponoszone koszty noclegów oraz koszty dojazdów również będą bardzo niskie." Jednocześnie jednak żadna pozycja z kosztorysu nie zawiera tych „bardzo niskich kosztów". Biorąc pod uwagę, że odległość między siedzibą wykonawcy a miejscem realizacji zamówienia wynosi ok. 16 km w jedną stronę, poniesienie jakichkolwiek kosztów transportu wydaje się być konieczne.

Reasumując powyższe uwagi, Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia składane w trybie art. 224 ust. 1 Pzp mają na celu jednoznaczne wykazanie, że zaoferowana cena lub koszt zostały skalkulowane na rzeczywistym poziomie, tj. uwzględniającym wszystkie koszty niezbędne dla realizacji zamówienia, w tym m.in. koszty bezpośrednie (wraz z ich wskazaniem i szczegółowym wyliczenie), pośrednie, ogólne, rezerwy na ryzyka oraz marżę. Tymczasem Paullonger zamiast wyjaśnić zaoferowaną cenę dokonał jedynie jej „rozbicia", co w żaden sposób nie jest wyjaśnieniem ceny, a jedynie podziałem ceny jako całości na poszczególne elementy. Tymczasem wyjaśnienia w jaki sposób skalkulowano zaoferowaną cenę, tzn. jakie koszty i w jakiej wysokości cenę tą determinują. Odwołujący wskazał w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 4.07.2018 r. (KIO 1230/18). Zdaniem Odwołującego należy uznać wyjaśnienia za skrajnie ogólnikowe. Paullonger przedstawia tylko gołosłowne informacje, nie wskazując jednak, w jaki sposób mają one przełożenie na wysokość zaoferowanej ceny. Dołączona do wyjaśnień kalkulacja stanowi jedynie rozbicie na poszczególne kwoty ceny ofertowej, natomiast nie wynikają z niej podstawy przyjętych przez wykonawcę założeń czy też przyjęta przez niego metoda wyliczenia ceny. Dodatkowo do tych lakonicznych wyjaśnień nie został załączony żaden dowód, który potwierdzałby ich rzetelność. Odwołujący podkreślił, że Paullonger miał niewątpliwie możliwość przedstawienia dowodów na poparcie swoich wyliczeń. Skoro bowiem wykonawca ten zamierza realizować zamówienie korzystając z podmiotu trzeciego, tj. Bluebeacon sp. z o.o., jako podwykonawcy to powinien on otrzymać od swojego kontrahenta ofertę, na podstawie której wyliczył cenę ofertową. Również w przypadku wskazanych w wykazie osób, przy pomocy których ma być realizowane zamówienie, poza właścicielem Paullonger, wszystkie pozostałe osoby mają świadczyć usługi na podstawie umów cywilnoprawnych, a zatem albo takie umowy Paullonger już zawarł albo musiał wynegocjować ich warunki, aby być w stanie skalkulować cenę. Zatem, Paullonger miał możliwość przedłożenia dowodów na potwierdzenie złożonych wyjaśnień jednak tego zaniechał, w konsekwencji czego powinien on ponieść konsekwencje tego zaniechania. Odwołujący powołał się na wyroki Izby z dnia 24.07.2018 r., KIO 1345/18, z dnia 20.02.2019 r., KIO 191/19). W uzupełnieniu powyższego Odwołujący wskazał, że powstanie domniemania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 17.06.2019 r. (KIO 992/10).

Ponadto z ostrożności Odwołujący wskazał także na brak możliwości uzupełnienia wyjaśnień przez wykonawcę Paullonger, wynikającą z ogólnikowego i lakonicznego charakteru złożonych przez Paullonger wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zauważył iż w świetle orzecznictwa KIO ponowne wezwanie tego samego wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest co do zasady dopuszczalne, jednak tylko w określonym przypadku – kiedy treść pierwotnych wyjaśnień wykonawcy odpowiada na wątpliwości/pytania sformułowane w wezwaniu przez Zamawiającego, natomiast po zapoznaniu się z nimi Zamawiający widzi konieczność wyjaśnienia dodatkowych kwestii, które zostały poruszone w pierwotnych wyjaśnieniach. Odwołujący wskazał w tym zakresie na wyrok KIO z dnia16.01.2020 r. (KIO 2664/19) oraz z dnia 11.01.2019 r. (KIO 2637/18). Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógłby wyłącznie wówczas wezwać Paullonger do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, gdyby pierwsze wyjaśnienia zostały złożone w sposób należyty (tj. wyjaśniały w sposób konkretny, w jaki sposób została wyliczona cena ofertowa), a po zapoznaniu się z nimi po stronie Zamawiającego pojawiły się nowe wątpliwości/zagadnienia do wyjaśnienia. Biorąc jednak pod uwagę, jak ogólnikowe i lakoniczne były wyjaśnienia z dnia 21.04.2021 r., nie mogły one wyjaśnić żadnych, wskazanych w wezwaniu, wątpliwości Zamawiającego. W konsekwencji, Zamawiający mógłby wezwać Paullonger jedynie do ponownego wyjaśnienia tych samych okoliczności, co należałoby uznać za niedopuszczalne. Skoro wykonawca nie dołożył należytej staranności w przygotowywaniu wyjaśnień co do ceny ofertowej, Zamawiający nie miał (i nadal nie ma) obowiązku dalszego dopytywania go.

Zamawiający w dniu 6 lipca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując na jego bezzasadność. Zauważył, że dokonał istotnych modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia dnia 7.04.2021 r. i 8.04.2021 r. Zmiany te wpływały znacząco na zakres obowiązków Wykonawców i zasady dokonania kalkulacji ceny ofertowej i były wynikiem ponownego przeanalizowania przez Zamawiającego wszystkich okoliczności wiążących się z realizacją zamówienia, tj. kwestii pozyskania materiałów źródłowych od innych instytucji kultury i wysokość opłat z tym związanych. Zamawiający podkreślił, że postępowanie w podobnym kształcie (bez zmian z 7.04.2021 r. i 8.04.2021 r.) Zamawiający prowadził już w 2020 r., w postępowaniu tym złożona została jedna oferta przez Odwołującego z ceną 279.000,00 zł. Postępowanie to zostało unieważnione albowiem Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 uprzednio obowiązującej ustawy Pzp o przedstawienie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, przesłał email w którym poinformował, iż nastąpił błąd rachunkowy w opracowaniu oferty i nie złoży wyjaśnień. Jako dowód na powyższe Zamawiający przedstawił ogłoszenie o zamówieniu z dnia 31.12.2020 r. pod nr 776893-N-2020, informację z otwarcia ofert zamieszczoną na stronie internetowej w dniu 19.01.2021 r.. informację o unieważnieniu postępowania oraz email z dnia 27.01.2021 r.

Zdaniem Zamawiającego brak było podstaw do przyjęcia rażąco niskiej ceny oferty Paullonger. Pojęcie rażąco niskiej ceny, jak wielokrotnie zaznaczała w swoich wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza, jest subiektywne i nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy pzp. Ustawodawca nie przewidział również procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie uznać, że cena oferty jest rażąco niska. Wystąpienie rażąco niskiej ceny należy więc każdorazowa rozpatrywać przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz wartości zamówienia. Zdaniem Zamawiającego analiza tych okoliczności z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu niniejszego zamówienia wyłącza możliwość przyjęcia, iż wykonawca Paullonger zaoferował cenę rażąco niską. Zamawiający zauważył, że pewnego rodzaju „ramy" ustalenia rażąco niskiej ceny określił Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07). wykonawca Paullonger wykazał, iż w swojej kalkulacji umieścił elementy cenotwórcze wymagane opisem przedmiotu zamówienia a realizacja kontraktu zapewni mu zysk. W żaden też sposób nie można uznać, iż cena zaoferowana przez wykonawcę Paullonger jest niewiarygodna czy oderwana od realiów rynkowych. Wystarczy wskazać, iż cenę zbliżoną w poprzednim postępowaniu oferował właśnie Odwołujący. Zamawiający podkreślił, że kluczowe znaczenie dla oceny wystąpienia ew. rażąco niskiej ceny mają dokonane przez Zamawiającego modyfikacje dokumentacji zamówienia. Zamawiający porównując wysokość cen oferty z szacunkową wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT miał świadomość, iż szacunkowa wartość zamówienia straciła poniekąd swoją aktualność z uwagi na dokonane modyfikacje dnia 7.04.2021 r. i 8.04.2021 r. Zamawiający jednocześnie ze wszczęciem postępowania prowadził negocjacje z innymi instytucjami kultury. Zamawiający miał świadomość, iż ten element przedmiotu zamówienia niesie z sobą ryzyko - przede wszystkim mając na uwadze terminowość realizacji zamówienia a co za tym idzie i całego Projektu. Jeśli by od szacunkowej wartości zamówienia

powiększonej o kwotę podatku VAT odjąć kwoty przeznaczone na zakup praw autorskich lub koszty pozyskania licencji to otrzymujemy kwotę zbliżoną do ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wskazał ponadto, iż oceniając wyjaśnienia należy także uwzględnić specyfikę niniejszego przedmiotu zamówienia. Usługi jakie obejmuje przedmiot zamówienia to tzw. „usługi miękkie" gdzie zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi, uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. W tym zakresie wskazano na wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r., sygn. akt KIO 1737/16 w którymm.in. stwierdzono, że w przypadku usług, których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku, koszty materiałowe, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Zamawiający wskazał także na wyrok Izby z dnia 10 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2635/19, w którym uznano, że w przypadku kalkulacji ceny za usługi miękkie wykonawca bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób realizujących ww. usługi, które mogą być znacząco zróżnicowane dla poszczególnych wykonawców ze względu na specyfikę takich kosztów oraz stwierdzono, że wyjątkowo korzystne warunki wykonania czynności przez personel zaangażowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia również stanowią elementy niezależne od wykonawcy ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego. Na ogół wykonawca jedynie akceptuje propozycje stawek wynagrodzenia osób, którymi będzie dysponował przy realizacji zamówienia, a nie „narzuca" takim osobom własne stawki. Zdaniem KIO taki sposób kształtowania ceny za realizację zamówienia przez personel wykonawcy jest typowy dla usług intelektualnych.

Zamawiający wskazał, iż ani ustawa Pzp, ani żaden inny akt prawny nie narzuca przedsiębiorcom działającym na rynku formalizowania realizowania wspólnych zamierzeń inwestycyjnych składaniem oferty. Bardzo często jest wręcz na odwrót – wysokość wynagrodzenia ustalana jest w drodze nieformalnej np. na spotkaniu lub w drodze email. Zamawiający podkreślił, iż nie miał podstaw żądania przedstawienia oferty od podmiotu udostępniającego zasoby Paullonger. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego rządzi się innymi prawami niż procedura w sprawach gospodarczych, a ewentualne pominięcie wyjaśnień z uwagi na nieprzedstawienie dowodu wymaga wyraźnego umocowania w przepisie ustawy. Zamawiający powołując się na stanowisko KIO wskazał także, że podstawą stwierdzenia, iż oferta na świadczenie usług intelektualnych zawiera rażąco niską cenę nie może być znaczące zróżnicowanie wynagrodzenia za takie usługi w ofertach przedstawionych przez poszczególnych wykonawców. Choć wartość wynagrodzenia za usługi miękkie może być zależna od kwalifikacji, wykształcenia oraz pozycji rynkowej osób świadczący usługi, ostatecznie należy stwierdzić, że usługa intelektualna jest warta tle na ile wycenia ją osoba świadcząca takie usługi. W związku z powyższym to na ogół osoby świadczące usługi intelektualne same decydują, jakie chcą otrzymać wynagrodzenie z tytułu ich realizacji, przez co wykonawca nie ma realnego wpływu na kształtowanie całkowitej ceny ofertowej w tym zakresie. Wobec powyższego, wykonawca nie może zostać narażony na zarzut rażąco niskiej ceny swojej oferty, tylko z tego względu, że udało mu się znaleźć osoby świadczące usługi intelektualne za wynagrodzenie znacznie niższe niż przez osoby świadczące takie usługi w ramach ofert innych wykonawców. Zamawiający podniósł, iż oceniając kalkulacje przedstawione przez wykonawcę Paullonger miał też na uwadze wyrok z dnia 14 października 2014 r. (sygn. akt KIO 1833/14), w którym stwierdzono, że nie ma obowiązku w ramach uczynienia zadość wezwaniu do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych oferty dokładnej, „co do grosza" kalkulacji ceny. Konieczne jest zaprezentowanie istotnych z perspektywy jej kalkulacji, elementów ceny. Analizując odwołanie zdaniem Zamawiającego można odnieść wrażenie, iż właśnie brak biznes planu lub dokumentu sporządzonego na wzór kosztorysu szczegółowego w robotach budowlanych był podstawą do wniesienia odwołania. Zamawiający wskazał także na wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO 2675/19 oraz KIO 2640/18), podnosząc, że w niniejszym stanie faktycznym istnieje wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę Paullonger, a złożone przez niego wyjaśnienia wykazują iż zamówienie może zostać zrealizowane należycie i z zyskiem.

Zamawiający wskazał ponadto, iż zadaniem Odwołującego jest udowodnienie, iż wyjaśnienia udzielone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są niewystarczające, nierzetelne lub z innych względów wadliwe. Nie wystarczy zatem podniesienie zarzutu gołosłownie – odwołujący powinien wskazać, na jakiej podstawie uważa kwestionowane ceny lub koszty za rażąco niskie. Wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą poprzez złożenie satysfakcjonujących zamawiającego wyjaśnień, już na etapie postępowanie wyjaśniającego niejako sprostał ciężarowi dowodowemu nałożonemu nań. Stanowią one bowiem dowód w postępowaniu odwoławczym. Wobec tego odwołujący musi przedstawić przeciwdowody na poparcie swoich twierdzeń. Obowiązek ten jest ugruntowany w orzecznictwie Izby. Reguła określająca, na kim spoczywa ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny, została utrzymana obecnie zgodnie z brzmieniem art. 190 ust. 1a poprzedniego Pzp. Odwołanie dowodu na to, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę nie zawiera – chyba, że Odwołujący zamierza uzupełniać w tym zakresie odwołanie na rozprawie. Zamawiający zauważył, że Odwołujący konstruując zarzuty odwołania ograniczył się jedynie do subiektywnej oceny wyjaśnień uznając je za lakoniczne i niewystarczające. Na gruncie orzecznictwa Izby należy wskazać, że modyfikacja reguły ciężaru dowodu nie oznacza, że wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną nie jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Podobnie podkreślono w komentarzu do art. 537 wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów wykazania podstaw faktycznych zarzutu, oraz przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy.

Zamawiający stwierdził, że odwołanie jako bezzasadne winno zostać oddalone. Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swych twierdzeń a jedynie ograniczył się do subiektywnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Paullonger. Zamawiający dokonał dokładnej analizy wyjaśnień przedłożonych w trakcie procedury wyjaśniającej i uwzględnił okoliczności faktyczne związane z realizacją niniejszego postępowania. Ocena ta nie pozwala uznać, by w postępowaniu złożono ofertę z rażąco niską ceną.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

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

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty wybranego wykonawcy Paullonger, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ wraz z modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwanie skierowanie do wykonawcy Paullonger w

przedmiocie ceny oferty i udzielone przez niego wyjaśnienia, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie (tj. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 31.12.2020 r. nr 776893-N-2020, informacji z otwarcia ofert z 19.01.2021 r., informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 4.02.2021 r., wiadomości e-mail Odwołującego z dnia 27.01.2021 r.) oraz złożonego przez Odwołującego na rozprawie wydruku z „Banku obrazów"- www.stock.adobe.com.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie kontentu w ramach projektu pn. Krzysztofory od nowa - Muzeum Kompletne: modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został w Załączniku 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia wyodrębniono szereg kontentów, których wykonanie objęto zakresem zamówienia, wskazując rodzaj materiału wynikowego oraz opis. Przywołane w treści odwołania fragmenty opisów wybranych kontentów nie były przez Zamawiającego kwestionowane i opowiadają wynikającym z treści OPZ, wobec czego zbędne jest powielanie ich treści w tym miejscu.Zamawiający przed upływem terminu składania ofert, m.in. w dniu 24 marca 2021 r. oraz 7 kwietnia 2021 r., dokonywał modyfikacji SIWZ wpływających na opis przedmiotu zamówienia i udzielał wyjaśnień co do jego zakresu. W ramach odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający wskazał m.in. w odniesieniu do kontentu MŻP 2.3, iż „materiały, które są w posiadaniu Zamawiającego zostaną przekazane wykonawcy, ale nie jest to zbiór kompletny. Zamawiający dysponuje materiałem zdjęciem do wykonania tej projekcji w 70%, pozostałe 30% do pozyskania przez wykonawcę."

Wartość szacunkową zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, określono na 431 666,67 zł. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 594 090,00 zł brutto. W postępowaniu ofertę nr 1 złożył wykonawca Paullonger, który za realizację zamówienia zaoferował cenę 280 440,00 zł brutto. W ofercie tej wskazano, iż ww. wykonawca zamierza zrealizować zamówienie przy udziale podwykonawcy – Bluebeacon Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – zakres powierzonej części zamówienia: wykonanie aplikacji mobilnej. Do oferty załączono zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Pozostali wykonawcy zaoferowali następujące ceny: oferta nr 2 (Odwołującego) - 589 600,00 zł brutto, oferta nr 3 - 518 814,00 zł brutto, oferta nr 4 - 535 419,00 zł brutto, oferta nr 5 - 720 000,00 zł brutto, oferta niezaszyfrowana - 486 000,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 16 kwietnia 2021 r. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Paullonger do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający poinformował, iż okoliczności faktyczne badanej oferty wskazują, iż jej cena jest zaniżona w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług jak i cen innych ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Paullonger do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, iż wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wskazać obiektywne czynniki oraz sposób, w jaki wpłynęły na obniżenie całkowitej ceny oferty. Wyjaśnienia te powinny być konkretne, jasne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające wiarygodny charakter ceny złożonej oferty oraz przedstawiać dowody na twierdzenie wykazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę. W tym celu Zamawiający wskazał na konieczność przedłożenia przez wykonawcę szczegółowych kalkulacji cenowych oraz innych dowodów, uzasadniających prawidłowość wyliczenia zaproponowanej ceny całkowitej oferty w tym cen jednostkowych poszczególnych elementów świadczenia, co będzie umożliwiało zbadanie prawidłowego oszacowania ceny oferty przez Wykonawcę oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem występowania rażąco niskiej ceny oferty lub jej braku. Zamawiający wskazał, iż powinien mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę pełnej wiedzy umożliwiającej podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż odrzuci ofertę wykonawcy, w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Paullonger w dniu 21 kwietnia 2021 r. złożył wyjaśnienia, wskazując, iż zaoferowana w ofercie kwota 280 440 zł brutto przedstawia wartość realną opartą na wnikliwej analizie. Zauważył, że zaoferowane wartości odpowiadają przedmiotowi zamówienia zgodnie z opisem i wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca wyjaśnił, iż na jego korzyść wpływa odległość pomiędzy jego firmą, a siedzibą realizacji – w celu realizacji projektów nie będą ponoszone koszty noclegów oraz koszty dojazdów również będą bardzo niskie. Dalej wskazał, iż biorąc pod uwagę doświadczenie i wykonane realizacje tj. udział przy tworzeniu wystaw w MO w Tarnowie, Działdowie, Koszalinie, Eksperymentarium Chojnice oraz Stacja Grodzisk posiada w zasobach szereg aplikacji, które posłużą mu przy tworzeniu projektu dla Muzeum. Część wymaganego oprogramowania aplikacji posiada w swoich zasobach (np. CMS), co sprawia, że pozostaje mu w głównej mierze wykonać projekty graficzne oraz brakujące elementy programistyczne.

Wykonawca Paullonger wyjaśnił, że jego kosztorys zakłada stworzenie około 100 stron tekstów (treści do wszystkich elementów wystawy). Jeśli chodzi o nagrania dźwiękowe to nie jest możliwa dokładna wycena ilości stron lektorskich do nagrania. Biorąc jednak pod uwagę jego doświadczenie i współpracę z firmą RPM założyły wykorzystanie 2 głosów lektorskich do całej wystawy i nagranie około 100 stron tekstów.5. Film dokumentalny o czasie trwania 10 minut bazuje na wykorzystaniu materiałów archiwalnych, dzięki czemu nie potrzeba do jego realizacji zaangażowania studia, dźwiękowców, operatorów itd. Zatem całość realizacji odbywa się w postprodukcji. Firmy zajmujące się animacjami zazwyczaj składają się z zespołów podzielonych osobno na scenarzystów, grafików, animatorów, dźwiękowców oraz niekiedy kolorystów. Utrzymanie tak dużych ekip filmowych wymusza na firmach podnoszenie cen realizacji materiałów video, niezależnie czy są filmowane czy filmowane i montowane czy wyłącznie montowane w studio. W przypadku omawianego filmu scenariusz został wstępnie określony. Ograniczenie liczby etatów do pracy nad tym filmem pozwala znacząco ograniczyć koszty jego realizacji, nie tracąc na jakości materiału końcowego. Produkcją filmu zajmie się grafik/animator oraz montażysta, który ma możliwość realizacji filmu na jednym stanowisku montażowym. Do pracy przy filmie oddelegowany będzie również copywriter i tłumacz.

W odniesieniu do Szatni Lajkonika wykonawca wskazał, iż materiał na potrzeby tej realizacji zostanie pozyskany przy wykorzystaniu posiadanych zasobów sprzętowych tj.: greenscreen, kamery, oświetlenia, które są w posiadaniu realizatora nagrań. Nie wymaga to zewnętrznych nakładów finansowych związanych z wynajmem studia nagraniowego czy też oświetlenia. Pozwala to znacząco zredukować koszty oraz sprawnie wykonać potrzebne nagrania. Sekwencje video nie są uzależnione od pory roku czy pogody, z uwagi na brak filmowania w lokalizacjach zewnętrznych. Strój oraz charakteryzacja aktora jest jasno określona zatem spada ilość roboczogodzin w kontraście do scen, które dynamicznie zmieniają charakterystykę. W zakresie animacji sekwencji tanecznych 3x55 TV wykonawca wskazał, iż jest to klasyczna animacja, wyższy stopień skomplikowania. Montaż wykonywany jest na materiałach pozyskanych, zatem skraca się czas pozyskania materiałów, a powielenie sekwencji animacyjnych dla niektórych elementów pozwala na skrócenie czasu wykonania oraz mniejszej ilości roboczogodzin. W odniesieniu do materiałów do audiodeskrypcji, wykonawca zgodnie z opisem założył przygotowanie audiodeskrypcji dla stanowisk MŻP 1.1, MŻP 1.2, MŻP 1.3, MŻP 2.1, MŻP 2.2, MŻP 2.3, MŻP 3.1, MŻP Kontent 5.4. Wskazał, iż jego certyfikowany partner wycenił koszt przygotowania audiodeskrypcji na 50 zł netto

od 1 minuty nagranego materiału filmowego. Zakładając długość materiałów w przedziale (40-60 minut), wykonawca przeznaczał wystarczającą ilość środków na realizacje zadania.

Do wyjaśnień załączono dokument zatytułowany „Kosztorys wystawy Krzysztofory", w którym wskazano przyjęte dla poszczególnych kontentów kwoty za copywriting/audiodeskrypację, programowanie, wgrywanie contentu, produkcję filmową wraz z audio, tłumacza, lektora, projektowanie graficzne oraz poz. „inne". Wskazano ponadto kwotę zysku na poziomie 43 250 zł netto, koszt roboczogodziny programowania 75 zł netto, koszt roboczogodziny instalowania 50 zł netto, koszt tłumaczenia 1 str. na angielski 50 zł netto, copywriting 1 str. 100 zł netto, audiodeskrypacja 1 min. materiału 50 zł na podstawie umowy o dzieło, grafika roboczogodzina 35 zł netto. Ponadto wyjaśniono, iż w pozycji „inne" uwzględniono wszelkie dodatkowe koszty wcześniej nie uwzględnione oraz koszty 3-letniego serwisu i gwarancji.

Zamawiający w dniu 28 maja 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Paullonger jako najkorzystniejszej.

**Izba zważyła, co następuje:**

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

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp potwierdził się.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 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. Jak stanowi ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. W świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała kwestia rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, przy czym powyższe odnosi się zarówno do etapu postępowania o udzielenie zamówienia, jak i etapu postępowania odwoławczego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, który zachowuje aktualność również na gruncie nowej ustawy Pzp, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. m.in. wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3095/20). Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to treść wezwania co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień powinien sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia Zamawiający żądał od wykonawcy w treści wezwania oraz czy odpowiadają swoją szczegółowością wymaganiom w tym wezwaniu wskazanym.

W przedmiotowej sprawie w treści wezwania skierowanego do wykonawcy Paullonger Zamawiający wskazał wprost na konieczność podania obiektywnych czynników oraz sposobu, w jaki wpłynęły one na obniżenie ceny całkowitej oferty, a także na obowiązek przedstawienia dowodów na twierdzenia wskazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę. Zamawiający wskazał ponadto na konieczność przedstawienia szczegółowych kalkulacji cenowych oraz innych dowodów, uzasadniających prawidłowość wyliczenia ceny całkowitej oferty, w tym cen jednostkowych poszczególnych elementów świadczenia. Powyższe wymagania wskazane w wezwaniu były w ocenie Izby w pełni uzasadnione. Oferta Paullonger w sposób istotny odbiegała od ofert pozostałych wykonawców, jak i od wartości szacunkowej zamówienia, zasadnym było zatem wyjaśnienie, jakie to obiektywne czynniki czy wyjątkowo korzystne warunki istnieją po stronie ww. wykonawcy, które umożliwiły mu zaoferowanie ceny na znacznie niższym poziomie niż w ofertach jego konkurentów i czy za taką cenę realizacja zamówienia jest możliwa.

Zauważyć należy, że wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym

od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Podkreślić przy tym trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Nie mniej istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych", a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu". Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Przedstawienie dowodów jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że wykonawca Paullonger, powołując się na określone okoliczności mające wpływać na sposób ukształtowania ceny, w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób przekładają się one na tę cenę, jakiego rzędu oszczędności wykonawca Paullonger z tego tytułu generuje. W wyjaśnieniach wskazano na okoliczności takie jak bliskość miejsca realizacji czy posiadane doświadczenie, nie tłumacząc jednak jakie wymierne korzyści one przynoszą. Na podstawie udzielonych wyjaśnień nie sposób ocenić dlaczego ww. okoliczności miałyby uzasadniać stwierdzoną różnicę cenową między ofertami złożonymi w postepowaniu. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że posiadane przez Paullonger doświadczenie miałoby dawać mu istotną przewagę konkurencyjną, skoro pozostali wykonawcy (co wynika z dokumentów załączonych do ofert) wykazali się doświadczeniem większym niż Paullonger na potrzeby pozacenowego kryterium oceny ofert. Równie lakoniczne jest zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenie, że ww. wykonawca posiada część wymaganego oprogramowania aplikacji w swoich zasobach – aczkolwiek element ten może generować pewne oszczędności, to jednak wykonawca Paullonger w ogóle nie wyjaśnił jakie konkretnie mogą to być oszczędności, jakie konkretnie aplikacje posiada i w jaki sposób zamierza wykorzystać je na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasadnicza część wyjaśnień opiera się na dość ogólnych stwierdzeniach, bez przedstawienia konkretnych, wymiernych informacji. Przykładowo wykonawca Paullonger w pkt 5 wyjaśnień dotyczącym filmu dokumentalnego stwierdza, że „ograniczenie liczby etatów do pracy nad filmem pozwala znacząco ograniczyć koszty jego realizacji", jednocześnie nie wskazując ile wobec tego etatów w tym celu założył i jakie oszczędności na tej podstawie uzyskał. Tego rodzaju stwierdzeń w treści wyjaśnień jest wiele, np. w odniesieniu do „Szatni Lajkonika" (pkt 6 wyjaśnień) omawiając określone okoliczności wskazano konkluzje typu „(…) pozwala to znacząco zredukować koszty", „(…) spada ilość roboczogodzin", podobnie w pkt 7 (animacje) też wskazano na zmniejszenie ilości roboczogodzin – zaniechano jednak przedstawienia w treści wyjaśnień informacji konkretnych, niosących za sobą mierzalną wartość. Nie negując faktu, że wskazane przez Przystępującego okoliczności mogą mieć wpływ na cenę, to na gruncie przedstawionych wyjaśnień nie jest możliwe określenie skali tego wpływu na ostateczną cenę oferty. Wskazanie mierzalnych, wymiernych ekonomicznie, wartości ma kluczowe znaczenie, bowiem w przeciwnym razie nie jest możliwe dokonanie rzetelnej oceny czy faktycznie określone okoliczności pozwalały na obniżenie ceny oferty w tak znacznym stopniu, jak miało to miejsce w przedmiotowym przypadku.

Izba ponownie podkreśla, że obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca Paullonger powołując się na okoliczności wpływające na wysokość ceny ani ich nie wykazał, ani nie wytłumaczył konkretnie jak przekładają się one na kalkulację ceny oferty. Jeżeli wykonawca powołuje się na wyjątkowo korzystne dla niego warunki związane z realizacją zamówienia czy inne okoliczności wpływające na obniżenie ceny oferty, to powinien wyjaśnić jakie konkretnie mają one przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny, jaki jest ich realny wpływu na przyjęte koszty realizacji zamówienia. Wykonawca Paullonger nie podał żadnej mierzalnej wartości zakładanych oszczędności ani ich faktycznego wpływu na przyjęte na potrzeby kalkulacji ceny pozycje. Zauważyć należy także, że sam Zamawiający w treści wezwania skierowanego do Paullonger wskazał, iż wykonawca powinien opisać nie tylko istniejące po jego stronie obiektywne czynniki, ale także sposób, w jaki wpłynęły one na obniżenie ceny oferty. Na gruncie przedstawionych wyjaśnień stwierdzenie faktycznego, realnego wpływu przedstawionych w wyjaśnieniach okoliczności na sposób ukształtowania ceny ofert nie jest możliwe. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca Paullonger załączając do wyjaśnień kalkulację cenową nie przedstawił informacji, w jaki sposób podane tam elementy zostały ustalone, z czego one wynikają, zaś sama treść wyjaśnień danych wskazanych w kalkulacji nie omawia, nie odnosi się do poszczególnych kontentów.

Mieć należy ponadto na uwadze, że wyjaśnienia powinny przedstawiać dowody potwierdzające realność ceny, co wynika z treści przepisów i na co Zamawiający kilkukrotnie wskazywał w treści wezwania, tymczasem wykonawca Paullonger nie dochował w tym zakresie należytej staranności i poza prostą kalkulacją stanowiącą jego oświadczenie własne, nie przedstawił żadnych innych środków dowodowych, który mogłyby potwierdzić wiarygodność przedstawionych wyjaśnień, a których złożenie było obiektywnie możliwe. Jak zwrócił uwagę Odwołujący wykonawca Paullonger zamierza w trakcie realizacji korzystać z podwykonawstwa podmiotu, który udostępnił mu zasoby na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie wykonania aplikacji mobilnej, co oznacza, że kalkulując cenę oferty musiał brać pod uwagę ustalenia dokonane z tym podmiotem co do jego wynagrodzenia za realizację tej części zamówienia. W treści wyjaśnień wykonawcy Paullonger brak jest jednak jakichkolwiek informacji w tym zakresie, nie wskazano konkretnego kosztu jaki z tego tytułu przyjęto ani nie przedstawiono dowodów w postaci oferty podmiotu udostępniającego zasoby czy też łączącej wykonawcę Paullonger z tym podmiotem umowy, ewentualnie jakichkolwiek innych dokumentów czy oświadczeń, które potwierdzałyby ustalenia w zakresie przyjętego na potrzeby kalkulacji ceny oferty wynagrodzenia podwykonawcy. Podobnie wykonawca Paullonger powołał się na okoliczność, iż jego „certyfikowany partner wycenił koszt przygotowania audiodeskrypcji na 50 zł netto od 1 min nagranego materiału filmowego", niemniej tych twierdzeń również niczym nie poparł. Za irrelewantne dla dokonanej oceny Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że nie miał on podstaw do żądania od wykonawcy oferty od podmiotu udostepniającego zasoby czy też, że wysokość wynagrodzenia podwykonawcy może być ustalona w drodze nieformalnej, np. na spotkaniu. Zamawiający pomija fakt, iż to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeżeli dany wykonawca wskazuje w treści wyjaśnień, że pewne elementy korzystnie wpływające na cenę wynikają z łączących go z innymi podmiotami relacji albo z innych charakterystycznych dla tego wykonawcy uwarunkowań, to pożądanym jest przedstawienie dowodów uwiarygadniających taką tezę. Ustawa Pzp nie ogranicza w żaden sposób środków dowodowych, jakimi może posłużyć się wykonawca w celu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska - mogą to być środki dowolne, adekwatne dla danego przypadku. Niemniej zaniechanie poparcia wskazanych w treści wyjaśnień okoliczności wpływających na ukształtowanie, w tym obniżenie, ceny oferty jakimikolwiek obiektywnymi dokumentami powoduje, że Zamawiający podczas oceny wyjaśnień dysponuje niczym innym jak wyłącznie gołosłownymi, nieweryfikowalnymi zapewnieniami wykonawcy. Trudno w takiej sytuacji uznać, aby doszło do „wykazania", że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem na obowiązek takiego „wykazania" wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy

Pzp.

W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Paulloneger nastąpiła częściowo w oderwaniu od treści wezwania skierowanego do wykonawcy i obowiązków, jakie tym wezwaniem na wykonawcę Zamawiający nałożył. Jeżeli Zamawiający żądał od wykonawcy wprost wskazania po pierwsze obiektywnych czynników wziętych pod uwagę podczas kalkulacji ceny ofertowej, po drugie sposobu, w jaki wpłynęły one na obniżenie ceny całkowitej oferty, a po trzecie dowodów potwierdzających, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę, to nie sposób uznać za kompletne i wyczerpujące wyjaśnień, które tych dwóch ostatnich elementów nie zawierają.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę, na kwestię rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jak stanowi art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Z koli zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że pomimo, iż art. 537 pkt 2) ustawy Pzp wskazuje na odwrócony ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, to nie uchyla on obowiązywania przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu nie zwalania odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub zamawiającego. Natomiast w ocenie składu orzekającego z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Zdaniem Izby Odwołujący sprostał obowiązkowi przedstawienia wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych podniesionych zarzutów, w treści odwołania odniósł się w sposób szczegółowy do wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Paullonger w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz do konkretnych wartości i kosztów przyjętych w załączonej do wyjaśnień kalkulacji. Niezależnie od podniesienia okoliczności wyżej omówionych, tj. braku wykazania w sposób mierzalny przez wykonawcę Paullonger jak dane obiektywne czynniki przekładają się na cenę oferty oraz braku załączenia jakichkolwiek dowodów, Odwołujący wskazał ponadto na szereg dalszych wątpliwości powstałych na gruncie wyjaśnień Paullonger takich jak: zaniżony koszt audiodeskrypcji przy aplikacji MŻP 1.2, brak uwzględnienia kosztów związanych z zatrudnieniem aktora i przeniesieniem praw autorskich przy aplikacji MŻP 2.1, brak uwzględnienia kosztów pozyskania autorskich praw majątkowych przy aplikacji MŻP 2.3. W odwołaniu podniesiono także wątpliwości w zakresie uwzględnienia przez Paullonger kosztów tłumaczenia na potrzeby aplikacji mobilnej. Ponadto podczas rozprawy Odwołujący przedstawił wydruki z „Banku obrazów" mające potwierdzać koszt pozyskania zdjęć archiwalnych do wystawy.

Do powyższej argumentacji Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani podczas rozprawy w zasadzie nie odniósł się, podczas gdy w świetle szczegółowego przedstawienia podstaw faktycznych stawianych zarzutów przez Odwołującego, ciężar udowodnienia, że oferta wykonawcy Paullonger nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na Zamawiającym, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 537 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający zamiast odnieść się w sposób merytoryczny do argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu starał się akcentować fakt, że twierdzenia Odwołującego stanowią jedynie jego subiektywną ocenę. Stanowisko Zamawiającego ograniczone zostało de facto do stwierdzenia, że przedmiot zamówienia ma twórczy charakter i jego wykonanie (a zatem i koszt) jest zależny od przyjętej przez danego wykonawcę koncepcji. Jakkolwiek zgodzić należy się z tym, że w tym przypadku kalkulacja ceny ofertowej determinowana jest przyjętymi przez wykonawcę założeniami o charakterze twórczym, to nie można tracić z oczu faktu, że opis przedmiotu zamówienia zakreśla szczegółowe ramy, w jakich wykonawcy mają działać i w oparciu o które konstruują oni ofertę. Zauważyć należy, że – w oparciu o tak zakreślone w OPZ ramy – w przedmiotowym postępowaniu aż czterech z sześciu wykonawców wyceniło swoje oferty w granicach ok. 500-600 tys. zł, czyli w granicach kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, co pozwala wnioskować, że ceny kształtujące się na tym poziomie są cenami rynkowymi. Natomiast oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 280 440 zł była prawie o połowę niższa od ww. czterech kolejnych ofert, a na gruncie przedstawionych przez tego wykonawcę wyjaśnień brak jest możliwości ustalenia czy przyjęta przez wykonawcę Paullonger koncepcja realizacji przedmiotu zamówienia była na tyle wyjątkowa, że uzasadniała zaaferowanie ceny tak istotnie odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia i cen pozostałych wykonawców. Treść wyjaśnień Paullonger do twórczego aspektu realizacji zamówienia i przyjętej przez tego wykonawcę koncepcji opracowania kontentów w zasadzie w ogóle się nie odnosi, wobec czego stanowisko Zamawiającego, jakoby na zaoferowaną cenę wpływ miała właśnie przyjęta przez wykonawcę twórcza koncepcja realizacji zamówienia nie znajduje w treści wyjaśnień oparcia. Okoliczność, że przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie były wyczerpujące pośrednio potwierdza fakt, że Zamawiający nie był w stanie w oparciu o nie skutecznie odeprzeć zarzutów stawianych przez Odwołującego. Sam wykonawca Paullonger nie skorzystał zaś z przysługującego mu prawa do obrony swojej oferty i nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba za niewykazane uznała także twierdzenia Zamawiającego, iż na sposób ukształtowania ceny oferty przez Odwołującego miała mieć wpływ zmiana opisu przedmiotu zamówienia dokonana przez Zamawiającego, która dezaktualizować miała także ustaloną wartość szacunkową zamówienia. Zamawiający poza lakonicznym stwierdzeniem w odpowiedzi na odwołanie, że dokonane modyfikacje SIWZ znacząco wpływały na zakres obowiązków wykonawców i zasady dokonania kalkulacji ceny ofertowej oraz były wynikiem ponownego przeanalizowania kwestii pozyskania materiałów źródłowych, nie wyjaśnił szerzej które konkretnie zmiany OPZ miał na myśli i które z dokonanych modyfikacji tak znacząco wpływały na opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie udowodnił także swoich twierdzeń, że gdyby od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT odjąć kwoty przeznaczone na zakup praw autorskich lub koszty pozyskania licencji, to uzyskano by kwotę zbliżoną do zaoferowanej przez wykonawcę Paullonger. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnych konkretnych danych i wartości, nie złożył też dowodów. Ponadto Zamawiający pominął fakt, iż ceny ofert wszystkich wykonawców zostały skalkulowane z uwzględnieniem zmienionego opisu przedmiotu zamówienia, a mimo tego między ofertą wykonawcy Paullonger a ofertami pozostałych wykonawców istniały istotne dysproporcje. W ocenie Izby nie stanowi dostatecznej okoliczności potwierdzającej stanowisko Zamawiającego również fakt, że w poprzednim, unieważnionym postępowaniu oferta Odwołującego opiewała na podobną kwotę jak obecnie oferta Paullonger. Jak wyjaśnił Odwołujący zawierała ona wówczas nieprawidłowości w kalkulacji, na które Odwołujący wskazał Zamawiającemu i nie podjął się realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Zamawiający nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi udowodnienia, że oferta wykonawcy Paullonger nie zawierała rażąco niskiej ceny i odparcia twierdzeń Odwołującego, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wykonawcy Paullonger nie była prawidłowa. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą

konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. Izba wskazuje, iż kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego powoduje, że rolą stron miedzy którymi toczy się spór jest udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Bierność stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zatem kluczowy wpływ na rozstrzygnięcie. Mając na względzie, że Zamawiający nie odniósł się w ogóle do znacznej części stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu, w szczególności tych jego elementów, które wskazywały na istniejące wątpliwości co do uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów dla poszczególnych kontentów, to Izba nie znalazła podstaw, aby twierdzenia Odwołującego w tym zakresie podważyć. Zamawiający nie odparł również argumentacji Odwołującego wskazującej na zaniechanie wyjaśnienia przez wykonawcę Paullonger - pomimo wyartykułowania takiego żądania przez Zamawiającego w treści wezwania - w jaki sposób opisane w treści wyjaśnień obiektywne czynniki faktycznie wpływają na obniżenie zaoferowanej ceny.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:……**