Sygn. akt: KIO 261/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2024 roku przez wykonawcę **MobileMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centrum Łukasiewicz w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy **M.K.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Centrum Łukasiewicz w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawców: M.K. i Poznańskiego Instytutu Technologicznego w Poznaniu i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Centrum Łukasiewicz w Warszawie** – i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **MobileMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Centrum Łukasiewicz w Warszawie** – na rzecz wykonawcy **Mobile MS Spółka z ograniczona odpowiedzialnością w Łodzi** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 261/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Łukasiewicz w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa utrzymania i rozwoju serwisu WWW zbudowanego w oparciu o platformę CMS dla Sieci Badawczej Łukasiewicz.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 stycznia 2024 roku wykonawca MobileMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę – F.M., ul. Jesionowa 2/3, 80-261 Gdańsk (dalej „Foreto" albo „przystępujący"),

2) niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny wyjaśnień RNC złożonych przez Foreto oraz drugiego wykonawcę Sieć Badawcza Łukasiewicz – Poznański Instytut Technologiczny, ul. Ewarysta, Estkowskiego 6, 61-755 Poznań (dalej: „PIT") w trybie art. 224 ustawy P.z.p.;

3) zaniechania odrzucenia oferty Foreto oraz oferty PIT, pomimo że obie oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 239 z zw. z art. 16 ustawy P.z.p., poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Foreto;

2) naruszenie art. 224 w związku z art. 226 ust. pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Foreto wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że cena oferty jest rażąco niską i nie zawiera

żadnych dowodów oraz nie zawiera żadnych wyliczeń ceny – jest jedynie ogólną odpowiedzią bez wskazania jakichkolwiek kosztów realizacji zamówienia. Dodatkowo pismo Foreto nazwane „wyjaśnienia RNC" w żaden sposób nie odpowiada na szczegółowe wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ustawy P.z.p.;

3) naruszenie art. 224 w związku z art. 226 ust. pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez PIT wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że cena oferty jest rażąco niską i nie zawiera żadnych dowodów w zakresie wskazanych tam (ogólnych) wyliczeń. Dodatkowo pismo PIT nazwane „wyjaśnienia RNC" w żaden sposób nie odpowiada na szczegółowe wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny ofert;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) odrzucenie oferty Foreto oraz oferty PIT;

4) ponowną ocenę ofert;

5) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu odwołujący żąda od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest obecnie trzecią w rankingu ofert. Jednakże oferta Foreto oraz druga w kolejności oferta PIT powinny zostać odrzucone z uwagi na RNC, w szczególności braku wykazania cen ofert (w obu ofertach jest brak jakichkolwiek dowodów dotyczących kosztów wykonawców). Dodatkowo w wyniku ww. naruszeń przepisów ustawy P.z.p. może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 lutego 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.M.. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa utrzymania i rozwoju serwisu WWW zbudowanego w oparciu o platformę CMS dla Sieci Badawczej Łukasiewicz.

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27 listopada 2023 roku

Wartość zamówienia bez podatku od towarów i usług wynosi: 442 360,00 zł

Dowód: Wniosek o wszczęcie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert:

1.ComputerSoft Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, cena: 246 000,00 złs
2.FORETO M.K. w Gdańsku, cena: 219 096,52 zł
3.Sieć Badawcza Łukasiewicz – Poznański Instytut Technologiczny w Poznaniu, cena: 362 973,00 zł
4.MobileMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, cena: 380 611,20 zł
5.Ratio Web Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, cena: 393 108,00 zł

Dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 7 grudnia 2023 roku

W dniu 7 grudnia 2023 roku zamawiający poinformował, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 544 102,80 zł brutto.

Dowód: komunikat zamawiającego z dnia 7 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 13 grudnia 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie

zaoferowanej ceny, wskazując, co następuje:

Działając w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty przedłożonej w przedmiotowym postępowaniu.

Cena Państwa oferty wynosi 219 096,52 zł brutto. Wartość arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 333 816,42 zł, a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 544 102,80 zł. Z powyższego jednoznacznie wynika, że cena Państwa oferty jest niższa o 34,37 % od wartości arytmetycznej oraz niższa o 59,73 % od wartości zamówienia.

W związku z powyższym, w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest zaniżona oraz czy umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem należytej staranności bez ponoszenia strat, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, proszę o szczegółowe wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ", w tym w Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz czy zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w poszczególnych etapach, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jego wykonaniu.

W celu wykazania prawidłowej kalkulacji ceny oferty, wskutek niniejszego wezwania należy przekazać wyjaśnienia w zakresie jak wyżej oraz przedłożyć dowody na ich poparcie, które pozwoliły na zaoferowanie ceny wskazanej w ofercie.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, wyjaśnienia, o których mowa powyżej, 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 prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Jednocześnie, zamawiający, zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, żąda wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, w zakresie:

1) 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W wyjaśnieniach wykonawca winien uwzględnić wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, uzasadniając rodzaje i wysokość niezbędnych kosztów realizacji poszczególnych elementów (prac) składających się na przedmiot zamówienia, będących podstawą obliczenia ceny oferty, wraz z informacjami pozwalającymi na jednoznaczne ustalenie, iż za zaoferowaną cenę wykonawca jest w stanie prawidłowo i zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ zrealizować zamówienie.

Wyjaśnienia należy złożyć za pośrednictwem platformy internetowej znajdującej się na stronie internetowej: w terminie do dnia 18 grudnia 2023 r.

Informuję, że:

1) zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy,

2) na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

3) przedłożenie przez wykonawcę jedynie ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów, bądź

brak jakichkolwiek dowodów, może prowadzić do odrzucenia oferty;

4) zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 roku

Analogiczne pismo zamawiający wystosował do wykonawcy PIT, nadając jedynie drugiemu akapitowi następujące brzmienie:

Cena Państwa oferty wynosi 362 973,00 zł brutto. Wartość arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 333 816,42 zł, a wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 544 102,80 zł. Z powyższego jednoznacznie wynika, że cena Państwa oferty jest niższa o 33,29 % od wartości zamówienia.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 18 grudnia 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Odpowiadając na wezwanie do złożenia wyjaśnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp pn. usługa utrzymania i rozwoju serwisu WWW zbudowanego w oparciu o platformę CMS dla Sieci Badawczej Łukasiewicz, nr sprawy: BZP.201.9.2023 oświadczam, że przedstawiona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie przedstawionym w SWZ oraz obejmuje koszty towarzyszące jej wykonaniu w zakresie przedstawionym w SWZ.

Cena oferty nie jest zaniżona oraz umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem należytej staranności bez ponoszenia strat, na dowód przedstawiając poniższe oświadczenia:

1. Wskazuję, że przewidywany zysk po odjęciu kosztu wynagrodzenia pracowników i kosztów dodatkowych to 18% wartości kwoty projektu.

2. Jako organizacja stosujemy czynniki mające wpływ na optymalizację czasu pracy, a tym samym kosztów. FORETO M.K. to firma technologiczna działająca na rynku IT nieprzerwanie od 2014 roku i stale realizująca projekty z zakresu projektowania graficznego i programowania, w tym aplikacji, wypracowaliśmy własny system zarządzania procesem produkcji

W głównej mierze dotyczy się on:

- prac deweloperskich wykonywanych z wykorzystaniem repozytorium,

- wewnętrznych procedur dot. jakości,

- istniejących już scenariuszy testowych,

- korzystania z najwyższej klasy oprogramowania,

- posiadania najnowszej wiedzy szkoleniowej z dziedzin projektowania graficznego i IT.

Korzystamy z narzędzi optymalizujących czas pracy grafików, programistów i Project Managerów w ramach harmonogramów (Jira, Productive). Posiadamy także procedury dotyczące przeprowadzenia szkoleń klientów, wzory dokumentacji powykonawczej, pracy w ramach abonamentów czy usług utrzymania.

Posiadamy doświadczony zespół. Osoby zatrudnione w F.M., a wyznaczone do realizacji dzieła, posiadają doświadczenie w realizacji podobnych projektów minimum 5+ lat.

3. Wszystkie osoby zatrudnione w F.M. otrzymują wynagrodzenie wyższe niż minimalne wynagrodzenie o pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Zatrudnienie wszystkich pracowników w firmie F.M. odbywa się z poszanowaniem przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

4. Przedstawiona oferta uwzględnia przeniesienie praw autorskich do dzieła na wszystkich polach eksploatacji oraz świadczenie gwarancji zgodnie z opisem SWZ. Firma F.M. z pracownikami zawiera odrębne umowy dotyczące przekazania praw autorskich. Zgodnie z ich treścią prawa autorskie do dzieł wytworzonych przez pracownika w ramach stosunku pracy przenoszone są na firmę F.M.. Następnie, zgodnie z zapisami umowy dotyczącej dzieła, firma F.M. przeniesie na Zamawiającego pełnię przysługujących mu autorskich praw majątkowych do dzieła oraz wyłączne prawo

zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich do wyników prac powstałych w związku z realizacją przedmiotu umowy. Majątkowe prawa autorskie przeniesione zostaną na wszystkich polach eksploatacji znanych w dniu zawierania umowy, bez żadnych ograniczeń czasowych lub terytorialnych, w tym w szczególności:

• w zakresie utrwalania i zwielokrotniania – wszelką techniką, w szczególności cyfrową i drukarską, na wszelkich nośnikach informacji oraz wprowadzenia do pamięci komputera

• w zakresie rozpowszechniania dzieła – w formie drukowanej lub cyfrowej, w dowolnej liczbie egzemplarzy oraz udostępnianie w zamkniętych sieciach informatycznych lub o ograniczonym dostępie.

5. Dodatkowo, posiadamy doświadczenie w wykonywaniu podobnych prac dla szeregu firm prywatnych oraz publicznych. Wycena została przygotowana na podstawie SWZ oraz specyfiki realizacji podobnych projektów. Na dowód załączamy referencje udzielone przez Muzeum Powstania Warszawskiego, zatrudniającą setki pracowników firmę INVESTA czy Polskiego Związku Koszykówki. Biorąc pod uwagę powyższe, nie można wskazać, że przedstawiona przez firmę FORETO oferta przedstawia rażąco niską cenę. Biorąc pod uwagę specyfikę prac oraz wymagania SWZ szacowana wartość zamówienia (544 102,80 złotych brutto) jest aż nadto wysoka i zawiera w sobie stawkę powyżej rynkowej.

Zgłaszamy gotowość w realizacji prac dla Centrum Łukasiewicz w zakresie przedmiotu zamówienia z poszanowaniem dobrych praktyk w pracy IT oraz jakości dostarczanych usług.

W razie jakichkolwiek dodatkowych pytań pozostaję do dyspozycji.

Do pisma zostały dołączone referencje wystawione przez: Muzeum Powstania Warszawskiego w Warszawie, Polski Związek Koszykówki w Warszawie, Investa Sp. z o.o. w Pruszczu Gdańskim.

Dowód: pismo przystępującego z dnia 18 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 18 grudnia 2023 roku wykonawca Poznański Instytut Technologiczny w Poznaniu udzielił następującej odpowiedzi:

W imieniu Sieć Badawcza Łukasiewicz – Poznański Instytut Technologiczny oświadczam, że zaproponowana przez nas cena oferty w przedmiotowym przetargu nie jest zaniżona oraz umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem należytej staranności bez ponoszenia strat, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Nasza oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ", w tym w Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w poszczególnych etapach, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jego wykonaniu.

Jako dowód przedstawiamy uproszczoną kalkulację, w której przyjęte zostały następujące założenia:

1. Przez cały czas trwania zamówienia utrzymaniu podlegać będą 23 portale (zgodnie z zapisami w OPZ 3 serwisy już działające, 5 będących w trakcie uruchomienia do końca br. oraz 15 kolejnych nowych portali uruchomionych w ramach opcjonalnych usług rozwojowych). Jest to maksymalnie niekorzystna z punktu widzenia obciążenia pracą sytuacja.

2. Czas trwania umowy 12 miesięcy kalendarzowych obejmujący 262 dni robocze (dla roku 2024).

3. Wszystkie prace wykonuje doświadczony i samodzielny pracownik o kompetencjach wymaganych dla danego charakteru pracy

4. W zakresie zamówienia w części podstawowej obejmującej usługi utrzymania zidentyfikowaliśmy cztery podgrupy zadań z uwagi na wymagane różne kompetencje, są to:

a. Administracja stron www w zakładanej pracochłonności 4 dni roboczych w miesiącu co daje 48 dni roboczych w projekcie.

b. Wsparcie i konsultacje dla użytkowników w zakresie użytkowania systemu w zakładanej pracochłonności 0,2 roboczego na każdy z 23 utrzymywanych portali miesięcznie co daje łącznie 55,2 dnia roboczego w skali projektu.

c. Administracja środowiskiem serwerowym w zakładanej pracochłonności 0,2 roboczego na każdy z 23 utrzymywanych portali miesięcznie co daje łącznie 55,2 dnia roboczego w skali projektu.

d. Helpdesk (obsługa administracyjna zgłoszeń, przygotowywanie raportów, zarządzanie projektem) w zakładanej pracochłonności 3 dni roboczych w miesiącu co daje 36 dni roboczych w projekcie.

5. W zakresie zamówienia w części opcjonalnej obejmującej usługi rozwoju przyjęliśmy wymaganą przez

Zamawiającego pulę 800 godzin roboczych.

6. Średnie wynagrodzenie pracowników realizujących wszystkie zadania w projekcie wynosi 8 tys. zł brutto, które po uwzględnieniu narzutów na wynagrodzenia leżących po stronie pracodawcy oraz kosztów pośrednich daje całkowity koszt etatu w wysokości ok. 18 182 zł.

Przy założeniu przeciętnie 20 dni roboczych w miesiącu wartość wynagrodzenia pracownika brutto za dzień roboczy wynosi 400 zł a całkowity koszty jednego dnia roboczego etatu kwotę ok 909 zł.

7. Kalkulacja zakłada 3% błąd odchylenia standardowego.

8. Zamówienie w części podstawowej jest skalkulowane z 10% marżą a w części opcjonalnej uwzględnia marżę 1 zł na każdej roboczogodzinie.

Biorąc pod uwagę powyższe w części :

1. podstawowej zamówienia skalkulowaliśmy łącznie 194,4 dni roboczych które po uwzględnieniu: przyjętego w założeniach średniego wynagrodzenia, obwiązujących u nas zasad naliczania kosztów pośrednich i narzutów oraz założonego zysku daje stawkę ok. 1010 zł za każdy dzień roboczy. A po uwzględnieniu zakładanego błędu szacowania i zaokrągleniu do pełnych 100 zł otrzymujemy wartość netto tej części zamówienia w kwocie 203 100 zł a po uwzględnieniu 23% podatku VAT kwotę brutto 249 813 zł. w części opcjonalnej jako niegwarantowanej w kalkulacji niewielki zysk w wysokości 1 zł za każdą godzinę roboczą stąd wartość stawki roboczogodziny po zaokrągleniu do pełnego złotego wyniosła netto 115 zł.

Potwierdzam, że osoby, które będą wykonywać przedmiotowy zakres usług są zatrudnione zgodnie z obowiązującym prawem pracy (na podstawie umowy o pracę), a wartość ich wynagrodzenia jest wyższa od ustawowo przyjętego minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Dowód: pismo PIT z dnia 18 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 15 stycznia 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty M.K. jako oferty najkorzystniejszej.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 15 stycznia 2024 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl ust. 6, 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. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że uznał złożone wyjaśnienie za wiarygodne, m.in. na podstawie wykonanej wewnętrznie kalkulacji. Zamawiający powołał się na raport płacowy firma HAYS Poland Sp. z o.o. za 2024 rok. Z raportu wynika, że średni koszt wynagrodzenia PHP developera zatrudnionego na cały etat to kwota 14 000 zł brutto. Jest to rola najbliższa roli specjalisty o kompetencjach do konfiguracji i rozwoju popularnego systemu Wordpress, w oparciu, o który zbudowany jest portal Sieci Badawczej Łukasiewicz.

Zamawiający w oparciu o sporządzoną kalkulację stwierdził, że koszt pracownika udostępnianego w formie usługi IT wynosiłby 1257,88 zł brutto (23% VAT), tymczasem w swojej ofercie przystępujący zaproponował stawkę 1323,52 zł brutto, co pozwala zakładać, że wykonawca ten przewiduje dodatkowy (poza kosztami ogólnego zarządu i marżą) margines na koszty, które mogą mieć miejsce podczas realizacji przedmiotu zamówienia, w tym wyższe koszty wynagrodzenia swoich pracowników.

Odnosząc się do oferty wykonawcy PIT zamawiający wskazał, że również cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca PIT w wyjaśnieniu przedstawił kalkulację dotyczące wynagrodzenia pracowników, wskazał także skalkulowaną marżę w wysokości 10% wynagrodzenia. W opinii zamawiającego wykonawca w treści pisma wyczerpująco wyjaśnił, iż jest w stanie wykonać zadanie zgodnie z warunkami zamówienia oraz osiągnąć zysk. Ponadto, zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcy PIT jest marginalnie niższa od ceny oferty złożonej przez odwołującego. Cena brutto oferty wykonawcy PIT wynosi 362 973,00 zł, natomiast cena oferty odwołującego wynosi 380 611,20 zł. A zatem różnica pomiędzy cenami ofert wykonawców wynosi c.a. 5 %.

W ocenie Izby argumentacja zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy P.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei, w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z art. 537 ustawy P.z.p., 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.

Z powyższego wynika, że w rozpoznawanym przypadku ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w postępowaniu odwoławczym, spoczywał na przystępującym, zaś w przypadku wykonawcy PIT – na tym wykonawcy (w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) oraz na zamawiającym (w postępowaniu odwoławczym). Wykonawca PIT nie przystąpił bowiem do postępowania odwoławczego i nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Tym samym brak jest podstaw do uznania działania zamawiającego za prawidłowe. Zamawiający, wbrew dyspozycji zawartych w art. 224 ust. 5 i 537 ustawy P.z.p., przejął na siebie ciężar dowodzenia, iż cena zaoferowana przez przystępującego nie jest rażąco niska. Ponadto zamawiający dokonał analizy ceny zaoferowanej przez przystępującego, przyjmując założenia, które nie były zawarte w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach. Wskazać należy, że zamawiający, poza zaoferowaną ceną i zyskiem określonym na poziomie 18%, nie dysponował żadnymi danymi, które mógłby przyjąć do dokonanej analizy. Dokonana przez niego analiza jest zatem oparta na założeniach czysto hipotetycznych.

W ocenie Izby, treść wyjaśnień ceny złożonych przez przystępującego oraz wykonawcę PIT w dniu 18 grudnia 2023 r. nie wykazuje, by ich oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odpowiedzi udzielone przez przystępującego i wykonawcę PIT są lakoniczne, ogólnikowe, a tym samym w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej przez te podmioty ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał jako jedyną konkretną wartość wysokość założonego zysku (18%). Przystępujący nie wskazał żadnych innych wartości, w tym w szczególności nie podał wysokości wynagrodzeń członków zespołu mającego realizować przedmiotowe zamówienie. Przystępujący nie przedstawił dowodów uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny. Za takowe nie można poczytać referencji złożonych przez przystępującego.

Wykonawca PIT wskazał pewne założenia, niemniej jednak nie zostały one poparte żadnymi dowodami, pozwalającymi na zweryfikowanie prawdziwości i zasadności przyjętych wyjaśnień.

Podkreślenia wymaga, iż ciężar dowodu oznacza, że składane wyjaśnienia nie mogą ograniczać się do deklaracji wykonawcy co do poziomu ponoszonych przez niego kosztów, ale powinny zmierzać do wykazania, że koszty te zostały oszacowane rzetelnie i na rynkowym poziomie oraz odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia. Wykonawca wezwany do wyjaśnień zobowiązany jest również do przedstawienia – bezpośrednio, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., dowodów potwierdzających ponoszone przez niego koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby jest okoliczność, że ceny wskazane w ofercie wykonawcy PIT i ofercie odwołującego nie odbiegają od siebie w znaczący sposób. Podkreślenia wymaga, że w sytuacji, w której zachodzą podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ocena, czy zaoferowana cena nosi znamiona rażąco niskiej, może opierać się wyłącznie na złożonych wyjaśnieniach. Wskazać należy, że nawet w sytuacji, w której zaoferowane ceny są do siebie zbliżone, możliwa jest sytuacja, że tylko jedna z nich jest rażąco niska. Każdy wykonawca kalkuluje bowiem cenę w warunkach właściwych dla niego i warunki te mogą być korzystniejsze niż u innego wykonawcy.

Izba zauważa, że w wystosowanym do obu wykonawców wezwaniu zamawiający podkreślił, że wymaga

wyjaśnień w zakresie:

1) 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, natomiast wykonawca PIT zrobił to w sposób niewystarczający. W tym zakresie wykonawcy również nie przedłożyli żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy pracownicy dopiero mają być zatrudnieni – złożone oferty. Nie wiadomo zatem, czy wykonawcy gwarantują pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie, a także czy realizują obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą na tle uprzednio obowiązującego art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., które pozostaje aktualne również na tle aktualnie obowiązującego brzmienia przepisu art. 224 ustawy P.z.p. z 2019 r., m.in. w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17, zgodnie z którym „To na wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi dowodami, co wynika z zacytowanego wyżej art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 9339 ze zm.)". Analogicznie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 października 2016 r. KIO 1903/16: "Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tej. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……