

Sygn. akt: KIO 1334/19

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Fabrycznej 20A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Narodowe w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 3;**

przy udziale:

- A. wykonawcy **MobileMS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Chochoła 23**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **MEDWAY Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Chartowo 5**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Fabrycznej 20A** 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 **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Fabrycznej 20A** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Fabrycznej 20A** na rzecz zamawiającego **Muzeum Narodowego w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 3** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Muzeum Narodowe w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 3 (dalej: „Zamawiający” lub „Muzeum”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Stworzenie serwisu internetowego wraz z oprogramowaniem do publikacji obiektów z wewnętrznego systemu - stworzenie lub dostosowanie oprogramowania wraz z wdrożeniem w ramach projektu pn. „Otwarte Narodowe. Digitalizacja i udostępnienie zbiorów Muzeum Narodowego w Warszawie” realizowanego z dofinansowania z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa w ramach działania 2.3 „Cyfrowa dostępność i użyteczność informacji sektora publicznego” poddziałanie 2.3.2 „Cyfrowe udostępnienie zasobów kultury”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 kwietnia 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 537144-N-2019.

W dniu 10 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Fabrycznej 20a (dalej: „Odwołujący” lub „New Amsterdam”) o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznała ofertę wykonawcy MEDWAY Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Chartowo 5.

W dniu 15 lipca 2019 r. wykonawca New Amsterdam wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań Zamawiającego zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co wedle Zamawiającego potwierdziły złożone wyjaśnienia, a zwłaszcza kalkulacja kosztów, podczas gdy:

- po pierwsze, Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, będące w przeważającej mierze przywołaniem dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, kierując się jego treścią, udzielił stosownej odpowiedzi, wyjaśniając powody dla których cena wskazana w ofercie została skalkulowana w podanej wysokości,
 - po drugie, wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących przyczyn zaoferowania ceny, która została uznana za rażąco niską zostało sformułowane na dużym stopniu ogólności, sprowadzając się w istocie do powtórzenia formuły ustawy, tj. przepisu art. 90 ust. 1 punkt 1 – 3 Pzp, co spowodowało, że Odwołujący nie znał oczekiwań Zamawiającego w interesującym zakresie i udzielając wyjaśnień był zmuszony do samodzielnego wyboru kwestii, które zostały uszczegółowione.
2. Naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sytuacji, gdy wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny budziły wątpliwości Zamawiającego, co może być obiektywnie uzasadnione założywszy, że Zamawiający nie doprecyzował w wezwaniu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakich okoliczności mają dotyczyć te wyjaśnienia.

Wykonawca New Amsterdam wnosił o:

- uwzględnienie odwołania,
- dopuszczenie dowodów z Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”, protokołu postępowania oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy New Amsterdam,
- nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdyby zarzut 2 okazał się trafny.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca New Amsterdam wyjaśniał m. in., że w dniu 10 lipca 2019 r. powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu jego oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Z uzasadnienia tej decyzji wynikało, że Zamawiający nie uznał wyjaśnień Odwołującego za wystarczające do obalenia domniemania cechy rażącej niskiej ceny podając między innymi, że niewystarczająca w tej mierze była kalkulacja, którą Zamawiający analizował. Odwołujący wskazywał, że w sytuacji faktycznej i ustawowej nierówności stron Zamawiający postępujący zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, przejrzystości i obiektywizmu powinien był sprecyzować na czym polegają jego wątpliwości w odniesieniu do zaoferowanej ceny lub kosztu i dlaczego wydają się one (to jest cena lub koszt) rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego jakkolwiek, brak precyzji w tej materii, skutkujący przyznaniem Zamawiającemu możliwości podjęcia dyskrecjonalnej w istocie i arbitralnej decyzji nie może odnosić negatywnych skutków dla wykonawcy, składającego wyjaśnienia.

Wykonawca New Amsterdam zwracał uwagę na treść wezwania z dnia 31 maja 2019 r. Twierdził, że w pierwszym, najobszerniejszym akapicie Zamawiający wskazując na okoliczność, iż cena oferty wykonawcy jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług i żądając wyjaśnień posłużył się cytatem z przepisu artykułu 90 ust. 1 ustawy. Zdaniem Odwołującego w treści wezwania Zamawiający pozwolił sobie na użycie ogólników i rozszerzeń w rodzaju „w szczególności”, „itp.” i „inne”. W opinii Odwołującego taki sposób formułowania żądań utrudnia, a wręcz uniemożliwia precyzję. Odwołujący wskazywał, że w prawdzie to wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że cena jest stosowna, nie zaniżona, ciąży na nim bowiem w tym zakresie ciężar dowodu, jednakże musi on wiedzieć który element ceny lub dlaczego cena wzbudza wątpliwość Zamawiającego. Ciężar precyzji spoczywa wówczas na Zamawiającym, który tak powinien sformułować pytanie, czy też zasygnalizować wątpliwość, aby wykonawca wiedział na co odpowiedzieć i co wytłumaczyć. Innymi słowy Zamawiający może oczekiwać tak precyzyjnej odpowiedzi, jak precyzyjne jest jego wystąpienie w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Następnie wykonawca New Amsterdam wyjaśniał, że decydując się na odrzucenie oferty Zamawiający powinien zważyć, że zasadą jest ważność oferty lub prawidłowość obliczenia ceny, czego dokonuje wykonawca kierujący się swoim interesem, przy założeniu i wymaganiu należytej staranności, wyjątkową zaś sytuacją jest odrzucenie oferty. Z taką też starannością powinien postępować Zamawiający. Muzeum bowiem oczekuje wyjaśnienia swoich wątpliwości, które powinny mieć charakter zobiektywizowany i wyartykułowany, a żeby je rozwiać powinien zadać wykonawcy możliwie

jednoznaczne pytania, a przynajmniej wskazać, które z elementów cenotwórczych pozostają w obszarze jego wątpliwości i zainteresowania. Nie ułatwia przy tym sprawy używanie rozszerzeń przyjmujących formę frazy „w tym” - w odniesieniu do rodzaju wyjaśnień, „w szczególności”, którego Zamawiający użył w odniesieniu do kosztów realizacji zamówienia, kosztów narzędzi, kosztów ogólnozakładowych - przykładowo wymienionych jako koszty zarządu (niejasne czy chodzi o wynagrodzenie członków zarządu, czy czynności zarządczych, jeżeli to to ostatnie, to co jest przedmiotem zarządu) z kolejnym rozszerzeniem: „itp.”, kosztów ryzyk i innych. W opinii Odwołującego taki sposób sformułowania żądania wyjaśnień sugeruje, że wykonawca jest uprawniony do wybrania kwestii na które udzielił odpowiedzi. Odwołujący twierdził, że udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania tak precyzyjnie - jak precyzyjnie je zadał Zamawiający.

Kolejno Odwołujący odnosił się do kwestii oszczędności metody wykonania zamówienia wskazując, że wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie czynników mających znaczenie w postępowaniu, tłumacząc dlaczego w oparciu o argument i twierdzenie o stałym dysponowaniu określoną, w tym wymaganą, ilością pracowników nie musi ponosić dodatkowych kosztów. Szczegółowe wyjaśnienia zawiera pismo z dnia 6 czerwca 2019 r. Wykonawca New Amsterdam tłumaczył, że zatrudnia taką ilość osób, która umożliwia jemu dysponowanie nimi podczas różnych, a realizowanych równoległe przedsięwzięć. Koszty zatrudnienia osób przeznaczonych do realizacji zamówienia nie zwiększą się, bowiem otrzymują one takie samo wynagrodzenie, niezależnie od tego czy zamówienie będzie realizowane, czy nie. Ilość realizowanych przedsięwzięć, rozmiar prowadzonej działalności oraz czas jej prowadzenia w sposób oczywisty sprawiają, że koniecznym jest prowadzenie biura wraz obsługą, których koszty są stałe niezależnie od ilości realizowanych zadań; ta kwestia została również wyjaśniona w odpowiedzi na wezwanie, przy czym stopień szczegółowości przewyższał odpowiedni stopień wystąpienia Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego sposobem na oszczędność metody wykonania zamówienia charakteryzowanym w wyjaśnieniach jest dysponowanie gotowymi, wcześniej opracowanymi, wdrożonymi i sprawdzonymi mechanizmami zarządzania treścią, których wykonawca nie będzie musiał zakupywać względnie tworzyć. Istotnym czynnikiem umożliwiającym czynienie oszczędności jest dofinansowanie w ramach programów unijnych, co zostało zawarte również w piśmie wyjaśniającym wątpliwości Zamawiającego. Również kwestia infrastruktury, mającej znaczenie dla kosztów realizacji zamówienia została wyjaśniona przez wykonawcę w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r.

Kolejno Odwołujący wskazywał, że do pisma z dnia 6 czerwca 2019 roku załączył w formie tabeli wykaz pozycji składających się na końcową cenę, w których ujęto poszczególne

pozycje łącznie tworzące cenę oferty; wymieniono wartość systemu CMS, (licencje i dostosowanie gotowych modułów i funkcjonalności do wymagań Zamawiającego), obsługi gwarancji, serwisu internetowego, wdrożenia i infrastruktury technicznej. Odwołujący wskazał, że rozwiązania już istniejące i pozostające w jego dyspozycji pozwolą na redukcję pracochłonności do poziomu około 460 godzin roboczych - ich „przeniesienie” na czynności integracji i dostosowania. Pomimo przedstawienia takiego wyliczenia Zamawiający po pierwsze stwierdził, że cena oferty jest rażąco niska, po drugie zaś, że wykonawca nie przewidział zysku z realizacji umowy - ostatni wniosek jest niczym nie poparty, wydaje się, że opiera się wyłącznie na zsumowaniu poszczególnych pozycji z tabeli i uznania że jest to tabela kosztowa a nie cennik. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający formułując pismo z dnia 31 maja 2019 r., nie pytał w nim wykonawcy o zysk (marżę). Wobec tego wykonawca New Amsterdam stwierdził, że dalsza część uzasadnienia o odrzuceniu oferty stanowi spekulacje Zamawiającego względem realności wykonania zamówienia. Otóż Zamawiający twierdził, że „nawet niewielki wzrost założonych kosztów oznaczać będzie, że wykonawca może nie być w stanie spełnić świadczenia”. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wyjaśnił przy tym na czym opiera takowe założenie, co ma istotne znaczenie, gdyż dalej stwierdził, że „Zarazem należy uznać, że prawdopodobieństwo takiej sytuacji jest bardzo wysokie, a wręcz graniczy z pewnością, gdyż Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji całego szeregu kosztów koniecznych, aby wykonać należycie umowę”.

Odwołujący uznawał, że sposób sformułowania wezwania do złożenia wyjaśnień był na tyle nieprecyzyjny, że odpowiedź wykonawcy, o ile nie wyjaśniała konkretnych wątpliwości wykonawcy powinna była skłonić Zamawiającego do skorzystania z możliwości ponownego zapytania w trybie artykułu 87 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy, czego Zamawiający nie uczynił, pozbawiając wykonawcę szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołujący stwierdził, że pytania, o ile byłyby zadane powinny były wskazywać konkretne kwestie do wyjaśnienia, w szczególności kwestię zysku - z zachowaniem praw wykonawcy regulowanych przepisami o tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśniał m. in., że niesporne jest w sprawie, że Zamawiający, ze względu na znaczne odstępstwo ceny oferty Odwołującego względem wartości zamówienia, miał obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający podnosił, że opis przedmiotu zamówienia, będący podstawą

wyceny oferty stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Jest bardzo obszerny i dokładnie określa zakres świadczenia. Uzupełnia go wzór umowy, zawierający dodatkowo wymagania dotyczące gwarancji i usług optymalizacyjnych. Zamawiający określił, że wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien dysponować różnymi specjalistami z zakresu IT (5 osób), a dodatkowo, doświadczenie niektórych z nich, oceniał w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający uznał tym samym, że wykonawca, który skieruje do realizacji zamówienia zespół doświadczonych inżynierów może mieć wyższe koszty prowadzenia działalności, które jednakże zaprocentują lepszą jakością prac.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący złożył ofertę z najdłuższym terminem gwarancji (11 miesięcy dłuższym, niż wszyscy pozostali wykonawcy), a do realizacji zamówienia założył zaangażowanie bardzo doświadczonych osób (tylko jeden wykonawca był pod tym względem lepszy). Jednocześnie pozostawał wyraźnie tańszy od całej konkurencji (drugi w kolejności wykonawca jest o ponad 15% droższy, natomiast większość firm zaoferowało cenę wynoszącą o ok. 600 tys. zł netto lub więcej). Zamawiający podnosił, że miał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, co uczynił za pismem z dnia 31.05.2019 r. Wezwanie odpowiadało treści ww. przepisu (czyli realizowało minimum ustawowe), a ponadto Zamawiający wskazał w nim czego dodatkowo oczekuje od wykonawcy, tj. wykazania (w formie kalkulacji popartej dowodami), iż wykonawca uwzględnił w kosztach realizacji zamówienia w szczególności koszty zatrudnienia osób co najmniej o takich kompetencjach i liczbie jak wynika z SIWZ (z przypisaniem czasu ich pracy na potrzeby projektu), koszty narzędzi (stosownych licencji - jeśli są wymagane do realizacji zamówienia i sprzętu), koszty ogólnozakładowe (zarządu, organizacji biura itp.), koszty ryzyk i inne. Kalkulacja powinna uwzględniać także koszty związane z gwarancją (świadczoną na warunkach umowy) oraz optymalizacją funkcjonowania portalu.

Zamawiający podnosił, iż wezwanie nie było lakoniczne i nieprecyzyjne czy też mało konkretne. Zamawiający twierdził, że nie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą formularza cenowego lub innych podobnych opracowań rozbijających cenę łączną na mniejsze pozycje. W ofercie należało wskazać jedną kwotę obejmującą cały zakres umowy. W związku z powyższym domaganie się przez Odwołującego, aby Zamawiający wskazał dokładnie „który element ceny wzbudza wątpliwości” nie koresponduje z treścią dokumentacji postępowania. Zamawiający stwierdził, że nie był w stanie określić gdzie ewentualnie wykonawca zaniżył koszty, dlatego w ramach wyjaśnień wezwał do przedłożenia kalkulacji specyfikującej główne czynniki cenotwórcze, pozostawiając wykonawcy równy tydzień dla udzielenie odpowiedzi.

Zamawiający podkreślał, że wykonawca, pomimo że dwukrotnie przesyłał wyjaśnienia, nie wspominał nawet, iż cokolwiek pozostaje dla niego niezrozumiałe, tudzież nie zna oczekiwań Zamawiającego. W określonym terminie Odwołujący przesłał dwie wersje wyjaśnień, wskazując na drugą jako właściwą. Zamawiający wskazywał, że porównując otrzymane pismo z treścią wezwania już na pierwszy rzut oka widział, że wykonawca praktycznie w ogóle nie zrealizował postulatów Zamawiającego przedstawionych w wezwaniu. Raził nie tylko brak jakichkolwiek dowodów, ale przede wszystkim ogólnikowość tłumaczenia i lakoniczność kalkulacji.

W opinii Zamawiającego Odwołujący przedstawił głównie okoliczności, których nie sposób uznać za wskazujące na jakąkolwiek jego przewagę nad konkurencją, przynależne de facto każdemu przedsiębiorcy. Wskazał, że zatrudnia ludzi zarówno na umowę o pracę jak i na zasadzie B2B lub o dzieło (nie precyzując gdzie widzi oszczędności w takim modelu, a wręcz wydaje się, że skoro większość ma na etacie, to jego koszty stałe działalności są wysokie). Stwierdził, że utrzymuje zespół „obsługujący działania zarządcze o różnym stopniu skomplikowania jak również obsługę sekretariatu” (choć tego kosztu nie uwzględnił w kalkulacji), co także wydaje się być właściwe każdej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością i trudno upatrywać w tym jakichkolwiek oszczędności.

Zamawiający wyjaśniał, że w „bardziej szczegółowej” części wyjaśnień (pkt 4 i 5) Odwołujący powoływał się na wcześniej opracowane, wdrożone i pozytywnie sprawdzone mechanizmy w zakresie systemu zarządzania treścią. Podnosił, że dysponuje już narzędziami, które nadają się do zastosowania przy realizacji zamówienia oraz wskazuje na własną infrastrukturę funkcjonującą w modelu chmury. Analizując tę część odpowiedzi Zamawiający stwierdził przede wszystkim, że Odwołujący nie podał żadnych konkretnych informacji pozwalających zweryfikować informacje o posiadanych narzędziach i wypracowanych mechanizmach. Odwołujący ograniczył się do bardzo ogólnych twierdzeń, nie tylko nie popartych dowodami, ale nawet nie pozwalających zidentyfikować jakie rozwiązania ma na myśli. Wreszcie Odwołujący w najmniejszym stopniu nie wyjaśnił jakie oszczędności wiążą się z wykorzystaniem tego rodzaju, rzekomo wypracowanych wcześniej modeli. Zatem nawet gdyby pozwalały ograniczyć koszty, to pozostawało niejasne w jakim stopniu.

Zamawiający stwierdził, że w rezultacie wyjaśnienia ani tabela w najmniejszym stopniu nie mogły przekonać Zamawiającego, że cena oferty nie jest rażąco niska, a wręcz odwrotnie, wskazywały na nonszalancję wykonawcy w kalkulowaniu tej ceny, co rodziło obawę o należyte wykonanie umowy. Ponadto Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy New

Amsterdam nie zawierały żadnych dowodów, były ogólnikowe, powierzchowne, nie korespondowały z wezwaniem Zamawiającego, a kalkulacja kosztów nie uwzględniała oczywistych pozycji, które wynikały z opisu przedmiotu zamówienia (optymalizacja funkcjonalności), de facto stanowiąc dowód, iż cena jest rażąco niska. Zamawiający zmuszony był więc odrzucić ofertę Odwołującego na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

Co się zaś tyczy zaniechania wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że żaden przepis nie zobowiązuje Zamawiającego do podjęcia takiej inicjatywy. Zamawiający stał na stanowisku, że takie wezwanie należy traktować w kategoriach wyjątku od reguły jednokrotności wyjaśnień i operować nim bardzo ostrożnie, aby nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania i przejrzystości. W niniejszej sprawie Zamawiający nie uznał za dozwolone ani zasadne kierowania kolejnych wezwań, gdyż w istocie odpowiedź na nie byłaby niedozwoloną konwalidacją wyjaśnień.

Zamawiający wyjaśniał, że w piśmiennictwie przyjmuje się, że jeżeli wyjaśnienia są zasadniczo wyczerpujące, ale należałoby je doprecyzować, to należy kontynuować procedurę przedstawiania wyjaśnień i dowodów. Trzeba jednak pamiętać, iż jest to możliwe jedynie w celu wyjaśnienia dodatkowych kwestii. Pierwotnie złożone wyjaśnienia i dowody muszą być przekonujące, aby spełniły swoją funkcję. Nie jest dopuszczalne skierowanie kolejnego wezwania w tym samym zakresie. Dodatkowo Zamawiający zaznaczał, że wezwanie Odwołującego nie mogło mieć zatem miejsca, bo stanowiłoby próbę „ratowania” oferty, w sytuacji gdy wykonawca złożył wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami.

Zamawiający podkreślał, że wykonawca ma przecież obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie Zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty, dlatego zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp również jego zdaniem nie mógł się ostać.

W toku niejawnego posiedzenia Izby w dniu 30 lipca 2019 r. pismo procesowe złożył wykonawca MobileMS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Chochoła 23 (dalej: „Przystępujący lub „MobileMS”). W treści pisma wykonawca MobileMS wnosił o oddalenie odwołania a następnie przedstawił stosowną argumentację na poparcie prezentowanego stanowiska.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego, złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W ramach prowadzonego postępowania oferty z cenami brutto złożyli następujący wykonawcy:

1. Odwołujący	- 378.500,00 zł.
2. MEDWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu	- 438.780,00 zł.
3. Bprog z siedzibą w Ząbkach	- 720.780,00 zł.
4. Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu	- 734.064,00 zł.
5. Przystępujący	- 735.540,00 zł.
6. IT4P Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie	- 843.952,20 zł.
7. Inovatica Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi	- 1.029.473,10 zł.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że Zamawiający, ze względu na znaczne odstępstwo ceny oferty Odwołującego względem wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. o ponad 30% miał obowiązek wezwania Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Wobec tego Izba ustaliła, że pismem z dnia 31 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy do złożenia wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów, celem wykazania, iż cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. W piśmie oprócz przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający dodatkowo podał: „Zamawiający oczekuje wykazania (w formie kalkulacji popartej dowodami), iż wykonawca uwzględnił w kosztach realizacji zamówienia w szczególności koszty zatrudnienia osób co najmniej o takich kompetencjach i liczbie jak wynika z SIWZ (z przypisaniem czasu ich pracy na potrzeby projektu), koszty narzędzi (stosownych licencji - jeśli są wymagane do realizacji zamówienia i sprzętu), koszty ogólnozakładowe (zarządu, organizacji biura itp.), koszty ryzyk i inne. Kalkulacja powinna uwzględniać także koszty związane z gwarancją (świadczoną na warunkach umowy) oraz optymalizacją funkcjonowania portalu”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący dwukrotnie przysyłał wyjaśnienia w sprawie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. Nie było sporne między stronami i

zostało potwierdzone w toku rozprawy, iż za wiążące należy uznać wyjaśnienia złożone przez wykonawcę New Amsterdam w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. (wpłynęło do Zamawiającego w dniu 7 czerwca 2019 r. o godz. 11.40). Ich treść została przez wykonawcę New Amsterdam objęta klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Izba ustaliła ponadto, że po otrzymaniu wezwania Odwołujący nie kierował do Zamawiającego prośby o wyjaśnienie bądź doprecyzowanie treści wezwania z dnia 31 maja 2019 r.

Pismem z dnia 10 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp. W uzasadnieniu pisma w części jawnej Zamawiający wyjaśnił że: „W związku z tym, że cena oferty wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Mając na uwadze przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał, że w ramach wyjaśnień oczekuje przede wszystkim (acz nie wyłącznie) przedstawienia kalkulacji uwzględniającej koszty realizacji zamówienia w zakresie zatrudnienia osób o wymaganych kompetencjach, narzędzi, wydatków ogólnozakładowych (zarządu, biura), a także koszty ryzyk i związanych z gwarancją oraz optymalizacją funkcjonowania portalu. Złożone przez New Amsterdam sp. z o.o. wyjaśnienia zawierają w zasadniczej części ogólne informacje o działalności spółki, z których wynika, że posiada zespół stałych pracowników oraz utrzymuje biuro zarządu. Wykonawca podniósł, że wykorzysta przy realizacji zamówienia własną infrastrukturę oraz wpracowane wcześniej mechanizmy zarządzania treścią, gromadzenia danych oraz ich przejścia z systemu MONA. Na podstawie powyższych założeń wykonawca przedstawił kalkulację kosztów, stanowiącą tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Po jej analizie Zamawiający stwierdził, że cena oferty New Amsterdam jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. (...) W tych okolicznościach należało stwierdzić, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają złożone wyjaśnienia, a zwłaszcza kalkulacja kosztów”. Zaś szczegółowe okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający zawarł w powyższym piśmie w części tajnej, która została przekazana Odwołującemu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

Natomiast przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Zaznaczenia wymaga, że celem procedury wyjaśniającej, opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie, czy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga Zamawiający indywidualnie w konkretnym przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu wskazać należy, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba wskazuje, że zasadnie Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty złożonej przez Odwołującego co zaowocowało wzywaniem Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy do złożenia wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów, celem wykazania, iż cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska. Oceniając treść pisma z dnia 31 maja 2019 r., stanowiącego wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej Izba wskazuje, że było ono jasne, czytelne i nie budzące wątpliwości w zakresie oczekiwań Muzeum. W jego treści Zamawiający nie tylko odwołał się i przytoczył treść przepisu art. 90 ust. 1 Pzp ale również jednoznacznie wskazał, że oczekuje, aby wykonawca wykazał w formie kalkulacji popartej dowodami, iż uwzględnił w kosztach realizacji zamówienia, w tym w szczególności określone elementy, tj.:

- koszty zatrudnienia osób co najmniej o takich kompetencjach i liczbie jak wynika z SIWZ (z przypisaniem czasu ich pracy na potrzeby projektu),
- koszty narzędzi (stosownych licencji - jeśli są wymagane do realizacji zamówienia i sprzętu),
- koszty ogólnozakładowe (zarządu, organizacji biura itp.),
- koszty ryzyk i inne.

Nie sposób również pominąć tego, iż Zamawiający w treści ww. pisma jednoznacznie wskazał, że kalkulacja powinna uwzględniać także koszty związane z gwarancją (świadczoną na warunkach umowy) oraz optymalizacją funkcjonowania portalu.

Izba stanęła na stanowisku, że na podstawie przywołanej treści wezwania nie sposób wywieść, że wezwanie wystosowane przez Zamawiającego miało charakter blankietowego, ogólnego, które powieliło jedynie treść obowiązujących przepisów co mogłoby skutkować tym, że wykonawca New Amsterdam mógł się jedynie domyślać intencji Zamawiającego. Nie sposób pominąć również tego, że Odwołujący nie zwracał się do Zamawiającego o wyjaśnienie czy też

doprecyzowanie treści wezwania z dnia 31 maja 2019 r. co oznacza, że było ono dla niego w pełni jasne i czytelne.

Z punktu widzenia rozpoznawanych zarzutów istotnym jest, że wezwanie z dnia 31 maja 2019 r. zawiera konkretne żądanie złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Dodatkowo Zamawiający sprecyzował w jego treści, że oczekuje wykazania w formie kalkulacji popartej dowodami, iż wykonawca New Amsterdam w kosztach realizacji zamówienia uwzględnił określony, wymieniony powyżej, katalog kosztów. Zaznaczenia wymaga, że powyższy katalog kosztów nie ma charakteru zamkniętego bowiem Zamawiający posłużył określeniami „w szczególności” czy też „itp.” lub „np.” co przesądza o tym, że zbiór ma charakter otwarty. W związku z tym stwierdzić należy, że wykonawca New Amsterdam miał możliwość dowolnego ukształtowania i przedstawienia kalkulacji kosztów, w tym doboru odpowiednich dowodów. Oprócz elementów cenotwórczych wskazanych przez Zamawiającego kalkulacja mogła zawierać jeszcze inne, niezbędne pozycje kosztowe na przykład, takie, jak „zysk”, który nawet gdy jest niewielkim poziomem to stanowi jeden z podstawowym składników kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy.

Powyższe nabiera znaczenia w kontekście dysproporcji pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego w ofercie a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, która wynosiła ok. 50%. W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na znaczną różnicę pomiędzy ceną oferty Odwołującego a cenami zawartymi w kolejnych ofertach składanych w postępowaniu. I tak. Oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 378.500,00 zł oraz kolejna oferta wykonawcy MEDWAY z kwotą 438.780,00 zł. zostały odrzucone przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na występującą w nich cenę rażąco niską. Zaś następane trzy oferty wykonawców: Bprog z siedzibą w Ząbkach, Aspello Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Przystępującego mieszczą się w bardzo zbliżonym przedziale cenowym (720.780,00 zł., 734.064,00 zł., 735.540,00 zł.). Najdroższe dwie oferty wykonawców: IT4P Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Inovatica Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zawierają odpowiednio kwoty: 843.952,20 zł. oraz 1.029.473,10 zł.

Na kanwie powyższego Izba uznała za w pełni wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego, który stwierdził, że całkowita cena zawarta w ofercie wykonawcy New Amsterdam budziła wątpliwości Zamawiającego w szczególności, że Zamawiający nie znał poszczególnych składników częściowych ceny oferty. W związku z tym za w pełni zasadną

należy uznać argumentację Zamawiającego, który wskazywał, że mając jedynie cenę całkowitą oferty nie był w stanie określić gdzie ewentualnie wykonawca zaniżył koszty, dlatego też w ramach wezwał wykonawcę do przedłożenia kalkulacji specyfikującej w piśmie jedynie główne czynniki cenotwórcze. W kontekście powyższego Izba uznała za chybioną argumentację Odwołującego, zasadzającą się na tym, że wezwanie Zamawiającego było ogólnikowe i nieprecyzyjne. Izba prezentuje pogląd, że posłużenie się przez Zamawiającego w treści wezwania stwierdzeniem „w szczególności” w odniesieniu do określonych elementów cenotwórczych nie zwalniało Odwołującego w obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena całkowita nie jest ceną rażąco niską.

W tym miejscu ponownie przypomnieć należy, że przepis art. 90 ust. 2 Pzp jednoznacznie stanowi, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, co zdaje się również dostrzegać sam Odwołujący bowiem w treści odwołania wprost wskazuje na tego rodzaju obowiązek spoczywający na nim. Nie mniej jednak analiza wyjaśnień złożonych przez wykonawcę New Amsterdam w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. doprowadziła Izbę do wniosku, że Odwołujący nie sprostął temu zadaniu i nie obalił domniemania występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. W omawianej kwestii Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który twierdził, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowe a kalkulacja kosztów, uznawana przez Odwołującego za cennik, jest lakoniczna. Ponadto Odwołujący do złożonych wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów. Zgodzić się należy również z Zamawiającym w zakresie tego, że głównych okoliczności, zawartych w wyjaśnieniach nie sposób uznać za wskazujące na jakąkolwiek jego przewagę nad konkurencją a za przynależne de facto każdemu przedsiębiorcy. Ponadto wykonawca New Amsterdam nie zastosował się do żądań Zamawiającego, wyrażonych w treści wezwania i nie podał - czego Zamawiający oczekiwał – kosztów związanych z optymalizacją funkcjonowania portalu. Wobec tego Izba uznała wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego za zbyt ogólne i niewystarczające co w konsekwencji skutkowało tym, że Izba potwierdziła, iż Zamawiający zachował się prawidłowo odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, polegającego na zaniechaniu ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. W odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień Izba wskazuje na

własne orzecznictwo (wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt. KIO 1479/15), w którym niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, ciężaru dowodu.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp a także art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp dlatego też Izba oddaliła odwołanie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....