

Sygn. akt: KIO 1016/16

WYROK
z dnia 1 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Miasta S.A. w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Inovatica sp. z o.o. sp. k. w Łodzi**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch Polska S.A. w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Comarch Polska S.A. w Krakowie** na rzecz **Agencji Rozwoju Miasta S.A. w Krakowie** kwotę **270 zł 00 gr** (słownie: dwustu siedemdziesięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju Miasta S.A. w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie aplikacji mobilnej dla Tauron Arena Kraków”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 maja 2016 r., poz. 53763.

W dniu 6 czerwca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Inovatica sp. z o.o. sp. k. w Łodzi, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności odrzucenia własnej oferty odwołujący wniósł w dniu 10 czerwca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia dokonanej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia oceny oferty odwołującego, oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający twierdzi, iż odwołujący nie wycenił w ofercie usług serwisowych opisanych w § 1 załącznika nr 3 do wzoru umowy - usuwania wad oraz dostarczania aktualizacji i upgrade'ów oprogramowania. Odwołujący argumentował, że – wbrew twierdzeniu zamawiającego – usuwanie wad oraz dostarczanie aktualizacji i upgrade'ów zostało przez odwołującego uwzględnione w cenie oferty. W ofercie uwzględniony został również koszt zapewnienia możliwości zakupów biletów na imprezy z aplikacji (integracja z Eventim i ebilet.pl) oraz modułu F&B (jak i wszystkie inne elementy wymagane przez zamawiającego zgodnie z SIWZ).

Zdaniem odwołującego koszt dostarczania aktualizacji i upgrade'ów został uwzględniony w poz. 4 tabeli zawartej w wyjaśnieniach, złożonych przez odwołującego w dniu 3 czerwca 2016 r. (licencje i przekazanie majątkowych praw autorskich, przekazanie kodów). Uwzględnienie kosztu aktualizacji i upgrade'ów w powołanej pozycji uzasadnione jest naturą świadczenia oraz postanowieniami wzoru umowy, załączonego do SIWZ. Każda aktualizacja oprogramowania i każdy upgrade to tak naprawdę nowy element kodu

źródłowego, którego dostarczenie wymaga - w celu umożliwienia wykorzystania przez zamawiającego - uzyskania przez zamawiającego prawa do korzystania z tego nowego elementu oprogramowania (w drodze licencji albo przeniesienia majątkowych praw autorskich). Dlatego właśnie zamawiający w § 9 wzoru umowy określił następujące wymaganie: „*Licencja na Oprogramowanie licencyjne oraz zezwolenie na wykonywanie zależnych praw autorskich do Oprogramowania licencyjnego zostaje udzielona Zamawiającemu z chwilą Odbioru poszczególnych Etapów obejmujących Oprogramowanie licencyjne oraz wszelkich jego późniejszych modyfikacji (np. w toku prac gwarancyjnych lub serwisowych)*”. Odwołujący wskazał także, że zamawiający nie narzucił wykonawcom jakiegokolwiek sposobu dokonywania wyceny świadczeń objętych zamówieniem, pozostawiając w tym zakresie pełną dowolność. Przyjęty przez odwołującego sposób wyceny jest zatem zgodny z SIWZ, a zamawiający przyjął w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego błędne założenie, którego nie próbował u odwołującego wyjaśnić.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący wywiódł, że uwzględnił również w ofercie koszt usuwania wad. Podkreślał, że świadczenie to, jako część obowiązków gwarancyjnych wykonawcy nie posiada odrębnej pozycji kosztorysowej - co jest rzeczą całkowicie naturalną, ponieważ z natury tego świadczenia wynika, że jest ono powiązane ze świadczeniem podstawowym, jakim jest sprzedaż/wykonanie dzieła. Usuwanie wad dostarczonego produktu jest obowiązkiem wykonawcy, wynikającym z wykonania dzieła. Instytucja gwarancji i rękojmi to - w cywilistycznym uproszczeniu - forma odpowiedzialności wykonawcy za jakość świadczenia. Obejmuje ona oczywiście nie tylko świadczenia z umowy sprzedaży, ponieważ rękojmia i gwarancja dotyczy również świadczeń wynikających z umowy o dzieło. W przypadku, gdy przedmiot sprzedaży albo dzieło okażą się wadliwe - wykonawca, w ramach ciężącej na nim odpowiedzialności za jakość przedmiotu sprzedaży albo dzieła zobowiązany jest do usunięcia tych wad. Zobowiązanie to wynika z podstawowego świadczenia, którym jest sprzedaż/zobowiązanie do wykonania dzieła. Stąd zrozumiałe jest, że kosztu takiej odpowiedzialności wykonawca nie określa odrębnie, ponieważ koszt ten z natury rzeczy wliczony jest w cenę sprzedaży/wykonania dzieła. Wielu zamawiających zresztą w umowach określa wprost, że usuwanie wad ma być dokonywane nieodpłatnie, pomimo iż umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową odpłatną. Oznacza to tylko tyle, że zamawiający dobrze rozumieją, iż usuwanie wad w ramach gwarancji nie jest świadczeniem odrębnym, lecz odbywa się w ramach ustalonej ceny sprzedaży/wykonania dzieła. Wykonawca gwarantuje, że produkt jest bez wad i na podstawie tej gwarancji zobowiązany jest do usuwania wad przez okres trwania gwarancji. Pytając w sklepie o cenę produktu objętego gwarancją nie jesteśmy przecież informowani odrębnie o cenie produktu i cenie gwarancji. Podobnie w obrocie gospodarczym - gwarancyjny obowiązek usuwania wad jest obowiązkiem wynikającym z faktu sprzedaży bądź wykonania dzieła i nie jest odrębnie

wyceniany, chyba że kontrahent wprost tego z jakichś powodów zażąda. Zamawiający takiego żądania nie postawił, nie może zatem w tym momencie czynić odwołującemu zarzutu z faktu takiego, a nie innego dokonania wyceny.

Odwołujący w ramach wyceny przyjął konstrukcję, w której niektóre elementy „kosztu” (o ile można się posługiwać takim pojęciem ze względu na argumenty przedstawione wyżej) usług gwarancyjnych ujęte zostały w poz. 3 tabeli załączonej do wyjaśnień wykonawcy (asysta techniczna, wsparcie techniczne i merytoryczne, serwis, gwarancja). Odwołujący, wyłącznie dla potrzeb przedstawienia wyjaśnień dla Zamawiającego w celu podkreślenia, że wszystkie elementy świadczenia zostały ujęte w ofercie - przyjął konstrukcję, w której elementy te wliczone zostały w cenę 36 roboczodni za asystę techniczną. De facto koszt usuwania wad, jako koszt utrzymania produktu, rozkładany jest na ogólne koszty prowadzenia działalności przez wykonawcę, więc koszt ten (w sensie ekonomicznym) jest rozkładany na każdy element wdrożenia – koszty budowy oprogramowania, cenę licencji. Uwzględnianie we wszystkich kosztach działalności tak generalnych ryzyk jak koszt utrzymania produktu czy usługi (usuwania wad) jest rzeczą z ekonomicznego punktu widzenia oczywistą. Ma on oczywiście również swoje przełożenie na koszty pracy pracowników (ich wynagrodzenia), stąd zasadne jest również ujęcie tego kosztu w poz. 3 tabeli załączonej do wyjaśnień. Nie można natomiast twierdzić, że element ten nie został w ofercie odwołującego uwzględniony. Należy podkreślić, że takich właśnie elementów, które bezwzględnie muszą być zrealizowane w ramach przedmiotu zamówienia, a nie wyszczególnionych odrębnie w pozycjach wykazanych w tabeli, jest więcej. Choćby zbliżone do usuwania wad fizycznych zobowiązanie związane z wadami prawnymi oprogramowania. Czynności te - podobnie jak usuwanie wad fizycznych oprogramowania - muszą być przez wykonawcę uwzględnione w ramach wyceny oferty, ale nie wyszczególnia się odrębnego kosztu takiego świadczenia.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że zamawiający stwierdził również w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego: *„Ponadto w opisie czynności niezbędnych do wykonania usługi Wykonawca nie wskazał wykonania takich obowiązkowych elementów jak możliwość zakupów biletów na imprezy z aplikacji (integracja z Eventim i ebilet.pl) oraz modułu F&B; nie wskazał też, że takie elementy zrealizował w ramach wykonywanych wcześniej projektów”*. Odwołujący argumentował, że o ile dobrze interpretuje wypowiedź zamawiającego, zamawiający czyni zarzut, że odwołujący nie wykazał powołanych elementów w tabeli wyszczególniającej koszty realizacji zamówienia, zamieszczonej w wyjaśnieniach z czego zamawiający wnioskuje, że odwołujący nie uwzględnił kosztu wykonania tych elementów, nie wykazał też tych elementów w wyjaśnieniach jako elementów gotowych, które wykorzysta do budowy aplikacji. Jeśli intencją zamawiającego jest postawienie zarzutu, że odwołujący nie wycenił kosztu zrealizowania

wskazanych elementów, to zarzut taki jest absurdalny. Elementy te są uwzględnione w poz. 1 oraz poz. 4 tabeli. Celem tabeli nie było wykazanie, że odwołujący deklaruje wykonanie oferty zgodnie z SIWZ, oznaczałoby to bowiem konieczność przepisania do wyjaśnień opisu przedmiotu zamówienia, SIWZ oraz wzoru umowy i przyporządkowanie do każdego elementu jakiegoś kosztu, co w trybie wyjaśnień składanych zamawiającemu jest niemożliwe do wykonania, niestosowane w praktyce i przede wszystkim pozbawione sensu. Nawet jeśli zamawiający otrzymałby taką szczegółową kalkulację, to na jej podstawie i tak nie byłby w stanie stwierdzić, czy cena oferty wykonawcy jest, czy nie jest rażąco niska. Każdy z wykonawców podchodzi bowiem indywidualnie do określenia pracochłonności realizacji określonej pozycji SIWZ - uwzględniając swoją wiedzę, doświadczenie i warsztat realizacji zamówień. W przypadku, kiedy zamawiający nie narzucił jednolitej metody szacowania pracochłonności, i wartości oferty (np. metoda cosmic, metoda punktów funkcyjnych; metoda Use case points), istotne jest potwierdzenie realności zaoferowanej ceny. Takie potwierdzenie zamawiający niewątpliwie otrzymał w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach.

Odwołujący podkreślił także, że celem wyjaśnień składanych na podstawie wezwania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest opracowanie szczegółowego kosztorysu, jak to np. jest wymagane na etapie składania ofert w przetargach na roboty budowlane. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uzasadnienie, dlaczego, z jakich powodów, cena oferty jest ukształtowana przez wykonawcę na niskim poziomie. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu wykonawca w ogóle nie jest zobowiązany do przedstawiania jakiegokolwiek kosztorysu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Inovatica sp. z o.o. sp. k. w Łodzi. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 31 maja 2016 r. skierowane do

odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia odwołującego z 3 czerwca 2016 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej z 6 czerwca 2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego z 29 czerwca 2016 r., zgłoszenie przystąpienia jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Inovatica sp. z o.o. sp. k. w Łodzi, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła odwołanie gdyż stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest przygotowanie, wykonanie, wdrożenie, utrzymanie i serwisowanie aplikacji mobilnej dla Tauron Arena Kraków (pkt 3.1. SIWZ). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji zostały określone w

załącznikach nr 1 i 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia i wzór umowy). Ponadto w myśl pkt 3.2. SIWZ wykonawca udzieli gwarancji przy sprzedaży na przedmiot zamówienia na okres 36 miesięcy. Zgodnie z pkt 4.2. utrzymanie i serwisowanie aplikacji będzie realizowane przez okres 36 miesięcy od dnia odbioru końcowego aplikacji.

Zamawiający wartość zamówienia ustalił na kwotę 210.000 zł netto w dniu 24 marca 2016 r. na podstawie rozeznania rynku (pkt 2.2. i 2.3. protokołu postępowania). Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 258.300 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania). Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- a) odwołujący z ceną brutto 30.135,00 zł,
- b) wykonawcy Mopli sp. z o.o. i Neutrica sp. z o.o. z ceną brutto 193.886,13 zł,
- c) przystępujący z ceną 196.800,00 zł brutto,
- d) wykonawca Amistad sp. z o.o. z ceną brutto 242.011,00 zł,
- e) wykonawca AMB Software sp. z o.o. z ceną brutto 398.028,00 zł brutto.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 31 maja 2016 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający wskazał, że cena oferty odwołującego jest o ponad 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz od średniej cen złożonych ofert. Zamawiający wskazał także, że wyjaśnienie powinno zawierać w szczególności szczegółową kalkulację ceny ofertowej z wyszczególnieniem kosztów pracy, licencji, wymaganych dostaw, itp., a także pracochłonności poszczególnych czynności. Wyjaśnienie powinno zawierać szczegółowe obliczenie składowych kosztów, ich uzasadnienie, a także złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie 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. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.) oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył pismo z 3 czerwca 2016 r. wraz z załącznikami. Odwołujący zastrzegł, że treść tego pisma stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego treść ww. pisma nie zostanie przytoczona.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, uznając, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że odwołujący złożył ofertę o cenie niższej o 88% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 86% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odwołujący złożył wyjaśnienia z których wynika, że w cenie ofertowej nie skalkulował części obowiązków wynikających z SIWZ. W załączonej szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej wskazał, iż skalkulował wykonywanie asysty technicznej, wsparcia technicznego i merytorycznego, serwisu i gwarancji w ilości 36 roboczodni w okresie realizacji umowy. Ilość ta odpowiada zgodnie z § 3 ust. 2 warunków serwisu stanowiących załącznik nr 3 do wzoru umowy ilości wymaganych roboczogodzin asysty technicznej (8 godzin miesięcznie) w okresie gwarancji (36 miesięcy), obejmującej asystę powdrożeniową, pomoc w rozwiązywaniu problemów i analizie kodów itp. Wynika z tego, że wykonawca nie wycenił w ofercie usług serwisowych opisanych w § 1 tego załącznika (usuwanie wad oraz dostarczania aktualizacji i upgrade'ów oprogramowania). Ponadto w opisie czynności niezbędnych do wykonania usługi wykonawca nie wskazał wykonania takich obowiązkowych elementów jak możliwość zakupów biletów na imprezy (integracja z Eventim i ebilet.pl) oraz modułu F&B; nie wskazał też, że takie elementy zrealizował w ramach wykonywanych wcześniej projektów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż nie stwierdzono takich naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli *cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

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

Odwołujący złożył ofertę o cenie niższej o 88% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 86% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W tej sytuacji, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający miał obowiązek wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w tym przepisie. Z kolei, jak wynikało z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, wskutek wezwania, zaktualizował się po stronie odwołującego obowiązek wykazania, że zaofiarowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niesprostanie zaś przez odwołującego temu obowiązkowi oznaczało, że zaofiarowana cena ma właśnie taki charakter.

W ocenie Izby zamawiający słusznie ocenił, że odwołujący nie zdołał udowodnić, iż zaofiarowana w postępowaniu cena nie jest ceną rażąco niską.

Jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego pierwszym powodem zakwestionowania oferty było to, że odwołujący miał nie uwzględnić w cenie ofertowej kosztów usuwania wad oraz dostarczania aktualizacji i upgrade oprogramowania. Swe stanowisko zamawiający oparł na treści wyjaśnień odwołującego. Wykonawca w pozycji 3 sporządzonej przez siebie tabeli kosztów, która miała obejmować wykonywanie asysty technicznej, wsparcia technicznego i merytorycznego, serwisu i gwarancji, wskazał na pracochłonność tych czynności w liczbie zaledwie 36 roboczodni. Zamawiający słusznie dostrzegł, że liczba 36 roboczodni wyczerpywała narzuconą przez zamawiającego liczbę asysty technicznej. Jak bowiem jednoznacznie wynikało z § 3 ust. 2 załącznika nr 3 do wzoru umowy zamawiający oczekiwał 8 godzin miesięcznie asysty technicznej w okresie gwarancji trwającym 36 miesięcy. Asysta ta zaś miała obejmować asystę powdrożeniową, pomoc w rozwiązywaniu problemów i analizę kodów (§ 3 ust. 1 załącznika nr 3 do wzoru umowy). Tymczasem, jak wynikało z § 1 ust. 2 załącznika nr 3 do wzoru umowy, do obowiązków wykonawcy miało należeć także usuwanie wad, dostarczanie aktualizacji upgrade i aktualizacji oprogramowania.

Odwołujący w treści załącznika nr 1 do odwołania wywodził, że koszt dostarczenia aktualizacji i upgrade oprogramowania uwzględnił w pozycji 4 tabeli kosztów, obejmującej licencje, przekazanie autorskich praw majątkowych, przekazanie kodów.

Po dokonaniu analizy pisma odwołującego z 3 czerwca 2016 r. Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie znajdowało pokrycia w jego wyjaśnieniach. Ponieważ wyjaśnienia te zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, w uzasadnieniu odniesiono się do ich treści z poszanowaniem tego zastrzeżenia.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że we fragmencie wyjaśnień, które odnosiły się do obliczenia pracochłonności pozycji 3 tabeli kosztów, odwołujący wyraźnie nawiązywał do tych czynności, o których była mowa w § 1 ust. 2 załącznika nr 3 do wzoru umowy. Analogiczne odniesienie znalazło się w opisie pozycji 3 w tabeli kosztów. Jednocześnie z opisu pozycji 4 tabeli kosztów, jak i uzasadnienia odnoszącego się do tego elementu, nie można było wywnioskować, aby odwołujący ujął w niej koszt zapewnienia aktualizacji i upgrade. W uzasadnieniu kosztów omawianej pozycji odwołujący wspominał o innych elementach ceny. Ponadto odwołujący w uzasadnieniu pozycji 4 tabeli kosztów wskazując na pewien czynnik używał czasu przeszłego, podczas gdy obowiązki polegające na aktualizacji i upgrade oprogramowania siłą rzeczy odnosiły się do przyszłości. Wzięto pod uwagę znikomą wartość kosztów ujawnioną w tej pozycji, a także – jako niezwykle charakterystyczny – wskazany tam poziom pracochłonności. Zdaniem Izby, aktualizacja i upgrade oprogramowania zawsze rodzi jakieś koszty po stronie przedsiębiorcy. Nie ulegało również wątpliwości, że część oferowanego oprogramowania musiała być objęta licencją wyłączną. W skład przedmiotu zamówienia wchodziło bowiem również oprogramowanie dedykowane zamawiającemu, którym odwołujący nie dysponował na moment ofertowania. Aktualizacja i upgrade tych elementów przedmiotu zamówienia będą wykonywane wyłącznie na rzecz zamawiającego, a czas pracy związany z tymi czynnościami na pewno musi być większy od zera. Powyższe prowadziło do wniosku, że w pozycji 3 tabeli kosztów należało ująć liczbę roboczodni większą od 36, która powinna uwzględniać tę konieczność. Pracochłonność ww. czynności wymaganych przez zamawiającego nie została ujęta w pozycji 3 tabeli kosztów, a – wbrew stanowisku odwołującego - nie wykazano, aby ujęto je w pozycji 4 tabeli.

Odnośnie kosztów usuwania wad odwołujący wywiódł w odwołaniu, że koszty te de facto ujęte są we wszystkich pozycjach tabeli. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo dostrzegł, że w opisie pozycji 3 tabeli kosztów odwołujący użył słów „gwarancja” i „serwis” obok słów „asysta techniczna, wsparcie techniczne i merytoryczne”. Natomiast, jak wskazano wcześniej, liczba 36 roboczodni wyczerpywała narzuconą przez zamawiającego

liczbę asysty technicznej. Odwołujący odnosząc się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wskazał w odwołaniu, że przyjął pewną sztuczną konstrukcję. Argumentował, że aby uniknąć zarzutu, iż nie skalkulował w cenie oferty kosztów usuwania wad, w opisie pozycji 3 tabeli kosztów wpisał słowa „serwis” i „gwarancja”. Jednakże wbrew opisowi tej pozycji koszty te ujął de facto we wszystkich pozycjach tabeli kosztów.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie znajdowało oparcia w wyjaśnieniach z 3.6.2016 r., jakie wykonawca złożył zamawiającemu. Z żadnego fragmentu wyjaśnień nie wynikało aby koszt świadczeń w zakresie usuwania wad odwołujący rozłożył na wszystkie pozycje tabeli kosztów. Odwołujący nie może zastaniać się wykorzystaniem – jak się wyraził w trakcie rozprawy - sztucznej konstrukcji ujmowania kosztów. Zamawiający w treści wezwania z 31 maja 2016 r., skierowanego do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyraźnie zaznaczył, że oczekuje od wykonawcy przedstawienia szczegółowego obliczenia składowych kosztów oraz ich uzasadnienia, a zatem zaprezentowania kosztów o charakterze realnym. Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia składane przez wykonawców w trybie art. 90 ustawy Pzp, mają służyć przekonaniu zamawiającego, że cena zaoferowana w postępowaniu jest ceną realną. Wykonawca nie może zatem powoływać się na sztuczne konstrukcje, a zwłaszcza na takie, których treść nie jest komunikowana odbiorcy oświadczenia. Jeżeliby nawet założyć, że odwołujący zamierzał zastosować taką sztuczną konstrukcję, to ze względu na jej charakter fakt wykorzystania takiej metody należało zakomunikować odbiorcy oświadczenia. W razie zaniechania takiego obowiązku odwołujący nie mógł oczekiwać, że odbiorca oświadczenia domyśli się, iż wykonawca zastosował – jak sam przyznaje – sztuczną konstrukcję ukazywania kosztów. Faktem natomiast jest to, że to w opisie pozycji 3 tabeli kosztów wykonawca wyraźnie zawarł zapis odnoszący się do „gwarancji” i „serwisu”, zatem – w braku innych wskazówek – zamawiający miał nie tylko prawo ale i obowiązek uznać, że pracochłonność odnośnie tych elementów ujęto właśnie w tej pozycji.

Nie można było się zgodzić z argumentacją odwołującego, jakoby koszty usuwania wad (świadczeń gwarancyjnych) miały być niepoliczalne. W ocenie Izby wysokość tego rodzaju kosztów była możliwa do oszacowania w oparciu choćby o dane historyczne w zakresie liczby zgłoszeń reklamacyjnych. Danymi tymi odwołujący dysponował, gdyż jak wynikało z treści wyjaśnień z 3.6.2016 r. - oprogramowanie oferowane przez niego w znacznej części miało być oparte na gotowych komponentach. Nawet gdyby jednak założyć, że danymi takimi wykonawca nie dysponował, to można było przyjąć koszty usuwania wad jako procent wartości w stosunku do kosztów dostarczenia licencji na oferowane oprogramowanie, na podstawie uproszczonych, szacunkowych danych dotyczących obsługi gwarancyjnej innych aplikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo dostrzegł, iż odwołujący nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów dostarczenia aktualizacji i upgrade oprogramowania a także kosztów usuwania wad. Treść wyjaśnień, jakie odwołujący złożył zamawiającemu nie świadczyła o tym, aby koszty takie skalkulowano. Zatem zamawiający, kierując się treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, miał obowiązek stwierdzić, iż cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż nie wykazano mu faktu przeciwnego. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W zebranych w sprawie materiale dowodowym nie znalazł potwierdzenia ostatni powód odrzucenia oferty odwołującego. W uzasadnieniu swej czynności z 6 czerwca 2016 r. zamawiający zarzucił, że odwołujący nie wskazał wykonania takich obowiązkowych elementów jak możliwość zakupów biletów na imprezy (integracja z Eventim i ebilet.pl) oraz modułu F&B.

Izba stwierdziła, że zamawiający w treści wezwania z 31 maja 2016 r. nie wskazał, aby odwołujący przedstawił uzasadnienie kosztów za wykonanie aplikacji w rozbiciu na poszczególne jej moduły zapewniające określone funkcjonalności. Nie ulega zaś wątpliwości, że moduły są elementem aplikacji, a zatem można było utrzymywać, że ujawnione w wyjaśnieniach pozycje obejmujące koszty odnoszące się do samej aplikacji obejmują również koszty wykonania jej modułów. Wzięto pod uwagę, że zamawiający nie uzasadnił dlaczego akurat koszty wykonania tych modułów miały zostać wyspecyfikowane. Co więcej, pełnomocnik zamawiającego oświadczył w trakcie rozprawy, że nie ma pewności, czy koszt wykonania spornych modułów nie został ujęty w cenie ofertowej. Dodał, że w omawianym zakresie możliwym było wezwanie odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, czego jednak zaniechano z uwagi na oczywiste powody odrzucenia oferty przedstawione we wcześniejszej części uzasadnienia. Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, a także ostateczne stanowisko zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że koszty wykonania modułów aplikacji zostały ujęte w kosztach odnoszących się do aplikacji, tak jak utrzymywał odwołujący. Wzięto również pod uwagę, że odwołujący z całą pewnością zaoferował zamawiającemu wykonanie modułu F&B. powyższe wynikało z analizy dokumentów znajdujących się na s. 54 niejawniej części oferty odwołującego. Zatem odrzucenie oferty odwołującego z omawianego powodu Izba oceniła jako co najmniej przedwczesne.

Przy wyrokowaniu pominięto złożony przez odwołującego na rozprawie wydruk obrazujący przykładowe zamówienia na dostawę aplikacji mobilnych. Wzięto pod uwagę, że wydruk ten nie został przez nikogo podpisany. Dowód ten nie może także stanowić podstawy do ustalenia, że odwołujący w analizowanej sprawie prawidłowo skalkulował cenę oferty. Nie zostało wykazane aby przedmioty zamówień, o których była mowa w niepodpisanym

wydruku, były analogiczne do przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Nie wiadomo także czy ceny zaoferowane w tych postępowaniach były badane pod kątem wystąpienia przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ustalono także czy zamówienia w ww. sprawach zostały wykonane w sposób należyty za zaoferowane ceny.

Izba przy wyrokowaniu pominęła stanowisko przystępującego przedstawione w trakcie rozprawy, jakoby odwołujący miał nie doszacować koszty związane z dostawą urządzeń. Zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, *czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (...)*. Wzięto pod uwagę, że – jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego – zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z przywoływanego powodu. Co więcej, w trakcie rozprawy pełnomocnik zamawiającego wyraźnie oświadczył, że zamawiający nie kwestionuje prawidłowości wyceny urządzeń i że koszty w tym zakresie odwołujący skalkulował należycie. Wobec powyższego przy wyrokowaniu pominięto stanowisko przystępującego co do niedoszacowania przez odwołującego kosztów dostawy urządzeń – jako sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Stwierdzono, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z powodu nieskalkulowania w cenie ofertowej kosztów dostarczania aktualizacji i upgrade oprogramowania a także kosztów usuwania wad. Okoliczność, że nie podlegała odrzuceniu z powodu nieskalkulowania kosztów omówionych w ostatniej części uzasadnienia nie zmieniała zatem faktu, że zamawiający prawidłowo wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Naruszenie nie miało zatem i nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok.

Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 270 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: