Sygn. akt: KIO 4656/24

WYROK

Warszawa, 7 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź,

uczestnik po stronie Zamawiającego: O4B Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4656/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Zakup i wdrożenie oprogramowania e-Formularze-UMŁ w modelu SaaS wraz z usługą utrzymania i rozwoju na okres 24 miesięcy* Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 15 października 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00547444/01.

9 grudnia 2024 r. wykonawca Asseco Data Systems S.A. wniósł odwołanie wobec:

1)wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy O4B Sp. z o.o.;

2)zaniechania wezwania wykonawcy O4B do złożenia wyjaśnień czy przedłożona przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska, mimo że cena ofertowa wykonawcy O4B jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 224 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania wykonawcy O4B do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp

może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca O4B Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 2 ust. 4 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ):

Realizacja Projektu następować będzie w podziale na Etapy obejmujące:

1)*Etap I - Dostosowanie i uruchomienie Systemu.*
W ramach realizacji Etapu Wykonawca jest zobowiązany do:

i.*dostosowania Oprogramowania do wymogów Zamawiającego wynikających z OPZ oraz Umowy, w tym personalizacji szaty graficznej strony internetowej, na której będą publikowane eFormularze, w zakresie ustalonym przez Strony;*

ii.*przygotowania zautomatyzowanych formularzy elektronicznych, których zakres wynika z OPZ; iii. przeprowadzenia wspólnie z Zamawiającym testów funkcjonalnych*

iv.*dokonania konfiguracji Systemu;*

v.*uruchomienia produkcyjnego Systemu;*

vi. *udzielenia licencji na testowanie i używanie Systemu.*

2)*Etap II – Eksploatacja Systemu.*

W ramach realizacji Etapu Wykonawca jest zobowiązany do:

i.*Świadczenia Usługi Utrzymaniowej;*
ii.*Świadczenia Usług Rozwoju Systemu, realizowanych w ramach prawa opcji.*

Zgodnie z punktem III.1 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ)*Zamawiający przewiduje prawo opcji do 100 osobogodzin w zakresie świadczenia Usług Rozwoju Systemu*.

Stosownie do punktu 22.2 SWZ:*Wykonawca ma obowiązek podać w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 2 do SWZ):*

22.2.1. cenę brutto w złotych polskich za wykonanie: Etapu I – Dostosowanie i uruchomienie Systemu oraz Etapu II - Eksploatacja Systemu oraz łączną cenę oferty brutto w złotych polskich (Etap I + Etap II). (…)

22.2.2. cenę jednostkową (jedna osobogodzina) brutto w złotych polskich za świadczenie usług rozwoju objętych prawem opcji.

Zamawiający przed wszczęciem postępowania określił wartość zamówienia na kwotę 460.659,35 zł netto (co stanowi 566.611,00 zł brutto).

Zgodnie z punktem 8 SWZ w pierwotnym brzmieniu termin wykonania zamówienia został określony następująco:

Etap I – czas realizacji: do 15 dni kalendarzowych od daty zawarcia Umowy;

Etap II – czas realizacji: 22 miesiące od daty zakończenia Etapu I.

Zamawiający 13 listopada 2024r. dokonał zmiany punktu 8 SWZ, nadając mu brzmienie:

Etap I – czas realizacji: do 15 dni kalendarzowych od daty zawarcia Umowy;

Etap II – czas realizacji: 22 miesiące od daty zakończenia Etapu I.

W związku z dokonaną zmianą Zamawiający 26 listopada 2024 r. zaktualizował wartość zamówienia, określając ją na kwotę 388.617,68 zł netto (co stanowi 477.999,75 zł brutto).

Przystępujący złożył ofertę z ceną 324.720,00 zł brutto, w tym: Etap I 40.590,00 zł brutto, Etap II 284.130,00 zł brutto. Ponadto Przystępujący zaoferował cenę brutto za roboczogodzinę świadczenia usług objętych prawem opcji w wysokości 246,00 zł.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed

wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył powyższych przepisów ustawy.

Zarzuty odwołania zostały oparte na tezie, że cena oferty Przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania, co oznacza bezwzględny obowiązek wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny. Odwołujący pominął jednak, że o ile art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa – jako zasadę – obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w przypadku wystąpienia powyższej rozbieżności, to jednak zezwala na odstąpienie od tego wezwania w sytuacji, gdy rozbieżność ta wynika okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z przepisu tego wynika więc, że przy ustalaniu, czy istnieje obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień nie można pomijać okoliczności charakterystycznych dla danego postępowania, w tym takich, które wystąpiły po jego wszczęciu, a które mają wpływ na relację ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia. Podobnie, na konieczność uwzględnienia takich okoliczności wskazuje przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który uprawnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, gdy różnica między zaktualizowaną wartością zamówienia a ceną oferty wynosi co najmniej 30%. Zatem zarówno z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, będącego podstawą zarzutu podniesionego w odwołaniu, jak i z art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że intencją ustawodawcy było, aby przy podejmowaniu decyzji o wezwaniu do wyjaśnień nie pomijać okoliczności, które powodują, że proste porównanie ceny oferty z wartością zamówienia nie daje rzeczywistego obrazu poziomu ceny i w konsekwencji nie pozwala stwierdzić, że samo wystąpienie tej różnicy uzasadnia podejrzenie rażąco niskiej ceny.

Okolicznością, którą należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy Zamawiający miał obowiązek wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bez wątpienia jest zmiana okresu świadczenia usługi. Zamawiający 13 listopada 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ polegającej na skróceniu okresu obowiązywania umowy z 24 miesięcy na 22 miesiące, co w sposób oczywisty przekłada się na wysokość cen ofertowych. W związku z tym pierwotna wartość szacunkową zamówienia została przez Zamawiającego zaktualizowana poprzez obniżenie jej o wartość wynagrodzenia za okres 2 miesięcy, tj. do kwoty 388 617,68 zł netto (razem z prawem opcji), co zostało odnotowane w protokole postępowania. Niezasadne jest więc porównywanie wartości zamówienia określonej dla dłuższego okresu realizacji umowy z ceną oferty obliczoną dla okresu krótszego – takie porównanie nie może stanowić podstawy do wniosku o tym, że powstało ex lege podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z kolei rozbieżność między ceną oferty a wartością zamówienia uwzględniającą skrócenie okresu realizacji umowy nie przekraczała 30%. Jeśli zakres oferowanych usług uległ ograniczeniu po wszczęciu postępowania, co musiało mieć to wpływ na cenę oferty, stanowi to okoliczność oczywistą, która nie wymaga wyjaśnienia. W konsekwencji Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że nieprawidłowe jest dokonane przez Odwołującego porównanie ceny oferty Przystępującego za zamówienie podstawowe z wartością zamówienia powiększoną o VAT, a obejmującą zarówno zamówienie podstawowe, jak i opcjonalne. Jest to porównanie dwóch różnych wartości, co należy uznać za nieuprawnioną próbę wykazania większej niż faktyczna różnicy między ceną ofertową a wartością oszacowaną przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Na marginesie – Izba nie podziela poglądu Przystępującego przedstawionego podczas rozprawy, że w rozpoznawanej sprawie w związku z dokonaniem aktualizacji wartości zamówienia przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w ogóle nie znajdował zastosowania, gdyż w sytuacji dokonania takiej aktualizacji wartości zamówienia rozważać można wyłącznie zastosowanie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że art. 224 ust. 2 pkt 1 określa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w przypadku wystąpienia 30% różnicy między ceną oferty a wartością szacunkową ustaloną przed wszczęciem postępowania (z zastrzeżeniem dotyczącym okoliczności niewymagających wyjaśnienia). Z kolei art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp określa uprawnienie do takiego wezwania w sytuacji, gdy po aktualizacji wartości zamówienia rozbieżność wynosi co najmniej 30%. Przepis art. 224 ust. 2 pkt 2 może więc – zdaniem Izby – znaleźć zastosowanie w przypadku, gdy w wyniku aktualizacji wartość zamówienia zostaje zwiększona i w konsekwencji tej aktualizacji próg 30% zostaje osiągnięty. Natomiast zmniejszenie wartości zamówienia powinno być

brane pod uwagę jako okoliczność, która może wyłączać obowiązek z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe nie wpływa jednak na ocenę zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 , stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:……