

WYROK

Warszawa, dnia 12 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Otwarty Rynek Elektroniczny Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **ZETO Lublin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy 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 2152/24

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. *Wdrożenie i utrzymanie elektronicznej platformy zakupowej w NBP*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 071-217113.

W dniu 20 czerwca 2024 r. wykonawca Otwarty Rynek Elektroniczny Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty ZETO Lublin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, dalej „ZETO Lublin”, pomimo rażącego zaniżenia przez tego wykonawcę ceny za Usługę Wdrożenia Systemu, co stanowi o rażąco niskim koszcie tej usługi w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty ZETO Lublin, pomimo że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powoduje, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości;

3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp wobec zaniechania wezwania wykonawcy ZETO Lublin do wyjaśnienia ceny, pomimo że cena oferty tego wykonawcy, w tym cena za usługi objęte przedmiotem zamówienia winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert; unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności oceny i badania ofert, zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz SWZ, skutkujące wyborem oferty Odwołującego; odrzucenia oferty ZETO Lublin; ewentualnie wezwania ZETO Lublin do wyjaśnienia ceny, w tym w szczególności kosztów i podstaw oszacowania pracochłonności elementów składających się na Usługę Wdrożenia Systemu, objętych przedmiotem zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca ZETO Lublin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 4 lipca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący również złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia, oferty wstępne i ostateczne wykonawców, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego oraz Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy wraz z przedłożonymi dowodami w dniu 8 lipca 2024 r.

Izba postanowiła włączyć w poczet materiału dowodowego dokument złożony przez Przystępującego - kalkulację cenową. Izba postanowiła nie udostępniać Odwołującemu ww. dokumentu zastrzeżonego przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ uznała, że byłoby to przedwczesne na obecnym etapie postępowania, bowiem w istocie stanowiłoby ono element wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyby doszło do wezwania w tym zakresie. Izba uznała, że w tych okolicznościach jest to dowód składany na okoliczność uprawdopodobnienia, że nie ma potrzeby wzywania do wyjaśnień.

Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, przedmiotem zamówienia jest:

- 1. wykonanie przez Wykonawcę Usługi Wdrożenia Systemu, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych do Koncepcji Wdrożenia, Dokumentacji powykonawczej, Instrukcji dla Użytkowników Systemu i Instrukcji dla Dostawców oraz praw zależnych, a także przeniesienie własności nośników, na których utrwalono Koncepcję Wdrożenia, Dokumentację powykonawczą, Instrukcję dla Użytkowników Systemu i Instrukcję dla Dostawców;*
- 2. świadczenie przez Wykonawcę Usług Udostępniania Systemu oraz udzielenie niewyłącznej i nieprzenoszalnej licencji na korzystanie z Systemu i oprogramowania systemowego;*
- 3. świadczenie przez Wykonawcę Usług Modyfikacji Systemu, zgodnie z potrzebami Zamawiającego w maksymalnej liczbie 1000 godzin w okresie obowiązywania Umowy oraz udzielenie niewyłącznej licencji do Specyfikacji Usług Modyfikacji Systemu.*

Izba ustaliła, że termin wykonania zamówienia wynosi 60 miesięcy.

Zgodnie z Rozdziałem 16 pkt 2 SWZ *Cenę brutto oferty należy wpisać w Formularzu oferty ostatecznej, zgodnie z zasadami określonymi w tabeli znajdującej się w ust. 10 Załącznika Nr 3 do SWZ.*

Zamawiający w Formularzu oferty ostatecznej oczekiwał wskazania przez wykonawcę w poz. 1 wartości brutto z a *Wykonanie przez Wykonawcę Usługi Wdrożenia Systemu* w poz. 2 wartości brutto stanowiącej iloczyn zryczałtowanej opłaty miesięcznej brutto i liczby miesięcy za *Świadczenie przez Wykonawcę Usług Udostępniania Systemu*, w poz. 3 wartości brutto za *Świadczenie przez Wykonawcę Usług Modyfikacji Systemu*, w poz. 4 ceny oferty brutto stanowiącej sumę pozycji 1, 2 oraz 3.

Izba ustaliła, że zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 2 lutego 2023 r. na kwotę 3 384 000,00 zł, co stanowi równowartość 759 834,74 euro na podstawie pozyskanych podczas wstępnych konsultacji rynkowych informacji o wartościach szacunkowych wdrożenia i utrzymania platform, zgodnie z informacjami przekazanymi przez wykonawców.

Do upływu terminu składania ofert ostatecznych (16 maja 2024 r.) w postępowaniu wpłynęły dwie oferty ostateczne:

- 1. Odwołującego z ceną brutto 6 209 040,00 zł, w tym 996 300,00 zł za Wykonanie przez Wykonawcę Usługi Wdrożenia Systemu oraz 430,50 zł według stawki za jedną roboczogodzinę brutto za Świadczenie Usług Modyfikacji Systemu,*
- 2. Przystępującego z ceną brutto 3 796 163,20 zł, w tym 621 563,20 zł za Wykonanie przez Wykonawcę Usługi Wdrożenia Systemu oraz 270,60 zł według stawki za jedną roboczogodzinę brutto za Świadczenie Usług Modyfikacji Systemu.*

Zamawiający wskazał, iż przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 4 162 320,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że Zamawiający ostatecznie nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny.

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zasługiwał na uwzględnienie z uwagi na istotną okoliczność faktyczną, tj. nieprzeprowadzenie procedury wyjaśnienia ceny zaofertowanej przez Przystępującego. Wskazać należy, że zastosowanie sankcji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp musi zostać poprzedzone wszczęciem procedury z art. 224 ustawy Pzp, innymi słowy zamawiający nie jest uprawniony arbitralnie odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, lecz w pierwszej kolejności jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, następnie winien złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ocenić i dopiero w razie negatywnej ich oceny, jest zobowiązany odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wzywał Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czego zresztą potwierdzeniem jest zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania. Tym samym nie może zostać uznany za zasadny zarzut naruszenia przepisu, co do którego nie wypełniły się procedury poprzedzające możliwość jego zastosowania. Zatem podnoszenie na tym etapie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest chybione.

Nie doszło również do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem Odwołujący wskazuje, że określenie przez Przystępującego ceny za Usługę Wdrożenia Systemu nie ma swego źródła w rzeczywistej kalkulacji kosztów i rzeczywistym zakresie prac przeznaczonych do wykonania na potrzeby należytej realizacji Usługi Wdrożenia Systemu i świadczy o nierzetelnej wycenie oferty złożonej w postępowaniu, w sposób sprzeczny z zasadą uczciwego konkurowania cenami, co jest równoznaczne z nieuczciwym, sprzecznym z dobrym obyczajem konkurowaniem przez wykonawcę ZETO Lublin zaniżonymi cenami.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy dookreślono, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 9 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2028/17, *Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona.*

W ocenie Izby, Odwołujący stawiając powyższy zarzut w żaden sposób nie udowodnił ustawowych przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie, tj. nie udowodnił, że działanie Przystępującego nosi znamiona czynu

nieuczciwej konkurencji, a złożenie oferty stanowi zakazaną praktykę utrudniania, mającą na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym bardziej, że pod ocenę może być brana tylko cena całkowita oferty, a nie jej wybrane elementy. Samo zaniżenie ceny oferty, jak i niedoszacowanie kosztów poszczególnych części składowych zamówienia, nie jest wystarczające do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Okoliczność, iż cena całkowita oferty Przystępującego jest niższa do ceny Odwołującego, nie może stanowić podstawy do uznania, iż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nie ma też możliwości, aby stwierdzić, że oferta została złożona w celu wyeliminowania konkurencji, albowiem w ocenie Izby, stanowi jedynie o fakcie odmiennego skalkulowania kosztów takiej usługi - odmiennie niż Odwołujący.

Równocześnie, aby wykazać zasadność tego zarzutu Odwołujący powinien udowodnić, że działanie Przystępującego polegające na zaniżaniu cen jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Po drugie, powinien wykazać, że działanie to zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Wreszcie, powinien także wykazać wpływ ewentualnego zniżenia ceny w tym postępowaniu na sytuację na rynku właściwym. Żadnej z tych okoliczności Odwołujący nawet nie spróbował udowodnić.

Skład orzekający podziela stanowisko prezentowane przez Przystępującego, że niezasadnym jest powołanie się przez Odwołującego na orzecznictwo w sprawach, w których wykonawcy manipulowali cenami ofert w celu sztucznego podwyższenia punktacji swoich ofert. Odwołujący podnosi jedynie, że Przystępujący zaniżył cenę Usługi Wdrożenia Systemu. Jednocześnie Odwołujący nie czyni żadnych zarzutów wobec cen za Usługę Udostępnienia Systemu lub Usługę Modyfikacji Systemu, w szczególności Odwołujący nie twierdzi, iż ceny te zostały w sposób sztuczny zawyżone lub są nierynkowe. Dlatego też nie sposób tu mówić o jakimkolwiek sztucznym przesuwaniu wartości pomiędzy różnymi kategoriami cen jednostkowych.

W związku z powyższym Izba uznała powyższy zarzut odwołania za bezpodstawny.

Dalej, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający winien wezwać Przystępującego do wyjaśnienia ceny, w tym w szczególności kosztów i podstaw oszacowania pracochłonności elementów składających się na Usługę Wdrożenia Systemu, objętych przedmiotem zamówienia. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił własny szacunek prac, gdzie wskazał, że z jego obliczeń wynika, że Przystępujący będzie realizował prace w wymiarze znacznie wyższym, tj. 8.400 roboczogodzin, niż przewidział to Przystępujący – ok. 2.297 roboczogodzin.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budziła uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaproponowanych stawek.

Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Bezsprawną okolicznością jest to, iż nie zaszyły podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z 30% kryterium arytmetycznym, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem cena Przystępującego nie jest niższa ani o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, ani od średniej arytmetycznej ceny ofert złożonych w postępowaniu.

Izba wskazuje, że wezwanie do wyjaśnień mogłoby przekształcić się w obowiązek Zamawiającego dopiero w przypadku zaistnienia u niego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie. Powyższe

potwierdza również art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług*. Zatem, warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaofiarowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego.

Wymaga również podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

Zdaniem składu orzekającego istotną kwestią była okoliczność, że dane, na podstawie których doszło do oszacowania wartości zamówienia pochodziły od wykonawców uczestniczących we wstępnych konsultacjach rynkowych, w których udział wzięli Odwołujący i który wskazał 696.000 zł netto za cenę wdrożenia. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że na etapie oferty wstępnej Przystępujący zaofiarował ceny niższe, w tym za usługę wdrożenia 415.614,60 zł brutto, niż te zaofiarowane ostatecznie (cena wdrożenia – 621563,20 zł brutto).

Co do argumentacji Odwołującego o kosztach realizacji funkcjonalności, których brak zadeklarował Przystępujący, należy zgodzić się z Przystępującym, że Odwołujący pomija fakt, iż deklaracja Przystępującego o braku pewnych funkcjonalności została złożona na etapie składania ofert wstępnych (w czerwcu 2023 r.). Jak wyjaśnił Przystępujący w okresie od złożenia oferty wstępnej (czerwiec 2023 r.) do złożenia oferty ostatecznej (maj 2024 r.) wiele z „brakujących” funkcjonalności zostało wprowadzonych lub też było już na daleko posuniętym stanie zawansowania. W konsekwencji, na etapie przygotowania oferty ostatecznej Przystępujący mógł założyć niższe koszty wdrożenia, niż uczyniłby to rok wcześniej, co Odwołujący zupełnie pomija. Natomiast kalkulacja przygotowana przez Odwołującego w każdym przypadku zakłada stworzenie danej funkcjonalności „od zera”. Jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący założył, że od czerwca 2023 r. Przystępujący nie dokonał żadnych zmian w środowisku swojej platformy zakupowej. Równocześnie Odwołujący nie wykazał, że posiada informacje jak wygląda system Przystępującego po kilkunastu miesiącach, które upłynęły od złożenia ofert wstępnych.

W okolicznościach sprawy to nie Zamawiający ma wątpliwości co do stawek zaofiarowanych przez Przystępującego, a wątpliwości te posiada Odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców wydaje się uzasadnione. Nie jest jednak uzasadnionym, aby tego typu wątpliwości przerzucać na Zamawiającego i wymagać od niego, aby korzystał z przysługujących mu uprawnień wyłącznie w celu usunięcia wątpliwości podmiotów ubiegających się o zamówienie, które w przeciwieństwie do Zamawiającego nie są związane zasadą bezstronności i obiektywizmu.

Jednocześnie należy wskazać, że w sytuacji gdy Odwołujący podnosi, iż przedmiotem wyjaśnień winna być cena za Usługę Wdrożenia Systemu zaofiarowana przez Przystępującegoi winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania i udowodnienia niezbędnych ku temu okoliczności. Uzasadnieniem dla powyższego jest podstawa prawna zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione z uwagi na fakt, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do realności jakiegokolwiek elementu ceny oferty Przystępującego.

Odwołujący upatruje podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny podnosząc, że w jego ocenie wydaje się ona rażąco niska, czego dowodem mają być zestawienia przygotowane przez Odwołującego. Przedstawione szacunki nie przekonały składu orzekającego. Po pierwsze nie wiadomo w oparciu o jakie dane (kod oprogramowania) i w jaki sposób zostały one przeprowadzona. Po drugie, autorska metodyka wyceny pracochłonności stosowana przez Odwołującego, która w jego ocenie gwarantuje realistyczne i wiarygodne wyceny projektów wdrożeniowych i uwzględnia wszystkie aspekty procesu wdrożeniowego, bazuje jedynie na doświadczeniach Odwołującego, a zatem nie musi mieć zastosowania do oceny pracochłonności nad rozwojem innego (niż oprogramowanie Odwołującego) systemu. Prezentowane przez Odwołującego wyliczenia stanowią jedynie alternatywną możliwość skalkulowania oferty i oszacowania roboczogodzin, jednakże nie dowodzą, że cena zaofiarowana przez Przystępującego jest rażąco niska, a zaofiarowane ceny przez innych wykonawców mogą wynikać z innych kosztów pracy czy też z innego założonego przez tych wykonawców zysku generowanego na kontrakcie.

Izba zwraca uwagę, że zarzut oparty na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie korzysta z odwróconego ciężaru dowodu wynikającego z art. 537 ustawy Pzp, co oznacza, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, że Zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości, co do

realności cen zaoferowanych. Odwołujący wykazał, że różnice w cenach rzeczywiście występują, ale nie wykazał, że takie różnice powinny powodować wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty Przystępującego obiektywnie nie można zrealizować zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut winien dążyć do wykazania, że element, który w jego ocenie został zaniżony (kosztowo) przez wykonawcę w kontekście ceny całkowitej oferty nie pozwala na zrealizowanie zamówienia za cenę podaną w ofercie z uwzględnieniem odpowiedniego zysku. Tymczasem Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie odniósł się do całkowitej ceny ofertowej Przystępującego, nie wskazując na jej rzekomo nierealistyczny charakter, podczas gdy możliwość kwestionowania części składowych ceny jest ściśle skorelowana właśnie z wykazaniem nieprawidłowości ceny całkowitej. Powyższa zasada została wypracowana na gruncie konsekwentnych stanowisk orzeczniczych w tym zakresie, które jednoznacznie wskazują, że o rażąco niskiej cenie danego elementu można mówić wówczas, jeśli ta wycena przekłada się na zniżenie ceny całkowitej oferty czyniąc ją nierealistyczną (vide wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2516/18). Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 16 września 2019 r., sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19, KIO 1682/19, *Ewentualne zniżenie ceny elementu oferty (verba legis istotnej części składowej), w tym ceny jednostkowej, może mieć znaczenie istotne wówczas, gdy wywiera wpływ na całą cenę oferty w ten sposób, że wykonanie z należytą starannością zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wydaje się niemożliwe. Natomiast nawet jeśli – jak jest w okolicznościach sprawy – poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśniania tej ceny.* Podobnie również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 28/21, 32/21 i Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 42/21.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw, aby żądać od Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji powyższej argumentacji zarzut z odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodnicząca:.....