

## WYROK

Warszawa, dnia 17 lipca 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Engave S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) w celu zawarcia Umowy ramowej, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”)

#### orzeka:

1. Uwzględnia w części zarzut nr 1 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert z dnia 11 czerwca 2024 r., a w ramach ponownego badania ofert – zażądania od Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) wyjaśnień uzasadniających cenę jego oferty w zakresie % upustu wskazanego w Tabeli A Formularza cenowego wraz z dowodami.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100) stanowiącą 1/2 kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

KIO 2174/24

#### Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „ZUS”) prowadzi na podstawie art. 311 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w celu zawarcia Umowy ramowej, z odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących trybu przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zawarcie umowy ramowej na „Dostawę oprogramowania Red Hat lub równoważnego wraz z usługami towarzyszącymi”” (Nr referencyjny: 993200.271.59.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 29 grudnia 2023 r. pod numerem: 00795567-2023.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

21 czerwca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Engave S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Comarch”) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na:

- 1) zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Simplicity”) wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, pomimo iż zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach

zamówienia, a także pomimo tego, iż cena całkowita oferty Simplicity jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania, a rzeczona rozbieżność nie wynika z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;

2) czynności wyboru ofert przez Zamawiającego, pomimo że zachodzą uzasadnione podstawy do przyjęcia, iż wybrana jako najkorzystniejsza (1 w rankingu ofert) oferta Simplicity zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem powinna zostać przez ZUS odrzucona.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (pisownia oryginalna):

„1) art. 224 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP – poprzez zaniechanie czynności zażądania od Simplicity sp. z o.o. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w sytuacji gdy cena oraz jej istotne części składowe – w szczególności % upustu wskazanego w Tabeli A formularza ofertowego oraz maksymalna cena jednostkowa netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego Simplicity sp. z o.o. wskazana w Tabeli B formularza ofertowego – zaoferowane przez tego wykonawcę wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a także w sytuacji gdy cena całkowita oferty Simplicity jest niższa o ponad 40 % od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. kwoty 20 077 207,57 zł);

2) art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP – poprzez wybór oferty Simplicity sp. z o.o., w stosunku do której Zamawiający winien był przyjąć, iż zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji ją odrzucić”.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 3) wezwania Simplicity do złożenia na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem złożonych przez Simplicity wyjaśnień ceny;
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum Comarch podniosło, że w toku procesu badania i oceny ofert Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wezwania wykonawcy Simplicity, który złożył najtańszą spośród wszystkich ofert, do wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że cena oferty Simplicity jest niższa o ponad 40 % od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o 23 % VAT. Ponadto Konsorcjum Comarch nadmieniło, że wykonawca Simplicity powinien zostać wezwany do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, gdyż cena – jej istotne części składowe – w szczególności % upustu wskazanego w Tabeli A formularza ofertowego oraz maksymalna cena jednostkowa netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy wskazana w Tabeli B formularza ofertowego – zaoferowane przez tego wykonawcę wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, ponieważ:

- 1) zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego zaoferowany ZUS przez Simplicity minimalny upust w wysokości 30 % (formularz ofertowy – Tabela A – kolumna h) jest o ~5 punktów procentowych (p.p.) wyższy niż upust, jaki Simplicity otrzymał od producenta oprogramowania Red Hat, a w konsekwencji zaoferowana Zamawiającemu cena za subskrypcję jest o ~5 p.p. niższa niż cena, za którą Simplicity jest zobowiązany dokonać rzeczonych subskrypcji Red Hat;
- 2) maksymalna cena jednostkowa netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy wskazana w Tabeli B formularza ofertowego, a to 145,00 zł netto jest najniższą stawką wśród zaoferowanych – niższą o 25 % od średniej zaoferowanych stawek, a dodatkowo zgodnie z załącznikiem nr 2 do protokołu z dnia 19 kwietnia 2023 r. oraz notatką z potwierdzenia aktualności szacowania wartości zamówienia z dnia 28 listopada 2023 r. – maksymalną cenę jednostkową netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy Zamawiający oszacował na kwotę 345,00 zł netto – a więc kwota maksymalnej ceny jednostkowej netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy wskazana w Tabeli B formularza ofertowego Simplicity nie stanowi nawet ½ tej kwoty – stanowi jedynie 42 % kwoty za usługi wykonawcy oszacowanej z należytą starannością przez ZUS;
- 3) zgodnie z załącznikiem nr 2 do protokołu z dnia 19 kwietnia 2023 r. oraz notatką z potwierdzenia aktualności szacowania wartości zamówienia z dnia 28 listopada 2023 r. szacunkowa wartość zamówienia powiększona o 23% VAT wynosi 20 077 207,57 zł, a zatem oferta Simplicity (11 820 028,21 zł) jest niższa o ponad 40 % od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o 23 % VAT, a w sprawie nie zaistniały oczywiste okoliczności, które uzasadniałyby odstępianie od wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny; jeżeli zaoferowana przez Simplicity cena decyzją ustawodawcy kwalifikuje się do przeprowadzenia wyjaśnień, to oznacza, że jest to cena

w rozumieniu ustawy budząca wątpliwości, niezależnie od ewentualnego przekonania Zamawiającego o braku takich wątpliwości (przy czym Odwołujący podkreślił, iż z udostępnionej mu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dokumentacji postępowania nie wynika, dlaczego ZUS, pomimo zaistnienia ustawowych przesłanek do weryfikacji rażąco niskiej ceny, odstąpił od tej weryfikacji).

Kolejno Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia stanowi w zasadniczej części odsprzedaż: 1) subskrypcji (z uwzględnieniem minimalnego upustu deklarowanego w formularzu ofertowym, który zasadniczo determinuje cenę całkowitą, podlegającą ocenie w kryterium oceny ofert, a następnie cenę w umowach wykonawczych) oraz 2) usług (z uwzględnieniem maksymalnej stawki za roboczogodzinę) producenta Red Hat na zasadach określonych w umowie, które zarówno wybrani wykonawcy, jak i Odwołujący, skalkulowali na praktycznie identycznym poziomie. Konsorcjum Comarch podniosło, że właśnie tak zdefiniowany przedmiot zamówienia przesądza o tym, iż ZUS powinien nabrać wątpliwości co do sposobu skalkulowania oferty przez Simplicity – biorąc pod uwagę fakt zaoferowania Zamawiającemu cen kalkulowanych z uwzględnieniem wyższego upustu niż upust zaoferowany Simplicity przez producenta Red Hat. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w analogicznym stanie faktycznym (sygn. akt KIO 2692/23), w którym Izba wskazywała: „(...) Jednakże Zamawiający z uwagi na wymagany przez siebie sposób realizacji usługi, sprowadzający się de facto do wykupienia jej u producenta programowania, obiektywnie rzecz biorąc winien powziąć wątpliwości co do możliwości jej należytego wykonania przez wybranego wykonawcę bez podnoszenia straty (...)”.

Ponadto Konsorcjum Comarch wskazało, że jedyną usługą, którą bezpośrednio świadczy wykonawca, jest usługa wsparcia konsultacyjnego wykonawcy wskazana w Tabeli B formularza ofertowego – jest zatem jedyną usługą, co do której wykonawca kształtuje cenę samodzielnie (bez udziału producenta oprogramowania Red Hat). Odwołujący nadmieniał, że w tym przypadku Simplicity zaoferowało stawkę nierealną i nierynkową, mając na uwadze zakres i stopień skomplikowania świadczenia w postaci wsparcia konsultacyjnego wykonawcy wynikający z Umowy ramowej, wymagający specjalistycznej wiedzy dotyczącej oprogramowania Red Hat. Zdaniem Konsorcjum Comarch Zamawiający błędnie przeszedł do porządku dziennego nad faktem, iż stawka 145,00 zł jest nie tylko najniższą stawką w ogóle zaoferowaną w Postępowaniu, nie tylko stawką o ¼ niższą niż średnia stawek oferowanych przez wykonawców, ale też stawką zaniżoną o prawie 60 % względem szacowanej przed wszczęciem Postępowania przez ZUS stawki za tak świadczone usługi. Przy tym bardzo duża liczba godzin przyjętych do kalkulacji całości ceny w ramach formularza ofertowego (15 000 godzin) – przesądza o tym, iż wycena tej pojedynczej stawki ma znaczące przełożenie na finalną cenę oferty, ocenianą w kryterium oceny ofert, decydującą o tym, który z wykonawców zawrze z Zamawiającym Umowę ramową.

Odwołujący podkreślił, że – w jego ocenie – zarówno rzeczony % upustu, ze względu na zakres dostaw subskrypcji i udział tych dostaw w przedmiocie zamówienia podlegającym wycenie zgodnie z formularzem ofertowym, jak i wysokość maksymalnej ceny jednostkowej netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy jako jedyny element, w którym wykonawcy kształtują cenę samodzielnie (bez konieczności uwzględnienia kosztu zakupu dostawy/usługi od Red Hat), stanowią istotne części składowe ceny. Konsorcjum Comarch zaznaczyło, że w konsekwencji wobec licznych wątpliwości co do tego, jak Simplicity skalkulowało te elementy, a także wobec rozbieżności tych elementów z przeprowadzonym przez Zamawiającego szacowaniem wartości zamówienia, zwłaszcza te składowe ceny powinny podlegać procedurze wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Nadto Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż Umowa ramowa stanowi umowę zawieraną pomiędzy Zamawiającym a jednym wykonawcą lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie i nie ma charakteru zobowiązującego, a jej istotą i celem jest ustalenie przyszłych warunków zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących cen oraz przewidywanych ilości. Konsorcjum Comarch wskazało, że Umowa ramowa w § 6 ust. 6 i ust. 7 przewiduje sposób kalkulowania wynagrodzenia umów wykonawczych. W ocenie Odwołującego mając na uwadze fakt, iż zaoferowany Zamawiającemu przez Simplicity minimalny upust w wysokości 30 % (formularz ofertowy – Tabela A – kolumna h) jest o ~5 p.p. wyższy niż upust, jaki Simplicity otrzymał od producenta oprogramowania Red Hat, każdorazowo zawierając umowę wykonawczą, która za przedmiot ma dostawę Produktów wskazanych w cenniku, Simplicity będzie oferowało cenę zaniżoną (poniżej ceny zakupu).

Niezależnie od powyższego Konsorcjum Comarch podniosło, że już sam fakt, iż oferta Simplicity przekracza o ponad 40 % szacowaną wartość zamówienia powiększoną o 23 % VAT, winien być przesłanką do powzięcia przez ZUS wątpliwości co do sposobu kalkulowania ceny przez tego wykonawcę i w konsekwencji wezwania go do wyjaśnień ceny i przedstawienia dowodów w zakresie tych wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez Simplicity powinna podlegać generalnemu sprawdzeniu czy została skalkulowana w sposób prawidłowy, czy ma rynkowy charakter i czy gwarantuje ona możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w należyty sposób, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W złożonej pismem z dnia 8 lipca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie z dnia 9 lipca 2024 r. wykonawca Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem 2 pkt 2.1.2. SWZ:

„Przedmiotem postępowania jest zawarcie Umowy ramowej na wybór Wykonawców w dostarczaniu na rzecz Zamawiającego wszystkich typów licencji opartych na subskrypcjach na oprogramowania Producenta Red Hat lub oprogramowania równoważnego, wskazanych każdorazowo w aktualnym Cenniku Producenta, w tym w szczególności Produktów wymienionych w Załączniku nr 1A do SWZ, wraz ze wsparciem technicznym oraz świadczenie Usług wsparcia eksperckiego i wsparcia konsultacyjnego w zakresie dostarczonego oprogramowania Producenta”.

W myśl postanowień Rozdziału 1 pkt 1.2.1., 1.2.5., 1.2.6., 1.2.8., 1.2.9. oraz 1.2.10. SWZ:

„1.2.1. Cennik – dedykowany cennik Produktów Producenta, zawierający sugerowane przez Producenta ceny Produktów podane w złotych polskich lub w walucie innej niż złoty polski.

(...)

1.2.5. Producent – Red Hat lub producent oferujący Rozwiązania równoważne do tego oprogramowania.

1.2.6. Produkt – oprogramowanie oraz jego aktualizacje wydawane przez Producenta dostarczane na podstawie Umów wykonawczych wraz z udzieleniem przez Producenta licencji opartej na subskrypcji, wymienione w Cenniku Producenta, jak i wsparcie techniczne, świadczone na zasadach określonych w Umowie.

(...)

1.2.8. Umowa/Umowa ramowa – należy przez to rozumieć Umowę ramową, której przedmiotem jest określenie zasad i warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w okresie obowiązywania Umowy, na dostawę wszystkich typów Produktów oraz świadczenie Usług, zawartą pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą/-ami, na warunkach określonych w Umowie i w załącznikach, stanowiących jej integralną część.

(...)

1.2.9. Umowa wykonawcza – umowa o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami, zawarta na podstawie Umowy ramowej, pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, po przeprowadzeniu postępowania o zawarcie Umowy wykonawczej.

1.2.10. Usługa – usługa wsparcia eksperckiego Producenta lub wsparcia konsultacyjnego Wykonawcy w zakresie Produktów Producenta.

(...)”.

Analogiczne definicje znajdują się również w Umowie ramowej, której wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ.

Stosownie do brzmienia postanowienia Rozdziału 2 pkt 2.2.1. SWZ „Termin realizacji zamówienia: 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy ramowej, lub do wyczerpania maksymalnej wartości Umowy ramowej”.

Zamawiający w Rozdziale 5 pkt 5.1., 5.5. oraz 5.6. SWZ wskazał, co następuje:

„5.1. Wykonawca podaje cenę oferty, wyliczoną zgodnie z zasadami i wzorem oraz na podstawie poglądowej liczby Produktów i Usług zawartych w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ), łącznie z podatkiem VAT oraz przeniesioną do Formularza ofertowego – Załącznik nr 1 do SWZ.

(...)

5.5. Ceny Usług wsparcia eksperckiego oraz Usług wsparcia konsultacyjnego wskazane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) muszą być wyrażone w złotych polskich i zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

5.6. Poziomy upustów dla Produktów wskazane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) muszą być wyrażone w % i zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

(...)”.

W myśl postanowień Rozdziału 7 pkt 7.1.2. oraz 7.2.1. SWZ:

„(...)

7.1.2. W przypadku, gdy zaoferowana cena/koszt lub istotne części składowe ceny/kosztu 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 zwróci się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny/kosztu lub istotnych części składowych ceny/kosztu.

(...)

7.2.1, Jedynym kryterium oceny ofert jest Cena – 100%.

(...)”.

Zgodnie z § 2 ust. 1-3 i 5 Umowy ramowej:

„1. Przedmiotem Umowy ramowej jest ustalenie zasad i warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w okresie jej obowiązywania przez Zamawiającego na podstawie Umów wykonawczych.

2. Przedmiotem Umów wykonawczych zawartych na podstawie Umowy ramowej będzie dostawa Produktów wskazanych w Cenniku, jak i świadczenie Usług.

3. Wykaz Produktów Producenta, zawarty w ofercie Wykonawcy (Załącznik nr 3 do Umowy), zawiera jedynie przewidywane ilości Produktów do dostarczenia oraz przewidywane ilości roboczogodzin Usług. Jednocześnie Wykonawca zobowiązuje się do dostarczania wszystkich Produktów wskazanych w aktualnym Cenniku, zamawianych każdorazowo przez Zamawiającego, zgodnie z rodzajem i ilościami każdorazowo określonymi w Umowach wykonawczych. Zamawiający w okresie obowiązywania Umowy ramowej zobowiązuje się do:

- 1) zamówienia minimum dwóch rodzajów Produktów w liczbie co najmniej 39 subskrypcji łącznie;
- 2) wykorzystania minimum 20 roboczogodzin Usług wsparcia eksperckiego;
- 3) wykorzystania minimum 5.000 roboczogodzin Usług wsparcia konsultacyjnego.

(...)

5. Przedmiot Umów wykonawczych realizowany będzie przez Wykonawcę:

1) posiadającego status partnera Producenta Red Hat, tzn. podmiotu uprawnionego do oferowania Produktów na rynku polskim,

albo

2) posiadającego autoryzację Producenta Rozwiązania równoważnego do oferowania Rozwiązania równoważnego na rynku polskim.

(...)”.

Stosownie do brzmienia § 6 ust. 5-7 Umowy ramowej:

„(...)

5. Wynagrodzenie przysługuje Wykonawcy z tytułu wykonania każdej z Umów wykonawczych i zostanie każdorazowo określone w każdej z Umów wykonawczych.

6. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania Umowy wykonawczej będzie stanowiło sumę tych spośród poniższych składników, które objęte były daną Umową wykonawczą:

- 1) gdy przedmiot Umowy wykonawczej będzie obejmował dostawę Produktów wskazanych w Cenniku, wynagrodzenie będzie stanowiło sumę iloczynów liczby zamawianych poszczególnych Produktów, ich ceny w Cenniku, kursu walutowego – zgodnie z § 3 ust. 9 Umowy – jeśli cena Produktu w Cenniku jest wyrażona w walucie innej niż złoty polski, oraz upustu wskazanego przez Wykonawcę w ofercie dot. danej Umowy wykonawczej;
- 2) gdy przedmiot Umowy wykonawczej będzie obejmował świadczenie Usług wsparcia eksperckiego, wynagrodzenie będzie stanowiło iloczyn liczby godzin świadczenia Usług wsparcia eksperckiego i Ceny jednostkowej Usług wsparcia eksperckiego wskazanej przez Wykonawcę w ofercie dot. danej Umowy wykonawczej;
- 3) gdy przedmiot Umowy wykonawczej będzie obejmował świadczenie Usług wsparcia konsultacyjnego w zakresie Produktów Producenta, wynagrodzenie będzie stanowiło iloczyn liczby godzin świadczenia Usług wsparcia konsultacyjnego w zakresie Produktów Producenta i Ceny jednostkowej Usług wsparcia konsultacyjnego w zakresie Produktów Producenta wskazanej przez Wykonawcę w ofercie dot. danej Umowy wykonawczej.

7. Strony ustalają następujące wartości minimalnego upustu dla Produktów w stosunku do cen Cennika Producenta oraz

maksymalnej Ceny jednostkowej Usług wsparcia eksperckiego Producenta i Usług wsparcia konsultacyjnego:

1) Wykonawca nr 1– zgodnie z ofertą stanowiącą Załącznik nr 3a do Umowy:

a) .....% upustu dla Produktów,

b) ..... zł (słownie: ..... ) brutto, w tym ..... zł (słownie: ..... ) netto za 1 roboczogodzinę Usług wsparcia eksperckiego,

c) ..... zł (słownie: ..... ) brutto, w tym ..... zł (słownie: ..... ) netto za 1 roboczogodzinę Usług wsparcia konsultacyjnego;

(...)"

Zgodnie z § 4 Umowy wykonawczej, której wzór stanowi Załącznik nr 2A do SWZ:

„1. Maksymalne wynagrodzenie brutto, tj. z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT), z tytułu realizacji przedmiotu Umowy wykonawczej wynosi .....zł (słownie: .....), w tym maksymalne wynagrodzenie netto wynosi..... zł (słownie .....). Na maksymalne wynagrodzenie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, składają się:

1) maksymalne wynagrodzenie brutto za dostawę Produktów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 Umowy wykonawczej, – uwzględniające upust określony w ust. 2 – w kwocie: .....zł (słownie: .....), w tym maksymalne wynagrodzenie netto w kwocie: ..... zł (słownie: .....);

2) maksymalne wynagrodzenie brutto za świadczenie Usług wsparcia eksperckiego, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Umowy wykonawczej, w kwocie: .....zł (słownie: .....), w tym maksymalne wynagrodzenie netto w kwocie: ..... zł (słownie .....);

3) maksymalne wynagrodzenie brutto za świadczenie Usług wsparcia konsultacyjnego w zakresie oprogramowania Producenta, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 Umowy wykonawczej, w kwocie: .....zł (słownie: .....), w tym maksymalne wynagrodzenie netto w kwocie: ..... zł (słownie: .....).

2. Upust dla Produktów wynosi ....%.

3. Cena jednostkowa brutto Usług wsparcia eksperckiego, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Umowy wykonawczej, wynosi.....zł (słownie: .....), w tym Cena jednostkowa netto wynosi ..... zł (słownie: .....).

4. Cena jednostkowa brutto Usług wsparcia konsultacyjnego w zakresie oprogramowania Producenta, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 Umowy wykonawczej, wynosi .....zł (słownie: .....), w tym Cena jednostkowa netto wynosi: ..... zł (słownie: .....)".

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 16 322 932,98 zł netto.

Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o 23 % VAT stanowi kwotę 20 077 207,56 zł brutto.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 22 marca 2024 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostało złożonych 7 ofert:

- 1) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Linux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz T-Mobile Polska Business Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Linux”) – cena oferty brutto: 12 816 328,21; cena oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 36,16 %;
- 2) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Engave S.A. z siedzibą w Warszawie – cena oferty brutto: 13 237 434,43 zł; cena oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 34,07 %;
- 3) oferta wykonawcy Wingu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – cena oferty brutto: 12 642 347,03 zł; cena oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 37,03 %;
- 4) oferta wykonawcy Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – cena oferty brutto: 14 092 041,21 zł; cena oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 29,81 %;
- 5) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fujitsu Technology Solution sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Fujitsu”) – cena oferty brutto: 12 936 445,00 zł; cena oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 35,57 %;
- 6) oferta wykonawcy Cloudware Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – cena oferty brutto: 13 520 437,42 zł; cena oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 32,66 %;
- 7) oferta wykonawcy Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – cena oferty brutto: 11 820 028,21 zł; cena oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed

wszczęciem Postępowania o 41,13 %.

Średnia arytmetyczna z siedmiu wyżej wymienionych ofert wynosi 13 009 294,50 zł brutto. Jest to kwota niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 35,20 %.

Cena oferty Konsorcjum Linux jest niższa od średniej arytmetycznej z wszystkich złożonych ofert o 1,48 %.

Cena oferty Konsorcjum Comarch jest wyższa od średniej arytmetycznej z wszystkich złożonych ofert o 1,75 %.

Cena oferty Wingu sp. z o.o. jest niższa od średniej arytmetycznej z wszystkich złożonych ofert o 2,82 %.

Cena oferty Symmetry sp. z o.o. jest wyższa od średniej arytmetycznej z wszystkich złożonych ofert o 8,32 %.

Cena oferty Konsorcjum Fujitsu jest niższa od średniej arytmetycznej z wszystkich złożonych ofert o 0,56 %.

Cena oferty Cloudware Polska sp. z o.o. jest wyższa od średniej arytmetycznej z wszystkich złożonych ofert o 3,93 %.

Cena oferty Simplicity sp. z o.o. jest niższa od średniej arytmetycznej z wszystkich złożonych ofert o 9,14 %.

Wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 1A do SWZ w Tabeli A w kolumnie pn. „Upust w % co najmniej” wskazali, co następuje:

- 1)Konsorcjum Linux – 30,00 %;
- 2)Konsorcjum Comarch – 30,90 %;
- 3)Wingu sp. z o.o. – 25,00 %;
- 4)Symmetry sp. z o.o. – 24,50 %;
- 5)Konsorcjum Fujitsu – 29,00 %;
- 6)Cloudware Polska sp. z o.o. – 25,00 %;
- 7)Simplicity sp. z o.o. – 30,00 %.

Wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 1A do SWZ w Tabeli B w kolumnach pn. „Maksymalna cena jednostkowa netto roboczogodziny usług – w PLN” oraz „Maksymalna cena jednostkowa brutto roboczogodziny usług – w PLN” w odniesieniu do „usługi wsparcia konsultacyjnego wykonawcy” wskazali, co następuje:

- 1)Konsorcjum Linux – 199,00 zł netto (244,77 zł brutto);
- 2)Konsorcjum Comarch – 228,00 zł netto (280,44 zł brutto);
- 3)Wingu sp. z o. o. – 155,00 zł netto (190,65 zł brutto);
- 4)Symmetry sp. z o. o. – 230,00 zł netto (282,90 zł brutto);
- 5)Konsorcjum Fujitsu – 197,30 zł netto (242,68 zł brutto);
- 6)Cloudware Polska sp. z o.o. – 200,00 zł netto (246,00 zł brutto);
- 7)Simplicity sp. z o. o. – 145,00 zł netto (178,35 zł brutto).

Szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia dla usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy (1 roboczogodzina) wynosi 345,00 zł netto (424,35 zł brutto).

Średnia cen brutto za usługi wsparcia konsultacyjnego wykonawcy zaoferowanych przez wyżej wymienionych wykonawców wynosi 237,97 zł i jest to kwota niższa od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT o 43,92 %.

Cena brutto zaoferowana przez Simplicity sp. z o. o. za roboczogodzinę usługi wsparcia konsultacyjnego wynosi 178,35 zł i jest to kwota niższa od średniej cen brutto za usługi wsparcia konsultacyjnego zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o 25,05 %.

Pismem z dnia 11 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszych ofert wykonawców: Simplicity sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Wingu sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum Linux z siedzibą w Warszawie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

„1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

(...)"

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (...)"

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut nr 1 petitum odwołania podlegał częściowemu uwzględnieniu.

Należy zauważyć, że w myśl art. 224 ust. 1 ustawy Pzp 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”. Z powołanego powyżej przepisu wynika, że badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny może podlegać nie tylko cena oferty, ale również jej istotna część składowa (nie jest to zatem dowolna jej część). Ustawodawca nie zdecydował się doprecyzować co należy rozumieć pod sformułowaniem istotnej części składowej, natomiast przyjmuje się, że są to elementy zamówienia istotne pod względem cenotwórczym lub pod względem merytorycznym tj. w aspekcie prawidłowego wykonania zamówienia. Zarówno z doktryny jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika bowiem, że istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu są te części składowe, które ze względu na ich wartość a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia (zob. m.in.: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 224 ustawy Pzp; M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, art. 224 ustawy Pzp; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2024 r. o sygn. akt KIO 580/24; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 129/24; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 237/23, KIO 239/23; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2023 r. o sygn. akt KIO 2524/23 KIO 2531/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3559/23). W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 3 stycznia 2018 r. o sygn. akt XXIII Ga 1547/17, zgodnie z którym pojęcie istotnej części składowej ceny lub kosztu należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy.

Mając na względzie powyższe należy zatem wskazać, że aby zaistniała przesłanka wskazana w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wobec istotnych części składowych ceny lub kosztu, muszą zostać spełnione łącznie warunki dotyczące istotności kwestionowanych części składowych oraz tego, że ich ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do



przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Konieczne jest więc wystąpienie tylko jednej z dwóch przesłanek o charakterze klauzul generalnych, aby zamawiający był zobligowany zażądać od wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty. De lege lata wystarczy bowiem, aby zamawiającemu istotne części składowe ceny lub kosztu wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo aby wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z odnośnymi wymaganiami. Natomiast nie jest wymagana kumulatywne wystąpienie tych przesłanek, jak to było w poprzednim stanie prawnym (vide: art. 90 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)) (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2023 r. o sygn. akt KIO 2692/23).

Ponadto wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 ustawy Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1) albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 2). Skład orzekający podziela prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym „(...) ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 PrZamPubl, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 PrZamPubl nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerwania na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (...)” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2023 r. o sygn. akt KIO 1134/23 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 stycznia 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 153/22).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że podstawę faktyczną uwzględnionego zakresu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi okoliczność zaoferowania przez Simplicity w Formularzu cenowym w Tabeli A w kolumnie pn. „Upust w % co najmniej” minimalnego upustu w wysokości 30 %, który jest o ~5 punktów procentowych (p.p.) wyższy niż upust, jaki Przystępujący otrzymał od producenta oprogramowania Red Hat, a w konsekwencji – jak podniósł Odwołujący – zaoferowania ZUS ceny za subskrypcje, która jest o ~5 punktów procentowych (p.p.) niższa niż cena, za którą Simplicity jest zobowiązany dokonać rzeczonych subskrypcji Red Hat.

W ocenie składu orzekającego Konsorcjum Comarch trafnie zauważyło, że mając na uwadze fakt, iż zaoferowany Zamawiającemu przez Simplicity minimalny upust jest wyższy niż upust, jaki Przystępujący otrzymał od producenta oprogramowania Red Hat, każdorazowo zawierając Umowę wykonawczą, która za przedmiot ma m.in. dostawę Produktów wskazanych w aktualnym Cenniku, Simplicity będzie oferowało w wyżej wymienionym zakresie cenę zaniżoną – poniżej ceny zakupu. W tym miejscu zasadne jest podkreślenie, że „Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (...); Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (tak: A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 224 ustawy Pzp; por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt XIX Ga 3/07). Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 19 grudnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 144/22 „Zgodnie z poglądami wyrażonymi przez organy orzekające cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 stycznia 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 153/22). Z kolei zaniżenie ceny lub kosztu

części oferty może mieć istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 718, art. 224 ustawy Pzp).

Należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący przedstawił stosowną argumentację w zakresie zaoferowania ZUS przez Simplicity minimalnego upustu w wysokości 30 %, który jest o ~5 punktów procentowych (p.p.) wyższy niż upust, jaki wykonawca ten otrzymał od producenta oprogramowania Red Hat oraz dowody, które nie zostały obalone przez Zamawiającego i Przystępującego. Izba uznała za wystarczająco uprawdopodobnione przywołane okoliczności w kontekście powzięcia obiektywizowanych wątpliwości co do zaniżenia przez Simplicity ceny za subskrypcje poszczególnych Produktów o ~5 punktów procentowych (p.p.) w stosunku do ceny, za którą Przystępujący jest zobowiązany dokonać rzeczonych subskrypcji Red Hat (a w konsekwencji budzący również wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę). Kluczowym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy był dowód nr 1 w postaci korespondencji mailowej z Panem Grzegorz Woźniakiem (przedstawicielem firmy Red Hat), który potwierdził, że na potrzeby tego konkretnego zamówienia wykonawca Simplicity uzyskał od Red Hat upust od cen katalogowych w wysokości 25%, a nie 30 % – jak to zostało wskazane przez Przystępującego w Formularzu cenowym w Tabeli A w kolumnie pn. „Upust w % co najmniej”. Znamienne jest również, że Pan Grzegorz Woźniak poinformował, że rabat w wysokości 25 % dla Simplicity został przekazy wszystkim dystrybutorom oprogramowania Red Hat posiadających prawo do odsprzedaży na terenie Polski tj. Arrow ECS sp. z o.o. oraz Exclusive Networks Poland S.A. (dowód nr 2). Tymczasem Przystępujący poprzestał wyłącznie na głośnym zaprzeczeniu, że subskrypcje oprogramowania Red Hat nie są sprzedawane poniżej ceny zakupu (pkt II.A.16 pisma procesowego z dnia 9 lipca 2024 r.), co w ocenie Izby nie miało stanowczego charakteru, a raczej wymijający i hipotetyczny, a ponadto kwestionowaniu wiarygodności złożonych przez Odwołującego dowodów. Simplicity nie przedstawił jednak żadnego kontrdowodu, z którego wynikałoby w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości, że uzyskał od firmy Red Hat upust od cen katalogowych w wysokości 30% – tak jak zostało to wskazane w ofercie. Podkreślenia wymaga, że irrelevantny dla rozstrzygnięcia omawianej kwestii okazał się dowód nr 1 stanowiący załącznik do pisma procesowego Przystępującego – Certyfikat Red Hat Advance Business Partner, złożony na okoliczność wykazania szerokiej współpracy z Red Hat Inc. i uzyskania znaczącego statusu partnerskiego uprawniającego do specjalnych warunków współpracy i znacznych upustów do cen nabycia produktów Red Hat. Słusznie bowiem podniósł Odwołujący podczas rozprawy, że z treści rzeczonych dokumentów nie wynika w jakiej wysokości rabat miał otrzymać Simplicity od Red Hat ani upust na jakim poziomie udzielany jest podmiotom, które posiadają taki certyfikat. Należy zwrócić uwagę, że pomimo to, iż Przystępujący powziął informację o kwestionowanym poziomie minimalnego upustu wskazanego w Formularzu cenowym w Tabeli A z treści odwołania nie zdołał wykazać, że uzyskał od Red Hat upust od cen katalogowych w wysokości 30 %, ani w piśmie procesowym z dnia 9 lipca 2024 r. ani w stanowisku zaprezentowanym podczas rozprawy. Simplicity próbował odeprzeć twierdzenia Konsorcjum Comarch w przedmiocie zaoferowania minimalnego upustu w wysokości 30 %, który jest o ~5 punktów procentowych (p.p.) wyższy niż upust, jaki Przystępujący otrzymał od producenta oprogramowania Red Hat, powołując się na fakt, że informacje o wysokości przysługującego mu upustu objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa zarówno Simplicity jak i Red Hat Inc. Biorąc pod uwagę przebieg niniejszego postępowania odwoławczego Izba uznała powyższe stanowisko za element taktyki procesowej. Jednocześnie skład orzekający stwierdził, że Odwołujący w sposób wystarczający uzasadnił okoliczności, które czyni podstawą postawionego zarzutu zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie % minimalnego upustu wskazanego w Tabeli A Formularza cenowego, który należy uwzględnić w wyliczeniu cen za odsprzedaż subskrypcji, które – co znamienne – stanowią istotne elementy składowe ceny oferty. Odsprzedaż subskrypcji stanowi bowiem część niniejszego zamówienia, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy, co wynika nie tylko z załącznika nr 2 pn. „Szacowanie” do protokołu z dnia 19 kwietnia 2023 r., ale zostało również wprost przyznane przez Przystępującego w pkt II.B.4 pisma procesowego z dnia 9 lipca 2024 r. Reasumując, należało uznać, że brak skutecznego podważenia zarzutu Odwołującego związanego z zaniżeniem przez Simplicity cen za subskrypcje poszczególnych Produktów o ~5 punktów procentowych (p.p.) w stosunku do cen, za które Przystępujący jest zobowiązany dokonać rzeczonych subskrypcji Red Hat, doprowadził do konieczności stwierdzenia, że omówiona okoliczność obiektywnie rzecz biorąc powinna wzbudzić wątpliwości u Zamawiającego co do możliwości odsprzedaży subskrypcji przez wybranego wykonawcę bez ponoszenia straty, co wypełnia przesłankę z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególnych uwarunkowaniach tego Postępowania zachodzi bowiem wysokie prawdopodobieństwo, że ceny za odsprzedaż subskrypcji w odniesieniu do poszczególnych Produktów mogą nie pokrywać kosztów, które Przystępujący będzie musiał ponieść w związku z ich zakupem. Jednocześnie nie ma innego sposobu zweryfikowania tej okoliczności, niż w drodze złożenia przez Simplicity stosownych wyjaśnień i dowodów na żądanie Zamawiającego w ramach procesu badania ofert. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 września

2023 r. o sygn. akt KIO 2692/23, w którym skład orzekający wskazał, co następuje: „(...) relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy ma charakter nadrzędny, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). Nie oznacza to, że inne okoliczności niż objęte tymi przepisami nie mogą w sposób zobiektywizowany wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów (...); (...) jak wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 293/17, pierwszą z powyższych przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, jednakże takiego, z którego zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia w danych realiach rynkowych, stąd nie może „wydawać się” zamawiającemu pozornie, bądź pozornie „nie wydawać się”. Według zbieżnej wykładni zaprezentowanej przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1277/20, jakkolwiek wspomniana regulacja odwołuje się do „wątpliwości zamawiającego”, istnieje możliwość skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia tego przepisu w sytuacji wykazania występowania obiektywnych okoliczności, które zamawiający winien wziąć pod uwagę i w konsekwencji wezwać danego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...).” Mając na uwadze przywołane okoliczności, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym powyżej mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego Postępowania

Odnosząc się natomiast do maksymalnej ceny jednostkowej netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy należy wskazać, że argumentacja co do tej części zarzutu zaniechania wezwania Simplicity do wyjaśnień zaofertowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przedstawiona przez Konsorcjum Comarch w treści odwołania nie dała Izbie podstaw do uznania, że zarzut w tym przedmiocie potwierdził się. Podkreślenia wymaga, że uzasadnienie faktyczne tego zakresu zarzutu nr 1 petitum odwołania ograniczało się wyłącznie do stwierdzenia, iż Simplicity zaofertowało stawkę nierealną i nierynkową, mając na uwadze zakres i stopień skomplikowania świadczenia w postaci wsparcia konsultacyjnego wykonawcy wynikający z Umowy ramowej. Ponadto Odwołujący podniósł, że stawka 145,00 zł netto podana przez Przystępującego w Formularzu cenowym w Tabeli B w kolumnie pn. „Maksymalna cena jednostkowa netto roboczogodziny usług – w PLN” jest najniższą stawką w ogóle zaofertowaną w Postępowaniu, stawką o ¼ niższą niż średnia stawek oferowanych przez wykonawców oraz stawką zaniżoną o prawie 60 % względem szacowanej przed wszczęciem Postępowania przez Zamawiającego stawki za tak świadczone usługi (345,00 zł netto). Tym samym omawiany zarzut sprowadzał się do ogólnikowych, gołosłownych twierdzeń, że maksymalna cena jednostkowa netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy wskazana w Tabeli B Formularza cenowego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości ZUS co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał okoliczności, które wskazywałyby, że konieczne jest zastosowanie wobec oferty Simplicity wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na kwestionowaną stawkę 145,00 zł netto za roboczogodzinę usługi wsparcia konsultacyjnego wykonawcy, pomimo ciążącemu na nim obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie postawionych twierdzeń, zgodnie z zasadą określoną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem zarówno Przystępujący jak i Zamawiający, w przedłożonych pismach procesowych, zdołali przedstawić przekonującą argumentację odnoszącą się do kalkulacji ceny za usługę wsparcia konsultacyjnego wykonawcy. W pierwszej kolejności należy wskazać, że ZUS wyjaśnił, iż przed wszczęciem Postępowania dokonał szacowania wartości „Usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy” na podstawie najwyższej ceny za roboczogodzinę usług wsparcia konsultacyjnego wśród wszystkich ofert złożonych w podobnym postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego. Jak wskazał ZUS, z tej przyczyny, a nie ze względu na zaniżanie cen aktualnych ofert przez wykonawców, we wszystkich złożonych ofertach przedmiotowe roboczogodziny okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30 % od ich wartości szacunkowej. Należy zauważyć, że wartość oszacowana przez Zamawiającego dla tej części zamówienia (345,00 zł netto, 424,35 zł brutto) znacząco odbiega od cen zaofertowanych przez wykonawców. Żaden z wykonawców nie zaofertował bowiem ceny za usługę wsparcia konsultacyjnego chociażby zbliżonej do kwoty podanej przez ZUS. Kwotę za roboczogodzinę świadczenia usług bardzo zbliżoną do oferty Simplicity (145 zł netto/178,35 zł brutto) zaofertował Wingu sp. z o.o (155 zł netto/190,65 zł brutto). Kolejni trzej wykonawcy zaofertowali następujące ceny roboczogodziny: Konsorcjum Fujitsu (197,30 zł netto/242,68 zł brutto), Konsorcjum Linux (199 zł netto/244,77 zł brutto), oraz Cloudware Polska sp. z o.o (200,00 zł netto/246,00 zł brutto). Wreszcie najdroższe stawki zaproponowali Odwołujący (228,00 zł netto/280,44 zł brutto) i Symmetry sp. z o.o. (230,00 zł netto/282,90 zł brutto). Średnia cen brutto za usługi wsparcia konsultacyjnego zaofertowanych przez wyżej wymienionych wykonawców wynosi 237,97 zł i jest to kwota niższa od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT o 43,92 %. Trafnie podniósł Przystępujący, że najwyższa z cen zaofertowanych w Postępowaniu przez Symmetry sp. z o.o. (282,90 zł brutto) jest niższa od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT o ponad 30% (33,3%). Izba podziela stanowisko wyrażone przez ZUS oraz Simplicity, iż

przedstawiony obraz rozbieżności między kalkulacją Zamawiającego i wykonawców dowodzi tezy, że ZUS przeszacował wartość usługi konsultacyjnej wykonawcy i określił ją na zawyżonym, nierynkowym poziomie. Różnica pomiędzy wartością szacunkową Zamawiającego a średnią arytmetyczną cen wyżej wymienionej usługi jest bowiem na tyle znacząca, że dyskwalifikuje wartość szacunkową jako miernik poprawnej kalkulacji ceny tej usługi. Jedynie zatem średnia arytmetyczna cen usługi wsparcia konsultacyjnego wykonawcy zaoferowanych w Postępowaniu oddaje właściwe tendencje rynkowe – poziomy stawki na roboczogodzinę takiej usługi występujące aktualnie na rynku. Cena zaoferowana przez Przystępującego za usługę konsultacyjną wynosi 145,00 zł netto/178,35 zł brutto i jest to kwota niższa od średniej arytmetycznej cen rzeczonych usługi jedynie o 25,05 %, a więc o wartość nieprzekraczającą 30 %. W tym miejscu zasadne jest również wskazanie, że na potwierdzenie tezy, iż dokonana przez Zamawiającego kalkulacja wartości szacunkowej usługi wsparcia konsultacyjnego wykonawcy jest nieprawidłowa – przewiduje zawyżoną stawkę, która odbiega od wartości, za którą można nabyć taką usługę na rynku, Simplicity powołał się na raporty rynkowe dotyczące stawek wynagrodzenia pracowników z branży IT w zakresie administrowania systemami informatycznymi. Przystępujący wraz z pismem procesowym z dnia 9 lipca 2024 r. przedłożył dokument – Raport płacowy Warszawa i Polska Centralna sporządzony przez Devire (dalej: „Raport”) na okoliczność wykazania aktualnych stawek rynkowych wynagrodzenia specjalistów z branży IT wykonujących pracę obejmującą administrowanie systemami IT (Windows/Unix/Linux), w tym konsultacje dla użytkowników tych systemów (dowód nr 2), do którego Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się podczas rozprawy. Simplicity w pkt II.B.7 i w pkt II.B.8. przedmiotowego pisma procesowego przywołał wysokość wynagrodzenia dla specjalisty z branży IT, który odpowiada zakresowi obowiązków pracowników przeznaczonych do wykonywania usługi konsultacyjnej na rzecz ZUS, w przypadku zatrudnienia takiego specjalisty na podstawie kontraktu B2B oraz w oparciu o umowę o pracę. Ze szczegółowej analizy przeprowadzonej przez Przystępującego wynika, że stawki te ewidentnie i znacząco odbiegają od oszacowanej przez Zamawiającego wartości tej części zamówienia, natomiast stawka zaoferowana przez Simplicity (145,00 zł netto/178,35 zł brutto) przewyższa stawki najczęściej oferowane na rynku, a nawet najwyższe stawki z przedziału. Tym samym Przystępujący zdołał wykazać realność i rynkowość zaoferowanej ceny za roboczogodzinę usługi wsparcia konsultacyjnego, a ponadto, że stawka tej usługi oszacowana przez ZUS nie odzwierciedla aktualnych tendencji płacowych dla tego typu stanowisk. Zważywszy na powyższe okoliczności brak było podstaw do uznania, że Zamawiający winien wezwać Simplicity na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie maksymalnej ceny jednostkowej netto roboczogodziny usług wsparcia konsultacyjnego wykonawcy zaoferowanej w Tabeli B Formularza cenowego.

Ponadto skład orzekający wskazuje, że nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności żądania od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w sytuacji gdy cena całkowita oferty Simplicity jest niższa o ponad 40 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania. Należy zauważyć, że w wyżej wymienionym przepisie ustawodawca określił możliwość odstąpienia przez zamawiającego od obowiązku wzywania do wyjaśnienia kalkulacji ceny, pomimo zaistnienia ustawowych przesłanek, o ile rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej z okolicznością oczywistą niewymagającą wyjaśnienia możemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację (zob. m.in.: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 224 ustawy Pzp; P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 224 ustawy Pzp; W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 224 ustawy Pzp; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2021 r. o sygn. akt KIO 1612/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2288/23). Podkreślenia więc wymaga, że w niniejszym Postępowaniu ceny całkowite brutto wszystkich złożonych ofert są zdecydowanie niższe, niż wartość zamówienia powiększona o 23 % VAT przyjęta przez Zamawiającego w kwocie 20 077 207,56 zł brutto. W przypadku 6 z 7 ofert, w tym także oferty Odwołującego oraz Przystępującego, ceny całkowite ofert są niższe o 30 % lub więcej % od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania. Różnica pomiędzy wartością zamówienia a cenami złożonych ofert wynika z oczywistej okoliczności tj. sposobu ustalenia przez ZUS wartości zamówienia, co zostało szczegółowo wyjaśnione w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wskazał bowiem, że ustalił wartość zamówienia przy założeniu wyeliminowania nieprzewidywalnego na etapie planowania Postępowania istotnego czynnika cenotwórczego, w postaci możliwego do zaoferowania procentowego wskaźnika upustu od ceny katalogowej oprogramowania, określanego przez poszczególnych wykonawców dopiero w procesie kalkulacji konkretnej oferty. Zastosowanie określonego upustu jest decyzją wykonawcy, wynikającą z czynników wymykających się uprzedniej

jednoznacznej ocenie Zamawiającego, takich jak chociażby aktualny poziom rywalizacji konkurencyjnej na rynku danego produktu, czy treść relacji handlowych pomiędzy wykonawcą a producentem. Tym samym wartość zamówienia oszacowano na podstawie cen katalogowych Producenta oprogramowania Red Hat, z uwzględnieniem najniższego możliwego upustu, to jest na poziomie 0 %. ZUS podkreślił, że w ten sposób zminimalizował niebezpieczeństwo zakończenia Postępowania bez udzielenia zamówienia, z powodu niewystarczających środków pieniężnych przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem w treści złożonych ofert, wykonawcy zaoferowali ceny rzeczywiste odzwierciedlające faktyczne koszty realizacji zamówienia – z uwzględnieniem upustu na ceny katalogowe produktów Red Hat. Skoro zatem zestawienie cen złożonych ofert i wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT ukazuje znaczącą dysproporcję pomiędzy tymi wartościami, bardziej miarodajną wartością obrazującą wycenę rynkową przedmiotu zamówienia jest średnia cen brutto siedmiu ofert złożonych w Postępowaniu, która wynosi 13 009 294,50 zł. Jest to kwota niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania o 35,20%. Słusznie podniósł Przystępujący w pkt II.A.5 pisma procesowego z dnia 9 lipca 2024 r., że różnica ta pokazuje znaczące zawyżenie wartości szacunkowej zamówienia. Realność wyceny wykonawców podkreśla również duża liczba złożonych ofert, bowiem siedmiu wykonawców wyceniło zamówienie – niezależnie od siebie – na poziomie znacząco odmiennym od Zamawiającego. Wiarygodność i rzetelność wycen wykonawców nie wywołuje więc w niniejszej sprawie wątpliwości. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że rozbieżność między cenami złożonych ofert jest bardzo nieznaczna, wszyscy wykonawcy wycenili zamówienie na zbliżonym poziomie cenowym. Cena oferty Simplicity – najniższa w Postępowaniu – jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert jedynie o 9,14 %. Dodatkowo przypomnieć należy, że ZUS przyznał, iż przeszacował również wartość usługi wsparcia konsultacyjnego wykonawcy. Mając na uwadze powyższego zasadne było przyjęcie, że wartość szacunkowa zamówienia została określona przez Zamawiającego niepoprawnie, w oparciu o błędne założenia. W efekcie wartość całkowita przybrała wygórowaną wysokość, odbiegającą znacząco od cen rynkowych. ZUS zasadnie wziął zatem pod uwagę te okoliczności na etapie oceny ofert i odstąpił od wzywania wykonawców w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu nr 2 petitum odwołania Izba wskazuje, że podlegał on oddaleniu jako niezasadny. Przepis art. 226 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niezasadność postawionego zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Simplicity, w stosunku do której Zamawiający winien był przyjąć, iż zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji ją odrzucić, wynika z faktu, że Przystępujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a dopiero negatywna ocena wyjaśnień może prowadzić do wniosku o konieczności odrzucenia oferty. Jak bowiem podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lipca 2023 r. o sygn. akt KIO 1773/23 przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp „znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca miał możliwość złożenia wyjaśnień, jednak ich nie złożył lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Brak możliwości odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień wynika również z przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Jak stanowi art. 69 ust. 1 dyrektywy, *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. Zgodnie natomiast z art. 69 ust. 3 dyrektywy instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2*” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2023 r. o sygn. akt KIO 2692/23). Wobec powyższego, nie można skutecznie podnosić zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy – jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie – wykonawca nie był wezwany do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) 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). Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....