Sygn. akt: KIO 716/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu 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 716/24

U z a s a d n i e n i e

Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji dla Oprogramowania firmy Oracle; numer postępowania nadany przez zamawiającego: PN/69/23/GDYP(dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 246/2023 00775611-2023 w dniu 21 grudnia 2023 r.

W dniu 21 lutego 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę Decsoft S.A. z siedzibąw Warszawie (dalej „Decsoft" lub „przystępujący").

W dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie wobec dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Decsoft pomimo, iż przedmiotowa oferta powinna zostać odrzucona a wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Decsoft, mimo iż w ramach wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty (dalej także jako „wyjaśnienia RNC") wykonawca ten nie wykazał w sposób konkretny, jasny i spójny, że złożona przez niego oferta zarówno w ramach zamówienia podstawowego jak i w ramach prawa opcji zawiera cenę nienoszącą znamion rażąco niskiej, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru przez zamawiającego oferty, co do której zachodzą uzasadnione podstawy do przyjęcia, iż zawiera ona rażąco niską cenę („Zarzut nr 1");
2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) - dalej „UZNK") w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Decsoft, podczas gdy złożona została ona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tzn. poprzez zaoferowanie przez Decsoft usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia, poniżej kosztów jej świadczenia (tzw. dumping cenowy) oraz poprzez niedozwolone przenoszenie

kosztów zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego, uniemożliwiając tym samym odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia na zasadach uczciwej konkurencji („Zarzut nr 2").

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Decsoft jako najkorzystniejszej w postępowaniu; (2) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu; (3) odrzucenia oferty Decsoft oraz wykluczenie wykonawcy Decsoft z postępowania.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że po opublikowaniu przez zamawiającego w dniu 19 stycznia 2024 r. Informacji z otwarcia ofert, odwołujący skierował do zamawiającego pismo z 26 stycznia 2024 r. w przedmiocie nieprawidłowości ofert złożonych przez wykonawców Decsoft, RSP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „RSP") oraz Transition Technologies S.A. z siedzibąw Warszawie (dalej „Transition Technologies") w zakresie zaoferowanych przez tych wykonawców cen ofert, co skutkować powinno odrzuceniem przedmiotowych ofert z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. jako zawierających rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK. Odwołujący zwrócił uwagę w piśmie, że nie jest to pierwszy przypadek, w którym dochodzi do zaniżania kosztów w postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia jest zakup usługi serwisowej oprogramowania Oracle oraz, że sytuacja w niniejszym postępowaniu jest niemal identyczna z sytuacją z postępowania prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej „ZUS") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usługi serwisowej oprogramowania ORACLE Tuxedo oraz ORACLE Salt", o numerze referencyjnym 993200/271/72/2022. Advatecł wskazał również w niniejszym piśmie, że Izba w wyroku z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt KIO 2692/23 uwzględniła odwołanie wykonawcy Comarch S.A, i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach ponownego badania ofert - zażądania od Transition Technologies w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień uzasadniających cenę jego oferty, w tym złożenia dowodów potwierdzających: po pierwsze koszt zakupu od Oracle Polska Sp. z o.o. usług niezbędnych do wykonania zamówienia w okresie 24-miesięcznym i 36-miesięcznym, po drugie: źródła i kosztów finansowania płatności jednorazowej za wznowienie przez Oracle świadczenia usług wsparcia zanim kwota ta będzie mogła być pokryta z wynagrodzenia z tytułu wykonywania umowy w sprawie realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił w tym miejscu uwagę, że Izba w uzasadnieniu ww. wyroku (str. 17) wyraziła pogląd, iż „w szczególnych uwarunkowaniach tego postępowania zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że cena oferty Transition Technologies może nie pokrywać kosztów, które przystępujący będzie musiał ponieść w związku z zakupem od Oracle Polska usług serwisowych dla oprogramowania użytkowanego przez ZUS". Odwołujący wskazał także, że Transition Technologies w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wystosowane przez ZUS nie złożyło wyjaśnień RNC w tamtym postępowaniu.

Odwołujący przypomniał, że pismem z dnia 21 lutego 2024 r. zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, złożonej przez wykonawcę Decsoft. Jednocześnie, jak wynika z jego treści, odrzucił oferty wykonawców RSP oraz Transition Technologies, po uprzednim wezwaniu tych wykonawców do złożenia wyjaśnień RNC stwierdzając, że przedłożone wyjaśnienia są niewystarczające dla uznania,iż zaoferowane przez tych wykonawców ceny nie są cenami rażąco niskimi. Ani Wykonawca RSP, ani wykonawca Transition Technologies nie przedstawili kluczowego dowodu do wyjaśnień, jakim jest oferta od Oracle, niejako licząc się z konsekwencjami odrzucenia ich oferty z postępowania. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający słusznie dokonał czynności odrzucenia ofert wykonawców RSP oraz Transition Technologies, niemniej jednocześnie podtrzymał decyzję o pozostawieniu w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Decsoft, z czym, mając na uwadze treść wyjaśnień RNC przedstawionych przez Decsoft, nie sposób się zgodzić.

Zdaniem odwołującego, zamawiający winien już po pobieżnej analizie wyjaśnień RNC wykonawcy Decsoft dostrzec co najmniej dwie kwestie, które dyskwalifikują złożone wyjaśnienia RNC, a tym samym ofertę tego wykonawcy, czyli: (1) samowolną, nieautoryzowaną zmianę oferty producenta, celem obniżenia kosztów własnej oferty oraz (2) niedozwolony w świetle przepisów ustawy Pzp proceder przenoszenia kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego. Z udostępnionej odwołującemu korespondencji nie wynika, że zamawiający choćby podjął próbę wyjaśnienia tych dwóch kwestii, przed uznaniem, że oferta Decsoft nie podlega odrzuceniu z postępowania.

Dalej odwołujący wskazywał na argumentację mającą potwierdzać złożenie przez wykonawcę Decsoft oferty zawierającej rażąco niską cenę, zarówno w zakresie zamówienia podstawowego, jak i zamówienia opcjonalnego (Zarzut nr 1). Na wstępie przypomniał treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podkreślając jednocześnie, że jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Mając to na uwadze, jego zdaniem należy stwierdzić, że treść wyjaśnień RNC złożonych w dniu 8 lutego 2024 r. przez wykonawcę Decsoft nie daje podstaw do uznania, aby wykonawca ten kierował się obiektywnymi, konkretnymi i spójnymi

czynnikami przy wycenie elementów składowych oferty.

Dalej argumentował, iż każdy wykonawca, który zdecydował się na udział w postępowaniu, musiał spełnić restrykcyjne warunki Oracle (m.in. posiadać odpowiedni poziom partnerstwa, odpowiednią linię kredytową pozwalającą na zrealizowanie płatności), aby otrzymać od Oracle Polska Sp. z o.o. ofertę umożliwiającą złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Ceny otrzymane od Oracle powinny zostać uwzględnione, jako koszt składanej przez wykonawców oferty. Odwołujący wskazywał, że według jego najlepszej wiedzy, zgodnie z polityką producenta Oracle wszyscy partnerzy Oracle, który chcieli złożyć ofertę w postępowaniu mogli dostali dokładnie taką samą ofertę, która nie podlegała jakimkolwiek negocjacjom. Oznacza to tyle, że oferty wykonawców winny różnić się jedynie wysokością przyjętych pozostałych kosztów wykonania zamówienia i przyjętą marżą. Jednakże Decsoft, bez żadnej zgody Oracle Polska Sp. z o.o., powołując się na rzekomo odbytą rozmowę telefoniczną z przedstawicielem Oracle, zmienił samowolnie treść oferty producenta, celem obniżenia kosztów przyjętych w ofercie. Zgodnie z odtajnionymi przez zamawiającego wyjaśnieniami RNC, wykonawca Decsoft w ramach kalkulacji ceny ofertowej wskazał, że: (1) koszt zakupu usługi asysty technicznej i konserwacji dla oprogramowania Oracle w ramach zamówienia podstawowego za okres 10 miesięcy na podstawie oferty producenta wynosi 2 035 444,70 PLN netto (2 503 596,98 PLN brutto); (2) koszt zakupu usługi asysty technicznej i konserwacji dla oprogramowania Oracle w ramach zamówienia opcjonalnego za okres 2 miesięcy na podstawie oferty producenta wynosi 442 487,98 PLN netto (544 260,22 PLN brutto); (3) Bufor na wykupienie dodatkowych usług producenta Oracle w trakcie trwania umowy, w szczególności opłata wznowieniowa, wynosi 204 000,00 PLN netto (250 920,00 PLN brutto).

W dalszej części wyjaśnień RNC wykonawca Decsoft dokonał adnotacji do wyżej wskazanych elementów oferty, w której wskazał, iż: z uwagi na fakt, że oferta producenta Oracle nie jest oczywista a do jej wyjaśnienia potrzebne są dodatkowe informacje przekazane wykonawcy telefonicznie przez producenta, wykonawca składa poniższe wyjaśnienia w kwestii wyliczenia faktycznego kosztu zakupu 1 miesiąca świadczenia usług ATiK producenta Oracle na podstawie otrzymanej oferty. Odwołujący zauważył, iż trudno uwierzyć w to, że dla wieloletniego partnera Oracle, jakim jest wykonawca Decsoft, oferta od Oracle dla niniejszego postępowania jest nieoczywista. Wydaje się, że wykonawca Decsoft specjalnie przedstawił do wyjaśnień RNC jedynie plik w formacie Excel, bez warunków oferty, które zapewne od Oracle Polska Sp. z o.o. otrzymał. W jego ocenie, Advatech zrobił to właśnie po to, żeby móc zmienił samowolnie treść oferty producenta, takiej samej dla wszystkich partnerów.

Jednocześnie, wykonawca Decsoft zaznaczył w wyjaśnieniach RNC, że: w ofercie producenta, kol. „szacowany koszt asysty na okres do 31.12.2024", podany koszt zawiera wkalkulowany przez producenta Oracle bufor na wykupienie usług dodatkowych (w szczególności opłatę wznowieniową w przypadku podpisania umowy po 29.02.2024 r.), jednakże nie zobowiązujący wykonawcy do kalkulacji go do ceny ofertowej w pełnym zakresie. Bufor stanowi jedynie założenia producenta. Dla obliczenia faktycznego kosztu zakupu usługi ATiK za 1 miesiąc, należy posłużyć się kol. „koszt asysty na okres 01.01.2025-28.02.2025", przedstawiającej realny koszt zakupu usługi ATiK producenta przedstawiony w dwumiesięcznych pakietach, uwzględniający dodatkowo 8% inflację w porównaniu z rokiem poprzednim (formuła w komórkach kolumny G6:8 dzieli w każdej z pozycji wartość wsparcia za poprzedni rok na 12 miesięcy dając wartość miesięczną, następnie mnoży przez 2 [pakiet dwumiesięczny] oraz 8% inflacji). Tym samym w roku 2024 koszt zakupu 1 miesiąca usług ATiK producenta Oracle dla wyspecyfikowanych w dokumentach zamówienia licencji na podstawie oferty producenta to: 203 544,47 zł [442 487,98zł./ 2 - 8%], natomiast w zamówieniu opcjonalnym, z uwzględnieniem 8% wzrostu cen w 2025 roku, koszt 1 miesiąca usług ATiK producenta Oracle, na podstawie oferty producenta, wynosi: 221 243,99 zł (442 487,98zł./ 2).

Odwołujący podnosił, że żaden z partnerów Oracle nie jest uprawniony do takiego jednostronnego wypowiadania się na temat przyjętych kosztów producenta. Wywód Decsoft nie został poparty jakimkolwiek dowodem. Wykonawca Decsoft wypowiada się przecież nie o koszcie własnym, a o tym, który narzuca producent oprogramowania. Owe wyjaśnienia kosztu Oracle przyjęte w wyjaśnieniach RNC Decsoft, w świetle braku ich potwierdzenia w warunkach oferty Oracle, czy w jakiejkolwiek korespondencji pomiędzy Decsoft, a Oracle Polska Sp. z o.o., winny zostać uznane za niewiarygodne, potwierdzające jedynie tezę o manipulacji cenowej w ofercie Decsoft i wystąpieniu zjawiska dumpingu cenowego. Z treści przedłożonych wyjaśnień RNC Decsoft należy w związku z tym wyciągnąć następujące konkluzje dotyczące ceny za zamówienie podstawowe: (1) wykonawca Decsoft, wskazując na rzekomo zaproponowane warunki oferty Oracle, które stanowiły podstawę kalkulacji ceny zawartej w ofercie złożonej w postępowaniu, powołuje się wyłącznie na przeprowadzoną rozmowę telefoniczną z przedstawicielem Oracle, nie dokumentując tego żadnym dowodem przedstawionym na piśmie, co odbiera walor wiarygodności tak poczynionym ustaleniom między tym wykonawcą i przedstawicielem producenta Oracle oraz czyni gołosłownymi wyjaśnienia RNC złożone przez Decsoft; (2) z prostego porównania oferty złożonej przez Decsoft dla zamówienia podstawowego w kwocie 2 933 550,00 zł. brutto z ceną oferty Oracle dla zamówienia podstawowego 3 023 667,85 zł. brutto złożonej swoim partnerom wynika, że wykonawca Decsoft dopuścił się dumpingu cenowego, oferując wykonanie zamówienia podstawowego nawet poniżej

kosztów oferty producenta Oracle.

Odwołujący podkreślił w tym miejscu, że zgodnie z cennikiem standardowej asysty technicznej Oracle, przedstawianym wszystkim partnerom Oracle zainteresowanym ofertą na realizację zamówienia i niepodlegającym dalszym negocjacjom, oferta ta w przypadku zamówienia za część podstawową wynosiła 2 458 266,55 PLN netto (3 023 667,85 PLN brutto) oraz za opcję: 442 487,98 PLN netto (544 260,21 PLN brutto). Takie właśnie ceny znajdują się w pliku Excel, który Decsoft załączył do wyjaśnień. Wskazane ceny stanowią bezsprzecznie najniższe możliwe do uzyskania ceny w ramach oferty Oracle dla jego partnerów, w związku z czym powoływanie się przez Decsoft na swoją wieloletnią wiedzę i doświadczenie w realizacji umów na tożsame przedmiotowo usługi Oracle oraz status autoryzowanego partnera Oracle, który pozwala Decsoft na ubieganie się o ceny specjalne pod realizowane projekty, takie jak przedmiotowe zamówienie, które w tym przypadku uzyskał, jest bezpodstawne. To wykonawca składający wyjaśnienia RNC ma wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska. Wykonawca Decsoft przedstawił jedynie plik w formacie Excel, który zapewne był załącznikiem do e-maila od Oracle z opisem warunków oferty, Jeżeli Decsoft czuł się upoważniony do zmiany warunków oferty Oracle, która została złożona partnerom dla tego konkretnego postępowania, to winien przedstawić klarowny dowód na to, że był do tego prawidłowo umocowany. A contrario, z informacji uzyskanych przez odwołującego od Oracle Polska Sp. z o.o. dotyczących postępowania wynika, że Oracle działa zgodnie z Partner Code of Conducti w żaden sposób nie dyskryminuje Partnerów, w szczególności wszystkie niezbędne informacje i wyjaśnienia zostały przekazane zgodnie z obowiązującymi wszystkich Partnerów zasadami. Może jedynie budzić zdziwienie odwołującego, że zamawiający w ogóle nie zdecydował się na jakiekolwiek choćby zbadanie kwestii zmiany kosztów z oferty Oracle w stosunku do wartości podanych w pliku Excel. Zamawiający otrzymał przecież pismo od odwołującego z dnia 26 stycznia 2024 r., do którego została załączona oferta Oracle w pliku Excel wraz korespondencją z Oracle opisującą warunki oferty. Zamawiający zatem już w momencie wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty skierowanym do trzech wykonawców powinien być świadomy jakie warunki ustalił Oracle dla wszystkich swoich partnerów w przypadku podpisania umowy z zamawiającym po 1 marca 2024 r. (jako dowód odwołujący załączył do odwołania: Opis warunków oferty Oracle).

Podkreślił następnie, że wbrew twierdzeniom Decsoft o skalkulowaniu w ofercie Advatech sporego zysku, przewyższającego przyjęte realia rynkowe i sztucznie zawyżającego wartość przedmiotu zamówienia, to odwołujący jako jedyny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia przedstawił w swojej ofercie ceny wynikające z realiów rynkowych, uzasadnione cenami zaoferowanymi przez Oracle. Z prostego porównania oferty złożonej przez Decsoft dla zamówienia podstawowego w kwocie 2 330 550,00 zł brutto z ceną ofertą Oracle dla zamówienia podstawowego 3 023 667,85 PLN brutto wynika, że wykonawca Decsoft dopuścił się dumpingu cenowego, oferując wykonanie zamówienia podstawowego nawet poniżej kosztów oferty producenta Oracle. Tym samym, nie można powiedzieć, że cena oferty wykonawcy Decsoft mogła choćby teoretycznie uwzględniać pozostałe czynniki kosztowe oraz spodziewaną marżę. Odwołujący przypomniał, że rażąco niska cena to cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert. Wynika z tego, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami, pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne (por. wyrok KIO z 17 października 2017 r., sygn. akt KIO 2084/17). Zdaniem Advatech, wykonawca Decsoft swoimi wyjaśnieniami potwierdził w pełni, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną dla zamówienia podstawowego wskazaną w ww. wyroku Izby. Przy cenie oferty Oracle za zamówienie podstawowe, która przekracza wartość oferty Decsoft nie można mówić o jakiejkolwiek opłacalności wykonania zamówienia.

Zdaniem odwołującego o rażąco niskiej cenie oferty przystępującego można mówić także w odniesieniu do zamówienia opcjonalnego. Przypomniał na wstępie, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, dopuszczalność, a w zasadzie nawet konieczność, odrębnego badania elementów składowych ceny zachodzi przede wszystkim (ale nie wyłącznie) gdy dotyczy to ceny za realizację opcji, ceny stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert czy ceny stanowiącej odrębny przedmiot rozliczeń. W wyroku z dnia 15 stycznia 2021 r. (sygn. akt KIO 3324/20) Izba wskazała, że: Zamawiający zatem zobowiązany jest, w toku procedury badania i oceny ofert, oceniać nie tylko cenę ogółem, ale także każdą cenę jednostkową za zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji, jako cenę do zapłaty w kategorii rażąco niskiej ceny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie można czynić oszczędności w ramach jednej pozycji kontraktu poprzez ujęcie kosztów w innej pozycji kontraktu, każda z pozycji musi posiadać skalkulowanie pełnych kosztów realizacji. Z Tabeli 4. Kalkulacja ceny ofertowej wyjaśnień RNC („Kalkulacja ceny") Decsoft wynika, że wykonawca ten przyjął Koszt zakupu usługi Asysty Technicznej i Konserwacji dla oprogramowania w wysokości 544 260,22 zł brutto, a zatem na wszystkie inne koszty zamówienia podstawowego i na zysk w zamówieniu podstawowym pozostała temu wykonawcy kwota 3 089,78 zł., stanowiąca różnicę pomiędzy ofertą Decsoft dla zamówienia w prawie

opcji, a ofertą od Oracle dla zamówienia w prawie opcji. Ten problem wykonawca Decsoft chciał przykryć w ten sposób, że pomimo, że Kalkulacja ceny w niektórych pozycjach wskazuje, że dany koszt dotyczy zamówienia podstawowego, czy prawa opcji, to w kilku pozycjach Kalkulacji ceny, Decsoft w ogóle nie wskazał, którego zamówienia dotyczą te koszty. Są to następujące pozycje: (a) bufor na wykupienie dodatkowych usług producenta Oracle w trakcie trwania umowy, w szczególności opłata wznowieniowa w wysokości 250 920 zł. brutto; (b) koszty administracyjne, w tym zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 7380 zł brutto; (c) ryzyko projektowe w całym okresie trwania umowy (12 m-cy) w wysokości 110 700 zł. brutto; (d) zysk w wysokości 59 024,40 zł. brutto. Ponieważ zamówienie opcjonalne to dodatkowe 2 miesiące świadczenia tej samej usługi po 10 miesiącach zamówienia gwarantowanego, to oznacza to tyle, że dla zamówienia opcjonalnego należało również skalkulować koszty administracyjne, ryzyko projektowe oraz zysk z zamówienia opcjonalnego. Nawet jeśli założyć, że pozycja z lit. a) powyżej dotyczyć miała jedynie zamówienia podstawowego, czego zamawiający nie może wiedzieć po lekturze wyjaśnień RNC Decsoft, to bez wątpienia z prostego wyliczenia 2/12 (miesięcy) x 7380 zł + 2/12 x 110 700 zł + 2/12 x 59 024,40 zł. uzyskujemy kwotę 29 517,40 zł. Co najmniej taka kwota winna zostać doliczona do ceny oferty brutto od Oracle dla Prawa Opcji w kwocie 544 260,22 zł. oraz do kosztu ujętego w pozycji: Zaangażowanie wykonawcy w realizację umowy, w tym administrowanie umową (zamówienie opcjonalne) w kwocie 836,40 zł. Zatem oferta Decsoft dla zamówienia w prawie opcji winna wynosić nie 547 350,00 zł brutto, a co najmniej 574 614,02 zł brutto.

Decsoft przy tym nie może powiedzieć, że nie będzie ponosił kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy w prawie opcji, kosztów biurowych, w tym kosztów pośrednich, sam wskazał, że ryzyka projektowe kalkulował na 12 miesięcy według swojego doświadczenia. Decsoft nie może też powiedzieć, że w ramach prawa opcji nie skalkulował żadnego zysku z zamówienia.

Tym samym, nieuzasadnione jest twierdzenie, że wykonawca Decsoft sprostał wyjaśnieniu, że zaoferowana przez niego cena oferty dla prawa opcji nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie był uprawniony do badania kosztów oferty w ujęciu całościowym. Zamówienie podstawowe i zamówienia w prawie opcji to de facto dwa odrębne zamówienia połączone w jednym postępowaniu. Każdy wykonawca wezwany do wyjaśnień miał zatem obowiązek wyjaśnić odrębnie pozycje kosztowe przyjęte dla zamówienia podstawowego i odrębnie dla prawa opcji. Co warte zauważenia, Kalkulacja kosztów z wyjaśnień RNC Decsoft pokazuje na dziwną niekonsekwencję tego wykonawcy, gdyż dla części kosztów dokładnie wskazuje on, którego zamówienia one dotyczą, natomiast niektóre pozycje kosztowe oraz zysk takiego przyporządkowania nie zawierają.

Podsumowując powyższe odwołujący stwierdził, że zamawiający był zobligowany do odrzucenia przedmiotowej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Uzasadniając zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, dotyczące złożenia przez wykonawcę Decsoft oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (Zarzut nr 2) odwołujący na wstępie wskazywał, że jest to zarzut będący niejako konsekwencją postawionych wyżej zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty Decsoft, zarówno w zamówieniu podstawowym, jak i w prawie opcji.

Odwołujący przypomniał treść art. 3 ust. 1 UZNK, jak też art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK wywodząc, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z takim właśnie zachowaniem wykonawcy Decsoft.. Przypomniał, że w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że czynem nieuczciwej konkurencji jest takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku. Dodatkowo, jak wskazane zostało w uchwale KIO z dnia16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 30/14: okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 UZNK jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że wyżej określone zachowanie wykonawcy Decsoft, polegające na złożeniu w postępowaniu oferty dla zamówienia podstawowego, która nawet nie stanowiła równowartości wyceny Oracle za usługę asysty technicznej i konserwacji dla zamówienia podstawowego, bez możliwości uwzględnienia tym samym przez Decsoft istotnych czynników kosztowych, których nie sposób pominąć przy realizacji zamówienia oraz spodziewanej marży, jest przejawem działania w warunkach nieuczciwej konkurencji. Wykonawca Decsoft dopuścił się manipulacji ofertą, którą otrzymał od Oracle, licząc, że jego wyjaśnienia RNC, w tym cały wywód dotyczący sposobu wyceny oferty, nie będą dostępne innym wykonawcom, jako rzekomo zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Decsoft. Tymczasem, zapewne ku zdziwieniu Decsoft, jego wyjaśnienia RNC zostały w pełni odtajnione przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, wykonawca Decsoft dopuścił się manipulacji stawkami oferty, poprzez przenoszenie kosztów zamówienia opcjonalnego (niegwarantowanego) do gwarantowanego zamówienia podstawowego i tym samym

zapewnienie sobie płatności bez względu na fakt skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji i jego zakresu. Przypomniał, że istotą opcji jest możliwość wyboru przez zamawiającego czy jest w stanie i czy jest zainteresowany, zapłacić za dodatkową część zamówienia. Takie ukształtowanie oferty, które przerzuca koszty prawa opcji do ceny zamówienia podstawowego powoduje, że mamy do czynienia tylko z iluzją opcji i odbiera sens tej instytucji. Pobieżna analiza Kalkulacji ceny Decsoft wskazuje zatem na to, że wykonawca ten przeniósł ww. koszty do zamówienia podstawowego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący szczegółowo opisał zastosowany przez Decsoft mechanizm, przy okazji omówienia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Decsoft w ramach prawa opcji przypominając, że Decsoft przeniósł w zasadzie w całości z prawa opcji do zamówienia podstawowego takie pozycje kosztowe jak: Koszty administracyjne, w tym zabezpieczenie należytego wykonania umowy, ryzyko projektowe w okresie trwania umowy zamówienia opcjonalnego, czy spodziewany zysk wykonawcy za realizację zamówienia opcjonalnego. Nie jest przy tym również wiadomym, czy wykonawca ten nie planował wykupienia usług dodatkowych od Oracle w ramach prawa opcji, co dodatkowo podrożyłoby ofertę złożoną dla prawa opcji. Bardzo obszernie na temat niedozwolonego mechanizmu przenoszenia kosztów pomiędzy zamówieniem opcjonalnym, a podstawowym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3120/22, jak też w wyroku z dnia 23 maja 2016 r., sygn. akt KIO 547/16, w których wskazywano na zakaz przenoszenia kosztów zamówienia opcyjnego w koszty zamówienia podstawowego, czyli gwarantowanego przez zamawiającego oraz, że działanie takie jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że działanie Decsoft jest bez wątpienia działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim zamawiającego. Tym samym złożona przez Decsoft oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zaniechanie dokonania tej czynności prowadzi do naruszenia przez zamawiającego przepisów tejże ustawy.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 15 marca 2024 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pismo procesowe - Odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący w piśmie z 18 marca 2024 r.

Wobec tego, że odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania odwołania, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, pismami procesowymi złożonymi przez zamawiającego i przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta nie została odrzucona, a w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę jego oferta miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania, załączone do pism procesowych oraz złożone na posiedzeniu, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 6 Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") - Instrukcja dla wykonawców (dalej „IDW") jest świadczenie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji dla posiadanego przez zamawiającego Oprogramowania firmy Oracle wskazanego w Tomie

III SWZ - OPZ przez okres 10 miesięcy ale nie wcześniej niż od dnia 01.03.2024 r. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do uruchomienia prawa opcji w zakresie świadczenia usługi Asysty Technicznej i Konserwacji dla posiadanego przez zamawiającego Oprogramowania firmy Oracle wskazanego w Tomie III SWZ - OPZ, przez okres dodatkowych 2 miesięcy.

Zgodnie z punktem 7 SWZ (IDW) termin realizacji zamówienia: (a) w zakresie zamówienia podstawowego: wynosi 10 miesięcy od dnia zawarcia Umowy lecz nie wcześniej niż od 01.03.2024 r.; (b) w zakresie zamówienia z tytułu prawa opcji: wynosi 2 miesiące od zakończenia świadczenia usług w zakresie zamówienia podstawowego.

Punkt 16 SWZ (IDW) zawierał opis sposobu obliczenia ceny. W tym punkcie zamawiający przewidział, że wykonawca w Formularzu „Oferta" (Formularz 2.1) określi łączną cenę oferty brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia. Ceny określone przez wykonawcę w Formularzu „Oferta" nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących Tom II SWZ. Zgodnie z załączonym do SWZ (IDW) Formularzem ofertowym (Rozdział 2. Formularz 2.1.), wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani byli podać: łączną cenę brutto, wyliczoną na podstawie tabeli, w której wskazywali dodatkowo cenę brutto w złotych za świadczenie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji dla Oprogramowania firmy Oracle posiadanego przez zamawiającego za jeden okres rozliczeniowy (odrębnie dla zamówienia podstawowego i odrębnie dla opcji), przy czym wskazana liczba okresów rozliczeniowych dla zamówienia podstawowego to 5, zaś dla opcji 1.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 19 stycznia 2024 r. oraz zamieścił pismo pn. „Informacja z otwarcia ofert", w którym wskazane zostało, że w postępowaniu złożono cztery oferty o następujących cenach: (1) Decsoft: 3 480 900,00 PLN brutto, w tym za zamówienie podstawowe: 2 933 550,00 PLN oraz za zamówienie w ramach prawa opcji: 547 350,00 PLN; (2) RSP: 3 592 903,80 PLN brutto, w tym za zamówienie podstawowe: 3 044 834,25 PLN oraz za zamówienie w ramach prawa opcji: 548 069,55 PLN; (3) Advatech: 4 320 249,00 PLN brutto, w tym za zamówienie podstawowe: 3 598 950,00 PLN oraz za zamówienie w ramach prawa opcji: 721 299,00 PLN; (4) Transition Technologies: 3 568 459,43 PLN brutto, w tym za zamówienie podstawowe: 3 024 199,22 PLN oraz za zamówienie w ramach prawa opcji: 544 260,21 PLN.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający oszacował wartość zamówienia łącznie na kwotę 3 519 019,48 zł. netto, co wynika z punktu 3 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (druk ZP-PN).

Ponadto ustalono, że zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców: Decsoft, RSP oraz Transition Technologies do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w Formularzu 2.1. Formularz ofertowy w zakresie zamówienia podstawowego oraz zamówienia w ramach prawa opcji. Zamawiający stwierdził, iż powziął wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w oparciu o zaoferowaną przez wykonawcę cenę w zakresie zamówienia podstawowego oraz zamówienia w ramach prawa opcji. W związku z powyższym, wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym kalkulacji i dowodów, w zakresie realności wskazanych w Formularzu 2.1 cen za realizację zamówienia, w tym w szczególności wskazania elementów kosztotwórczych przyjętych przy wycenie poszczególnych pozycji formularza cenowego, w tym w szczególności: (1) kosztów związanych ze świadczeniem usługi asysty technicznej i konserwacji dla posiadanych przez zamawiającego licencji, wskazanych w SWZ TOM III OPZ Tabela nr 1, w tym kosztów: (a) aktualizacji oraz udzielenia dostępu do aktualizacji Oprogramowania (b) zapewnienia prawa do przenoszenia Oprogramowania na inną platformę systemową; (c) wsparcia w korzystaniu z Oprogramowania polegającego na: obsłudze Zgłoszeń oraz śledzenia ich statusu, zapewnieniu elektronicznego dostępu dla administratorów zamawiającego, do informacji w języku polskim lub angielskim na stronie dedykowanej dla Oprogramowania, zapewnieniu dostępu do portalu umożliwiającego wysyłanie zgłoszeń serwisowych, służącego również do kompleksowego zarządzania posiadanymi licencjami; (d) rozwiązywania zgłoszeń; (2) kosztów związanych z ryzykami jakie mogą wystąpić na etapie realizacji umowy; (3) marży wykonawcy. Dodatkowo wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć, w szczególności aspektów wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że w terminie wskazanym przez zamawiającego, w piśmie z dnia 8 lutego 2024 r. wykonawca Decsoft złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, część z nich zastrzegając jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 21 lutego 2024 r. poinformował o wyborze oferty Decsoft, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 4 marca 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei w ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK stanowi z kolei, że 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.

Pierwsze z opisywanych regulacji wskazują na obowiązek odrzucenia w postępowaniu takiej oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) lub też, jak stanowi przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi rozwinięcie poprzedniego przepisu precyzując, że takie odrzucenie (czyli odrzucenie, za rażąco niską cenę w ofercie) dotyczy po pierwsze wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a po drugie sytuacji, w której złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Tym samym z przepisów ustawy Pzp wynika, że odrzuceniu podlega taka oferta, w której bezsprzecznie stwierdzono, bez żadnych wątpliwości, zaniżenie ceny w sposób rażący, jak też oferta wykonawcy, który wezwany przez zamawiającego nie złoży wyjaśnień lub gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (a zatem są nierzetelne, niezupełne, nie odpowiadają na zadane przez zamawiającego pytania, itd.).

Powyższe związane jest z tym, że decyzja o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, zapada każdorazowo po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez danego wykonawcę w postępowaniu. Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Dopiero w przypadku, gdy ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami doprowadzi zamawiającego do wniosku, że podana w ofercie cena lub koszt są rażąco zaniżone tj. za daną cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia lub też, jeśli dany wykonawca nie udzieli stosownych wyjaśnień w wyznaczonym terminie - zamawiający zobligowany jest taką ofertę odrzucić.

Rolą zamawiającego jest zatem skierowanie do wykonawcy stosownego wezwania, jeśli zajdą wymienione w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp okoliczności, a następnie ocena złożonych wyjaśnień, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, a także biorąc pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwania w tym piśmie sformułowane. Dodatkowo, treść przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, w którym mowa jest o "wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska wskazuje, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a więc sprowadzać się do przekazania ogólnych informacji o działalności wykonawcy lub deklaracji co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, ale muszą być poparte stosownymi wyliczeniami i dowodami, które jednoznacznie wskazywały będą na realność i rynkowość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie to okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, a także w jaki sposób i w jakim stopniu okoliczności te wpłynęły na możliwość obniżenia ceny.

Należy także wskazać na inny, istotny element składanych wyjaśnień, jakim jest obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, wynikający z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w

przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą. Wykonawca zatem, wszelkimi niezbędnymi środkami, jakie są dostępne w danej sprawie i uzasadnione w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przy tym należy wskazać, iż przepisy ustawy Pzp nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Decsoft z tego powodu, że wykonawca w ramach wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty nie wykazał w sposób konkretny, jasny i spójny, że złożona przez niego oferta zarówno w ramach zamówienia podstawowego jak i w ramach prawa opcji zawiera cenę nienoszącą znamion rażąco niskiej, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru przez zamawiającego oferty, co do której zachodzą uzasadnione podstawy do przyjęcia, iż zawiera ona rażąco niską cenę - nie znajduje oparcia w dokumentacji prowadzonego postępowania, jak też w zgromadzonym w postępowaniu odwoławczym materiale dowodowym.

Izba, po dokonaniu analizy złożonych przez przystępującego w postępowaniu wyjaśnień RNC doszła do przekonania, że te w sposób dostateczny odpowiadają na sformułowane przez zamawiającego w piśmie wątpliwości, wyjaśniają je, zawierają niezbędne elementy pozwalające stwierdzić w jaki sposób wykonawca ten kalkulował cenę swojej oferty (przedstawiono szczegółowe wyliczenia ponoszonych kosztów, uwzględniono bufor na wykupienie dodatkowych usług, skalkulowano ryzyko projektowe, uwzględniono marżę), w końcu też zawierają wystarczające dowody potwierdzające rynkowy charakter zaoferowanej ceny. Tym samym trafnie zamawiający uznał, że Decsoft wyczerpująco odniósł się w swoich wyjaśnieniach do wszystkich elementów składowych ceny oferty, a przedstawiona kalkulacja jest rzetelna i umożliwia wykonanie zamówienia za podaną w ofercie kwotę.

Dostrzec należy, że główny zarzut odwołującego wobec treści złożonych przez Decsoft wyjaśnień sprowadzał się do kwestii, że wykonawca ten nie był uprawniony do tego, aby samodzielnie interpretować ofertę Oracle i zmieniać jej treść. Wywodził, że jedynie w przypadku, gdyby przedstawił on dowód na to, że takie działanie jest możliwe - złożone wyjaśnienia mogłyby zostać ocenione przez zamawiającego za wystarczające. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu na wstępie należy przypomnieć, że przepisy ustawy Pzp nie określają zamkniętego katalogu dowodów, które przedłożyć musi wykonawca składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Kluczowe w tej kwestii jest to, aby przedłożone dowody były adekwatne do konkretnej sytuacji i stanowiły potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Nie sposób też domagać się, aby wykonawca przedstawiał dowody na każdą okoliczność i każdy element ceny, który deklaruje i który wymienia. Nie można kwestionować przyjętej ceny tylko i wyłącznie z tego powodu, że jak oświadczył Decsoft w swoim piśmie cenę oferty oparł na ustaleniach dokonanych z Oracle w formie rozmowy telefonicznej. Nie ma również podstaw aby podważać zasad współpracy pomiędzy Decsoft i producentem oprogramowania oraz sposobu kształtowania ich wzajemnych, wewnętrznych relacji na potrzeby ustalenia kosztów związanych z realizacją zamówienia dla zamawiającego.

Izba pragnie zaznaczyć, że podziela wprawdzie pogląd odwołującego, że w myśl art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy który ją złożył jeśli ten jest uczestnikiem postępowania. Jednakże owa szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu nie zwalania odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub na zamawiającego (tak też w wyroku KIO z dnia2 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1225/22; wyroku KIO z dnia 12 marca 2024 r., sygn. akt KIO 633/24). W tym przypadku odwołujący, oprócz

kwestionowania możliwości dokonania wskazywanej modyfikacji, nie przedłożył żadnego dowodu, który potwierdzałby, że dokonane pomiędzy Decsoft a Oracle ustalenia nie miały miejsca i nie były możliwe. W szczególności nie wskazuje na to przywoływany przez odwołującego dowód przestawiony na posiedzeniu w postaci korespondencji prowadzonej z firmą Oracle w przedmiocie prowadzonego postępowania. Treść korespondencji prowadzonej pomiędzy odwołującym a przedstawicielem Oracle nie wskazuje na zakaz takiej modyfikacji, a wynika z niej wręcz, że pomimo zadanego przez odwołującego konkretnego pytania i opisania okoliczności jakie miały miejsce w niniejszej sprawie - Oracle nie kwestionuje takiej możliwości, nie odnosząc się do poruszonej w piśmie kwestii czy powyższe jest zgodne z polityką firmy Oracle. Zarzuty odwołującego oparte są zatem wyłącznie o twierdzenia, nie poparte żadnym dowodem.

Oceniając z kolei złożone przez Decsoft w postępowaniu wyjaśnienia RNC nie sposób stwierdzić, że wykonawca ten dokonał nieuprawnionych, samowolnych zmian w wycenie producenta Oracle. Opisał on w istocie zamawiającemu sposób kalkulacji oferty, poczyniony przez samego producenta Oracle, powołując się w tym zakresie na ustalenia ustne. Same tylko gołosłowne twierdzenie odwołującego, że taki sposób narusza zasady obowiązujące przystępującego, który jest również partnerem firmy Oracle (podobnie jak odwołujący) nie może stanowić wyłącznego argumentu decydującego o tym, że wyjaśnienia RNC złożone przez Decsoft są niewiarygodne, a złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Przystępujący natomiast w swoim piśmie procesowym w sposób, który należy uznać za spójny i logiczny wyjaśnił z czego wynika taki sposób kalkulacji tj. z faktu wydzielenia w osobnej pozycji opłaty wznowieniowej, która na etapie składania ofert stanowi jedynie założenie. Co istotne w niniejszej sprawie również wykonawcy RSP i Transition Technologies w analogiczny sposób dokonali modyfikacji oferty Oracle, dostosowując swoje oferty cenowe do rzeczywistego zakresu zamówienia. Izba dostrzegła wprawdzie, że oferty tych wykonawców zostały odrzucone przez zamawiającego jako zawierające cenę rażąco niską, jednakże powodem takiej decyzji zamawiającego, co wynika zarówno z treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak też z wyjaśnień zamawiającego składanych na rozprawie było to, że złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia były lakoniczne, ogólne i nie zostały poparte stosownymi dowodami. Tym niemniej nie sposób nie dostrzec, że ceny trzech złożonych ofert były zbliżone, a to oferta odwołującego odbiegała od poziomu ceny zaproponowanej przez pozostałych wykonawców.

Jak trafnie argumentował także Decsoft w swoim piśmie procesowym w postępowaniach przetargowych, których przedmiotem zamówienia była asysta techniczna producenta Oracle, a w których jak w niniejszym postępowaniu nie została zachowana ciągłość asysty technicznej z odpowiednim wyprzedzeniem, powszechną jest praktyka, iż ostateczna wartość zakontraktowanej asysty technicznej u producenta jest mniejsza, niż wartość pierwotnej oferty producenta Oracle, złożonej partnerowi na etapie przygotowywania oferty przetargowej. Dzieje się tak z tego powodu, że oferta zawiera także usługi dodatkowe w postaci przyjętego przez producenta buforu na opłatę wznowieniową. Decsoft, na potwierdzenie powyższego, załączył dowody w postaci ofert producenta Oracle złożonych partnerowi (Decsoft) w postępowaniach przetargowych na etapie składania ofert, jak też korespondencji e-mail z potwierdzeniem ostatecznego zamówienia na asystę techniczną producenta Oracle, w wyniku wygranych postępowań przetargowych prowadzonych przez: Katolicki Uniwersytet Lubelski (postępowanie: Usługa przedłużenia asysty technicznej dla baz danych aplikacji Oracle na potrzeby Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II); Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy (postępowanie na usługę wsparcia dla oprogramowania Oracle); Zakład Emerytalno- Rentowy MSWiA (postępowanie na zakup wsparcia technicznego dla użytkowanego przez Zakład Emerytalno-Rentowy MSWiA oprogramowania firmy Oracle).

Izba nie podzieliła również zarzutów odwołującego dotyczących tego, że przedstawiona przez Decsoft kalkulacja wskazuje, że doszło do przeniesienia kosztów pomiędzy zamówieniem podstawowym i opcjonalnym. Odwołujący zarzut ten sformułował w odniesieniu do następujących pozycji zawartych w kalkulacji: (a) koszty administracyjne, w tym zabezpieczenie należytego wykonania umowy; (b) ryzyko projektowe w całym okresie trwania umowy (12 m-cy); (c) zysk wykonawcy. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zamawiający w treści wezwania nie wymagał rozbicia wyżej wskazanych pozycji odrębnie dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego. Jakkolwiek należy zgodzić się z tezą prezentowaną przez odwołującego, że obowiązek wykazania realności zaoferowanej ceny dotyczy także zamówienia opcjonalnego, to nie sposób jednak na podstawie przedstawionej kalkulacji w sposób nie budzący wątpliwości twierdzić, że koszty zamówienia w ramach opcji czy to nie zostały skalkulowane, czy też, jak twierdzi odwołujący, że doszło do przeniesienia pomiędzy pozycjami.

Izba stwierdziła, że w przypadku kosztów administracyjnych i zysku - twierdzenia odwołującego, że koszty ww. elementów zamówienia dotyczą wyłącznie zamówienia podstawowego, nie znajduje potwierdzenia w wyjaśnieniach ceny. Odwołujący nie wskazuje na podstawie jakich fragmentów wyjaśnień takich ustaleń dokonał. Z kolei analiza przedstawionej przez Decsoft kalkulacji, przeprowadzona przez zamawiającego wskazuje, że Decsoft w żadnym miejscu nie sprecyzował, że przyjęty przez niego koszt ww. elementów dotyczy wyłącznie zamówienia podstawowego. Z

tych powodów nie sposób jest stwierdzić, aby zarzucane nieuprawnione przenoszenie kosztów pomiędzy zamówieniem podstawowym i opcjonalnym w ogóle wystąpiło.

Odnośnie kalkulacji ryzyk projektowych również nie ma podstaw do twierdzenia, że te zostały przedstawione wyłącznie dla zamówienia podstawowego. Decsoft w kalkulacji (tabela poz. 5) wprost wskazuje, że pozycja ta dotyczy „Ryzyka projektowego w całym okresie trwania umowy (12 m-cy)". Izba w tym zakresie nie dopatrzyła się również wskazywanych przez odwołującego sprzeczności w stanowisku przystępującego prezentowanym w wyjaśnieniach, piśmie procesowym czy na rozprawie. Decsoft konsekwentnie wskazuje, że ryzyko to skalkulował na podstawie swojej wiedzy i doświadczenia (wyjaśnienia RNC) uzupełniając, że jest to pula wydzielona na potencjalne szkody np. na kary umowne, które mogą ale nie muszą wystąpić (pismo procesowe, twierdzenia prezentowane na rozprawie).

Mając na uwadze wcześniejszą argumentację odnoszącą się do ciężaru dowodu podkreślić należy, iż z samego faktu budowy kalkulacji w sposób odmienny niż założenia odwołującego nie sposób wywieść, że doszło do niedozwolonego w świetle przepisów ustawy Pzp procederu polegającego na przenoszeniu kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego. Decsoft w złożonych w trakcie postępowania wyjaśnieniach wyraźnie wskazuje, które elementy kalkulacji obejmują zamówienie podstawowe, które dotyczą zamówienia w ramach prawa opcji, a które odnoszą się całego okresu realizacji zamówienia. Na co należy także zwrócić uwagę wyjaśnienia w tym zakresie należy uznać za wystarczające, w świetle treści wezwania zamawiającego. Przypomnieć bowiem w tym miejscu należy, że treść wyjaśnień, ich stopień szczegółowości i prezentowane wyliczenia zależą w znacznym stopniu od sformułowanych przez zamawiającego wątpliwości i pytań. W tym przypadku zamawiający nie oczekiwał od wykonawcy rozbicia poszczególnych elementów ceny na zamówienie podstawowe i opcjonalne.

Odnosząc się z kolei do argumentacji odwołującego, który na potwierdzenie tez zawartych w odwołaniu nawiązuje do postępowania na usługi wsparcia dla oprogramowania Oracle prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jak też wydanego w tej sprawie wyroku KIO z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt KIO 2692/23 stwierdzić należy, że podobieństwo w tych przypadkach sprowadza się wyłącznie do podobnego przedmiotu zamówienia. Przywołany przez odwołującego stan faktyczny, związany z oceną oferty jednego z wykonawców, stanowiący podstawę do uwzględnienia odwołania w przywoływanej sprawie jest całkowicie odmienny, gdyż dotyczy zaniechań zamawiającego w kwestii badania rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym postępowaniu nie miało to miejsca, gdyż zamawiający dokonał badania oferty Decsoft pod kątem rażąco niskiej ceny, ocenił złożone wyjaśnienia i prawidłowo doszedł do przekonania, że te potwierdzają rynkowość zaoferowanej ceny. Z tego względu analogia do postępowania organizowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, którą próbuje wywieść odwołujący, w ogóle nie występuje.

Nie potwierdził się także, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Decsoft, podczas gdy złożona została ona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tzn. poprzez zaoferowanie przez Decsoft usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia, poniżej kosztów jej świadczenia (tzw. dumping cenowy) oraz poprzez niedozwolone przenoszenie kosztów zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego, uniemożliwiając tym samym odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia na zasadach uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca taką ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d UZNK, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 UZNK. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

W tym przypadku odwołujący, na którym w powyższym zakresie spoczywał ciężar dowodu w myśl art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązkowi dowodowemu nie sprostał. Odwołujący swoje stanowisko opierał na twierdzeniach, że doszło do nieuprawnionej manipulacji ceną oferty otrzymanej od Oracle, jak też przenoszenia kosztów pomiędzy zamówieniem podstawowym i opcją, które to twierdzenia nie zostały poparte żadnymi dowodami. Argumentacja odwołującego została oparta jedynie na przypuszczeniach, które nie zostały uwiarygodnione. Pełną aktualność w tym zakresie zachowują wywody przedstawione we wcześniejszej części uzasadnienia. Odwołujący w żaden sposób nie podważył prawidłowości przyjętych przez przystępującego na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej założeń i kosztów, tym samym nie

sposób uznać, aby wykazał on, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Decsoft, wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę wyjaśnienia w przedmiocie RNC złożone przez Decsoft w postępowaniu, dokonał wyboru złożonej przez tego wykonawcę oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 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:……..