

WYROK

Warszawa, dnia 26 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2024 r. przez wykonawcę **City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **PM3D S.A. z siedzibą w Bydgoszczy**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2.3.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu** i
  - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu** tytułem wpisu od odwołania.
  - 3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 415/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie w stałej sprawności technicznej urządzeń poboru opłat w Strefie Płatnego Parkowania w Bydgoszczy w 2024”, numer referencyjny: 058/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 listopada 2023 r. pod nr 2023/BZP 00479946/01.

W dniu 6 lutego 2024 r. wykonawca City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PM3D SA Ul. Fordońska 2 85-085 Bydgoszcz, w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona, a co najmniej treść oferty tego wykonawcy budzi wątpliwości mogące skutkować koniecznością jej odrzucenia i które powinny zostać przez Zamawiającego wyjaśnione przed rozstrzygnięciem Postępowania, gdyż w przeciwnym razie Zamawiający naruszy art. 17 ust. 2 PZP zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy jak również art. 16 pkt. 1 PZP w zakresie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- **art. 226 ust. 1 pkt. 3 lub 5 PZP w zw. z art. 462 ust. 2 PZP**, poprzez zaniechanie właściwego zastosowania przepisów ustawy PZP i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PM3D ze względu na to, że jest niezgodna z przepisami ustawy PZP i jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w sytuacji, w której w SWZ (XXV ust. 10) Zamawiający wymagał wskazania części zamówienia których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, czego PM3D w formularzu ofertowym nie uczynił **podczas gdy** charakter zamówienia i jego przedmiot powodują, iż nie jest możliwe jego wykonanie bez udziału podwykonawców;

- **art. 224 ust. 1 PZP i art. 223 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu i zaniechanie wezwania wykonawcy PM3D do wyjaśnień w szczególności w zakresie ceny ofertowej, w tym istotnych części składowych ceny wpływającej na koszt całego zamówienia tj. kosztu integracji API oraz kosztu udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia **podczas gdy**, w postępowaniu odwoławczym KIO 3882/23 wykonawca PM3D

podnosił iż koszt integracji API nie może być niższy niż 10 000 Euro i brak jest dowodów na to, że wykonawca PM3D uwzględnił w ofercie koszt integracji API na postulowanym poziomie 10 000 Euro oraz koszt udziału podwykonawców w realizacji zamówienia;

- **art. 253 ust. 1 pkt. 2) PZP** poprzez przedstawienie w „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” jak również w dokumencie z dnia 1 lutego 2024 r. „Zawiadomienie, zgodnie z art. 253 ust. 1 uPzp” uzasadnienia faktycznego i prawnego jedynie dla wyboru oferty najkorzystniejszej **podczas gdy**, Zamawiający jest obowiązany przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne również dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czego zaniechał.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy PM3D ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i z przepisami ustawy PZP,  
*a w przypadku nie uwzględnienia żądania z pkt. 4 powyżej:*

5. nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy PM3D do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP, w tym w szczególności w zakresie kosztu integracji API i kosztu udziału podwykonawców w wykonaniu zamówienia i w przypadku braku rzetelnego wyjaśnienia w tym zakresie odrzucenie oferty tego wykonawcy;

6. nakazanie Zamawiającemu sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z art. 253 PZP;

7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę City Parking Group S.A. z siedzibą w Grudziądzu Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 lutego 2024 r. (pismo z dnia 19 lutego 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca - PM3D S.A. z siedzibą w Bydgoszczy.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przestępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przestępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo z dnia 19 lutego 2024 r.) podnosił, że odwołanie jest bezzasadne.

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy PZP, Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Zgodnie z 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.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP, Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje

równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowało by odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 2.1. i nr 2.2. nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Natomiast w zakresie zarzutu nr 2.3. odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, ze względu na cofnięcie tego zarzutu przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 lub 5 PZP w zw. z art. 462 ust. 2 PZP, poprzez zaniechanie właściwego zastosowania przepisów ustawy PZP i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PM3D ze względu na to, że jest niezgodna z przepisami ustawy PZP i jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w sytuacji, w której w SWZ (XXV ust. 10) Zamawiający wymagał wskazania części zamówienia których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, czego PM3D w formularzu ofertowym nie uczynił podczas gdy charakter zamówienia i jego przedmiot powodują, iż nie jest możliwe jego wykonanie bez udziału podwykonawców, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z pkt XXV ust. 10 SWZ, Zamawiający wskazał, iż: „Nie zastrzega się obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany wskazać części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy podwykonawców, o ile są już znane”.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ w pkt 2 c) skreślił fragment dotyczący podwykonawstwa, tj. „Zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia”.

Izba zważa, że zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy PZP, Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Izba wskazuje, że brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy PZP wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, przesądza o jego informacyjnym charakterze. Informacyjnego charakteru nie będzie miało jednak wskazanie w ofercie przez wykonawcę tych części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli zamawiający w dokumentach zamówienia zastrzegł je jako wymagające osobistego wykonania przez wykonawcę (art. 60 ustawy PZP).

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 215/22, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o

podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa Zamówień Publicznych.”

W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 sierpnia 2017 r. o sygn. akt KIO 1528/17, w którym stwierdzono, że: „o ile Zamawiający nie zmodyfikuje w szczególności sposobu przepisów Prawa zamówień publicznych, to zakres prac podwykonawcy nie jest objęty zakresem treści oferty, a tym samym nie przekłada się na treść przyszłego zobowiązania. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny”.

W przedmiotowej sprawie istotne jest to, iż Zamawiający w pkt XXV ust. 10 SWZ jednoznacznie stwierdził, iż: Nie zastrzega się obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań”, a także że Przystępujący nie przewidział korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba zważa, że Odwołujący powołuje się w odwołaniu na postępowanie odwoławcze, które toczyło się przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO 3882/23, w której to Przystępujący na rozprawie złożył deklarację, że zamierza skorzystać z podwykonawstwa w przypadku wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy (okoliczność bezsporna). Zdaniem Izby to, że Przystępujący nie wskazał podwykonawców w formularzu ofertowym co do realizacji części zamówienia, przy jednoczesnym braku obowiązku osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, powoduje w ocenie Izby, iż ma ono wyłącznie charakter informacyjny, a niedefinitywne zobowiązanie Przystępującego o niekorzystaniu z podwykonawców, zwłaszcza, że zamiar skorzystania z podwykonawstwa może być zmieniany według potrzeb wykonawcy w trakcie realizacji umowy.

Izba zważa, że powoływanie się przez Odwołującego w odwołaniu na konieczność skorzystania przez Przystępującego z podwykonawców, tj. Poczty Polskiej S.A czy też firmy Flowbird SAS z siedzibą w Paryżu/Flowbird Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, jest stwierdzeniem w ocenie Izby opartym jedynie na informacjach lub domysłach Odwołującego, o czym świadczą słowa przytoczone z postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO 3882/23 w odniesieniu do Poczty Polskiej S.A.: „posiada od Poczty Polskiej informację, że warunki dla wszystkich nowych kontraktów i wszystkich kontrahentów w roku 2024 będą wyglądały następująco [...]”, czy też słowa w odniesieniu do firmy Flowbird: „zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego PM3D zamierza skorzystać do realizacji części przedmiotu zamówienia”.

Z kolei co się tyczy konieczności korzystania z firmy posiadającej koncesję upoważniającą do ochrony osób i mienia w zakresie transportu pieniędzy do banku (zgodnie z częścią III pkt 11 OPZ), to jak słusznie zauważył Przystępujący w piśmie procesowym: „może też samodzielnie wykonywać pracę po uzyskaniu stosownych uprawnień (koncesji czy licencji)”, co też w ocenie Izby nie powoduje, że Przystępujący nie będzie mógł skorzystać z usług ww. firm, czy też z usług innych podwykonawców na etapie realizacji umowy. Co istotne, nie zmienia powyższego stanowiska Izby dowód załączony przez Odwołującego do odwołania w postaci certyfikatu autoryzacji firmy Flowbird.

W związku z powyższym, rację ma Przystępujący, iż: „Przystępujący ma również swobodę wyboru co do formy partycypacji podmiotów trzecich w realizacji usług”.

Izba uznając, że w treści oferty Przystępującego wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi w wyniku skreślenia fragmentu dotyczącego podwykonawstwa w formularzu ofertowym w pkt 2 c), to Izba jednocześnie podkreśla, że ustawa PZP nie przewiduje niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy.

Tym samym rację ma Zamawiający, który wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca ma swobodę decydowania w trakcie realizacji umowy: „czy wykonuje umowę sam, czy też z udziałem podwykonawców i jakich, w tym możliwość zmiany deklaracji zawartej w ofercie”, tym bardziej, że w ocenie Izby akcent należy położyć na słowo „zamiar”, który to „zamiar” Zamawiający wprost wskazał w pkt XXV ust. 10 SWZ: Wykonawca jest zobowiązany wskazać części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom”.

Warto w tym miejscu powołać się także na wzór umowy stanowiący załącznik nr 2 do SWZ, w którym to § 5 ust. 1-3, Zamawiający wskazał:

„ 1. Wykonawca wykonuje zamówienie siłami własnymi \*/ Wykonawca powierza wykonanie części zamówienia Podwykonawcom wymienionym w Wykazie, stanowiącym **Załącznik Nr 4** do Umowy (o ile dotyczy), pozostałą część zamówienia Wykonawca wykonuje siłami własnymi.

2. Wykonawca zawiadamia Zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w ust. 1, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych Podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację części zamówienia. W trakcie realizacji zamówienia Wykonawca może również zmienić Podwykonawcę wymienionego w ust 1.

3. Wprowadzenie nowego Podwykonawcy lub zmiana Podwykonawcy wymienionego w ust. 1, musi być uzasadniona na

piśmie i zaakceptowana przez Zamawiającego. Zmiany w tym zakresie wprowadzone zostaną aneksem do Umowy”, czy też na § 14 ust. 5 wzoru umowy: „Zmiany Umowy będą mogły nastąpić również, w przypadku:

- 1) zmiany deklaracji Wykonawcy zawartej w oświadczeniu w zakresie wykonania zamówienia samodzielnie lub/i przy udziale Podwykonawców, na uzasadniony pisemny wniosek Wykonawcy zaakceptowany przez Zamawiającego;
- 2) zmiany Podwykonawców, na zasadach określonych § 4 Umowy”.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób się zgodzić się z Odwołującym, iż: **„Oznacza to sprzeczność deklaracji wykonawcy PM3D z formularza ofertowego ze stanem rzeczywistym** Oznacza to też niezgodność z przepisami ustawy PZP, w tym w szczególności z art. 462 ust. 2 (...)”.

Konkludując w ocenie Izby nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 lub 5 PZP w zw. z art. 462 ust. 2 PZP.

Z tego też powodu, zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 PZP i art. 223 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu i zaniechanie wezwania wykonawcy PM3D do wyjaśnień w szczególności w zakresie ceny ofertowej, w tym istotnych części składowych ceny wpływającej na koszt całego zamówienia tj. kosztu integracji API oraz kosztu udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia podczas gdy, w postępowaniu odwoławczym KIO 3882/23 wykonawca PM3D podnosił iż koszt integracji API nie może być niższy niż 10 000 Euro i brak jest dowodów na to, że wykonawca PM3D uwzględnił w ofercie koszt integracji API na postulowanym poziomie 10 000 Euro oraz koszt udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, jest zdaniem Izby niezasadny.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista.

Izba wskazuje, że zgodnie z 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.

Izba zwraca uwagę, że art. 224 ust.1 ustawy PZP odnosi się do sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (.....), a to oznacza, że cena zaoferowana przez wykonawcę musi być nierealna do wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba zważa, że Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu zaoferował zamówienie łącznie z prawem opcji za kwotę 822 661,39 zł (w tym za zamówienie podstawowe: 489 808,26 zł, za prawo opcji: 332 853,13 zł), zaś Odwołujący zaoferował zamówienie łącznie z prawem opcji za kwotę 752 327,04 zł (w tym za zamówienie podstawowe: 447 931,56 zł, za prawo opcji: 304 395,48 zł).

Tym samym zdaniem Izby cena całkowita zaoferowana przez Przystępującego, w tym cena zaoferowana za zamówienie podstawowe, jak i za prawo opcji ma charakter nie tylko rynkowy, ale również Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego wykazywała cechy ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że kwestia istotności elementów składowych ceny, podlega ocenie w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie jest tak, że ocena dokonana przez Izbę w odniesieniu do innego postępowania o udzielenie zamówienia przesądza charakter określonego składnika ceny w innych postępowaniach, to bowiem zależy od uwarunkowań konkretnego postępowania, a także od okoliczności wykazanych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

Co istotne, na co Izba chciałaby zwrócić uwagę, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 ustawy PZP przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości co do ich realności. W ocenie Izby Odwołujący okoliczności takich nie wykazał, tj. nie udowodnił.

Izba zważa, że podnoszone przez Odwołującego, iż koszt integracji API, jak również koszt udziału podwykonawców w realizacji zamówienia stanowią istotne części składowe ceny, to Izba chciałaby zaznaczyć, iż wskazywane przez Odwołującego, że „w postępowaniu odwoławczym KIO 3882/23 wykonawca PM3D podnosił iż koszt integracji API nie może być niższy niż 10 000 Euro” nie oznacza w ocenie Izby, że kosztu integracji API Przystępujący nie uwzględnił w swojej cenie, co również sam Przystępujący potwierdził w piśmie procesowym „koszt został uwzględniony”.

Warto w tym miejscu również zauważyć, że Odwołujący oparł swoje twierdzenia jedynie na podstawie deklaracji Przystępującego z poprzedniego postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO 3882/23, iż „koszt integracji API nie może być niższy niż 10 000 Euro”, nie przedstawiając na rozprawie jakiegokolwiek

dowodu co do kosztów integracji API. To samo dotyczy kosztu udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, w stosunku do których Odwołujący również nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałyby, jakiego rzędu są koszty udziału poszczególnych podwykonawców.

Z kolei co się tyczy podnoszonych przez Odwołującego stawek zaoferowanych w 2023 r. w stosunku do stawek zaproponowanych w niniejszym postępowaniu na rok 2024, to Izba w pierwszej kolejności zważa, że okres realizacji zamówienia z 2023 roku obejmował 8 miesięcy, zaś okres realizacji zamówienia na rok 2024 obejmuje 6 miesięcy, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie. Poza tym Izba wzięła również pod uwagę oświadczenie Przystępującego, który stwierdził w piśmie procesowym: „*niewielka obniżka wynika z posiadania wielu narzędzi zakupionych na potrzeby poprzedniego zamówienia, które mogą być nadal używane. Przystępujący nie musi ponosić wydatków na wyposażenie i sprzęt*”, jak i na rozprawie, gdzie Przystępujący oświadczył, że nie musi ponosić kosztów montażu parkomatów oraz że ma możliwość korzystania z parkomatów używanych.

Tym samym w ocenie Izby zaoferowane przez Przystępującego niższe stawki na 2024 r. nie świadczą o tym, że stawki te mają charakter rażąco niskich, zwłaszcza że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby świadczyć o stawkach rażąco niskich.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie Przystępującego.

Nadto Izba zważa, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba wskazuje, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, co do sposobu jej rozumienia. Przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Inaczej mówiąc, przepis dotyczy stanów faktycznych, w których po stronie Zamawiającego powstają wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie. W doktrynie i orzecznictwie akcentuje się, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości, a w ocenie Izby taka sytuacja w niniejszym postępowaniu nie zachodziła.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego całego art. 223 ustawy PZP, przy czym Odwołujący nie wykazał żadnych przesłanek świadczących o konieczności zastosowania przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 lub 3 ustawy PZP.

Z tego też powodu, zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....