

## WYROK

z dnia 26 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski  
Emil Kuriata

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **22 września 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **11 września 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup usługi serwisowej oprogramowania ORACLE Tuxedo oraz ORACLE Salt* (993200/271/72/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie** [„Przystępujący”] – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, 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 2022 r. poz. 1710 ze zm.) wyjaśnień uzasadniających cenę jego oferty, w tym złożenia dowodów potwierdzających: po pierwsze – koszt zakupu od Oracle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie usług niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w okresie 24miesięcznym i 36miesięcznym, 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 powyższego zamówienia.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie {dalej: „ZUS” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zakup usługi serwisowej oprogramowania ORACLE Tuxedo oraz ORACLE Salt* (993200/271/72/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 kwietnia 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S\_074 pod poz. 221045.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

30 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Transition Technologies” lub „Przystępujący”}.

11 września 2023 r. Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Comarch” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego i zaniechania czynności objętej poniższym zarzutem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy pzp – przez zaniechanie wezwania Transition Technologies do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty, w sytuacji gdy wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, w stosunku do której zachodzą uzasadnione podstawy do przyjęcia, że zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia badania i oceny ofert.
3. Wezwania Transition Technologies na podstawie art. 224 ust. 1 pzp do wyjaśnienia ceny oferty, w tym złożenia dowodów w zakresie jej wyliczenia.
4. Powtórzenia badania i oceny ofert, z uwzględnieniem złożonych przez Transition Technologies wyjaśnień ceny oferty.
5. Ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut w uzasadnieniu odwołania za pomocą następujących okoliczności faktycznych.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty z następującymi cenami: 1) Comarch – 64.957.716,96 zł, 2) Transition Technologies – 58.612.840,68 zł, 3) Advatech sp. z o.o. – 67.633.042,48 zł.

Przedmiotem tego zamówienia jest zakup usługi serwisowej oprogramowania ORACLE Tuxedo oraz ORACLE Salt, czyli Usługi Serwisowej dla Oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego wymienionego w § 2 projektowanych postanowień umowy w Tabeli A – oprogramowanie użytkowane przez Zamawiającego (w wersji uwzględniającej zmianę SWZ) [poniżej dane z tabeli osadzonej w tekście odwołania]:

Lp. / Opis produktu, typ / Liczba licencji / CSI / Termin zakończenia wsparcia

- 1 / Oracle Service Architecture Leveraging Tuxedo (SALT) – Processor Perpetual / 12 / 18336228 / 6 lipca 2023 r.
- 2 / Oracle Service Architecture Leveraging Tuxedo (SALT) – Processor Perpetual / 4 / 16372742 / 6 lipca 2023 r.
- 3 / Oracle Tuxedo – Processor Perpetual / 4 / 16372742 / 6 lipca 2023 r.
- 4 / Oracle Service Architecture Leveraging Tuxedo (SALT) – Processor Perpetual / 1 / 17779780 / 6 lipca 2023 r.
- 5 / Oracle Tuxedo – Processor Perpetual / 118 / 16668998 / 6 lipca 2023 r.
- 6 / Oracle Service Architecture Leveraging Tuxedo (SALT) – Processor Perpetual / 8 / 19562528 / 6 lipca 2023 r.
- 7 / Oracle Tuxedo – Processor Perpetual / 16 / 19562528 / 6 lipca 2023 r.
- 8 / Oracle Tuxedo – Processor Perpetual / 79 / 20854349 / 6 lipca 2023 r.
- 9 / Oracle Tuxedo – Processor Perpetual / 20 / 22999231 / 6 lipca 2023 r.
- 10 / Oracle Service Architecture Leveraging Tuxedo (SALT) – Processor Perpetual / 20 / 22999231 / 6 lipca 2023 r.
- 11 / Oracle Tuxedo – Processor Perpetual / 54 / 24239465 / 17 stycznia 2023 r.
- 12 / Oracle Service Architecture Leveraging Tuxedo (SALT) – Processor Perpetual / 32 24239465 / 17 stycznia 2023 r.

Każdy wykonawca uwzględnić koszt świadczenia przez Oracle usługi serwisowej oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt, gdyż realizacja przedmiotu zamówienia polega przede wszystkim na odsprzedaży jej Zamawiającemu.

Każdy wykonawca 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 tym postępowaniu. Ceny uzyskane u Oracle powinny zostać uwzględnione jako koszt składanej oferty.

Warunki Oracle, które musiały być zaakceptowane przez każdego wykonawcę przed złożeniem oferty:

15. Oferta Oracle nie podlega dalszej dystrybucji bez wiedzy i zgody Oracle.

16. Oferta Oracle stanowi integralną całość, bez możliwości podziału na poszczególne usługi. Dla uniknięcia wątpliwości Partner nie ma prawa do zaoferowania Klientowi jednego z elementów ceny, bez zaoferowania pozostałych objętych kalkulacją.

Po pierwsze, cena oferty Transition Technologies dla ZUS niższa niż cena oferty Oracle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Oracle Polska”} dla Transition Technologies.

Cena oferty Oracle dla każdego wykonawcy powinna być taka sama i wynosić dla każdego z nich 47.401.937,52 zł netto za realizację usług objętych przedmiotem zamówienia przez okres 3 lat (okres podstawowy + prawo opcji), natomiast na okres 2 lat (okres podstawowy) powinna wynosić: 33.185.767,92 zł netto.

Biorąc pod uwagę cenę oferty Transition Technologies, która wynosi 58.612.840,68 zł, czyli 47.652.716,00 zł netto [z uwagi na fakt, że oferta od producenta oprogramowania była przedstawiona w wartościach netto, dalsze wyliczenia operują na cenami netto], różnica pomiędzy nią a ofertą uzyskaną od Oracle Polska wynosi 250.777,92 zł netto. Wskazywałoby to na marżę na poziomie 0,5%, gdyby nie okoliczność, o której mowa poniżej.

We wzorze formularza ofertowego dla poz. 11. i 12. Zamawiający zawarł następujące zastrzeżenie: *Okres świadczenia usługi serwisowej dla pozycji 11 i 12 Formularza cenowego (38 miesięcy) jest okresem orientacyjnym. Wskazana liczba miesięcy służy tym samym wyłącznie porównaniu ofert w kryterium „cena brutto oferty”, a Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktyczny okres świadczenia usługi, zgodnie z Projektowanymi postanowieniami umowy.*

Stąd do prawidłowego wyliczenia ceny oferty należy *de facto* odjąć 2 miesiące ujęte w formularzu ofertowym dla poz. 11. i 12., gdyż wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktyczny okres świadczenia usługi, a okres ten dla pozycji 1-10, 11-12, będzie wynosił 24 miesiące lub, w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, 36 miesięcy.

Po przeliczeniu cen z formularza oferty Transition Technologies z uwzględnieniem powyższego zastrzeżenia wynika, że nie pokrywają one kosztu oferty uzyskanej od Oracle [poniżej dane z tabeli osadzonej w tekście odwołania]

Cena po odjęciu 2 miesięcy / Koszt oferty Oracle / Różnica

1-12 (36 miesięcy) / 47.292.840,00 zł / 47.401.937,52 zł / -109.097,52 zł

1-12 (24 miesiące) / 31.528.560,00 zł / 33.185.767,92 zł / -1.657.207,92 zł

Z formularza ofertowego Transition Technologies wynika, że podwykonawcą jest Oracle Polska, przy czym podwykonawstwo dotyczy następująco określonego zakresu: *Opieka Administracyjna*. Zatem założono, że Oracle Polska nie będzie świadczył całości przedmiotu zamówienia, a jedynie opiekę administracyjną.

Po drugie, cena oferty Transition Technologies nie uwzględnia kosztów poniżej wskazanych usług, które nie są objęte ofertą Oracle Polska jako podwykonawcy:

1. Wykonywania raportów, o których mowa w pkt 18 § 4 „Warunki realizacji przedmiotu Umowy oraz świadczenia Usługi serwisu” {dalej: „Warunki...”}: *Wykonawca będzie sporządzał i przekazywał Zamawiającemu Miesięczny raport z wykonania Usług Opieki Serwisowej, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do Umowy Miesięczne.*
2. Integracji z systemem zgłoszeniowym (utrzymanie infrastruktury z tym związanej), o której mowa w pkt 21 § 4 „Warunki...”: *Wykonawca dokona integracji z systemem obsługi zgłoszeń Zamawiającego, w ciągu 2 miesięcy od daty zawarcia Umowy, co zostanie potwierdzone obustronnie podpisanym Protokołem potwierdzenia integracji systemu obsługi zgłoszeń Wykonawcy z systemem obsługi zgłoszeń Zamawiającego, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do Umowy.*
3. Zapewnienia tłumaczenia, jeśli będzie to niezbędne, o którym mowa w pkt 2 § 5 „Personel Wykonawcy i podwykonawcy”: *Wykonawca zapewni komunikację personelu Wykonawcy z Zamawiającym w języku polskim przez cały okres wykonywania Umowy. Obowiązek komunikowania się w języku polskim obejmuje wszelkie środki porozumiewania się pomiędzy Stronami, w tym w szczególności wszelką korespondencję, komunikację w trakcie spotkań, telekonferencje oraz inne rozmowy przeprowadzane pomiędzy personelem Stron oraz pomiędzy personelem Stron a innymi osobami, którymi Strony posługują się przy wykonywaniu Umowy.*
4. Obsługi administracyjnej umowy, w tym wystawiania faktur, o którym mowa w pkt 14 § 6 „Wynagrodzenie i zasady rozliczeń”: *Płatności miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu świadczenia Usługi Serwisowej następować będą na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, z dołu, w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury.*
5. Ryzyka kar umownych za niedotrzymanie SLA (poziomu świadczenia usług) wymaganego Umową co do czasów reakcji, wynikający z tego, że Zamawiający negatywnie odpowiedział na wnioski wykonawców o dostosowanie czasów reakcji do standardowych warunków Oracle.
6. Ryzyka kary umownych za zdarzenia, za które nie ponosi odpowiedzialności Oracle.

Po trzecie, cena oferty Transition Technologies nie uwzględnia kosztów finansowania lub kredytowania wynikających z niekorzystnych różnic w terminach płatności. Wykonawca po podpisaniu umowy z Zamawianym musi

bowiem zrealizować zamówienie w Oracle Polska i na samym początku uiścić opłatę wyrównawczą za usługi serwisu Oracle, których termin już ekspirował. Zgodnie z SWZ Zamawiający miał aktywną usługę serwisową dla pozycji 1.-10. formularza ofertowego – do 6 lipca 2023 r, a dla pozycji 11.-12. formularza ofertowego – do 17 stycznia 2023 r, co przekłada się łącznie na kwotę 7.618.953,43 zł netto.

Jednym warunków Oracle było posiadania odpowiedniej linii kredytowej, niezbędnej m.in. do zapłaty jednorazowej za okres wsteczny [poniżej cytāt z załączonego do odwołania dokumentu pn. „Akceptujemy warunki Oracle do postępowania w ZUS nr 993200/271/IN- 404/2023...”]:

(...)  
4. Wystarczająca linia kredytowa w Oracle w czasie trwania postępowania oraz w okresie realizacji zamówień w Oracle, w wysokości pozwalającej na zrealizowanie pierwszej płatności do Oracle za usługi asysty technicznej oraz pozostałych zobowiązań wynikających z kontraktu.

11. Warunki płatności:

- Za okres wsteczny jednorazowo
- Pozostały okres: płatności kwartalne z dołu
- Termin płatności: 30 dni od daty wystawienia faktury VAT

(...)

14. Oferta Oracle nie uwzględnia marży Partnera oraz żadnych dodatkowych kosztów (np. kosztów finansowania itp.)

§ 6 ust. 6 Projektowanych postanowień umowy stanowi: *Strony ustalają, że miesiąc kalendarzowy stanowi okres rozliczeniowy przedmiotowej Umowy. Płatności z tytułu świadczenia Usług Opieki Serwisowej, będą dokonywane z dołu za dany miesiąc kalendarzowy w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego – Departament Zarządzania Systemami Informatycznymi, sekretariat – 01-748 Warszawa ul. Szamocka 3, 5 prawidłowo wystawionej faktury wraz z dołączonym podpisanym przez obie Strony bez zastrzeżeń Miesięcznym raportem z wykonania Usług Opieki Serwisowej, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do Umowy.*

Zatem wykonawca realizujący kontrakt będzie musiał niejako wyłożyć za ZUS na poczet wykupu serwisu producenta oprogramowania Oracle za okres wstecz środki finansowe, które będą dopiero później sukcesywnie zwracane przez ZUS w ramach płatności miesięcznych z tytułu zawartej umowy.

Wynagrodzenie wykonawcy zgodnie z § 6 PPU płatne w cyklach miesięcznych wynosiłoby 1.313.690,00 zł netto. Przyjmując stopę procentową WIBOR1M (6,82% na dzień 03.08.2023) koszt kapitału przez cały okres projektu wyniósłby ok. 450.000 zł netto.

W odpowiedzi na odwołanie z 20 września 2023 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

{argumentacja prawna}

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. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

*Izba podzieliła argumentację zamawiającego i przystępującego, że sama zanotowana dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, tj. od około 14% do 25% nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, kontakty handlowe, rozwiązania organizacyjne, ilość świadczonych jednocześnie usług – skali działalności), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet znacząco odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert – jeżeli potrafi ją uzasadnić (z uzasadnienia wyroku Izby z 23.04.2013 r. sygn. akt KIO 848/13).*

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”, te dwa pojęcia nie są tożsame (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 21.06.2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10, niepubl.).

Z literalnego brzmienia przepisu art. 224 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych wyłącznie, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia powzięła wątpliwość, że zaproponowana przez wykonawcę cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

*Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (z uzasadnienia wyroku Izby z 08.05.2018 r. sygn. akt KIO 769/18).*

*Izba wyjaśniła również, że użyte w art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. (z uzasadnienia wyroku z 29.06.2022 r. sygn. akt KIO 1543/22).*

Przy tym art. 224 ust. 1 ustawy pzp nie będzie miał zastosowania w każdym przypadku, kiedy cena oferty lub koszt będą niższe w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień nie można rozumieć w ten sposób, że przepis ten powinien być stosowany każdorazowo wobec najkorzystniejszej cenowo (lub kosztowo) oferty przed dokonaniem jej wyboru. Wykładnia celowościowa tego przepisu ma zmierzać bowiem do eliminowania ofert, których cena lub koszt uniemożliwiają realizację przedmiotu zamówienia, a nie wszczywanie

procedury wyjaśniania każdorazowo wobec oferty z najniższą ceną lub kosztem [tak A. Matusiak w komentarzu pod red. Jaworskiej, 2022 wyd. 4/A].

Powyższe potwierdziła Izba w uzasadnieniu wyroku z 21.09.2022 r. sygn. akt KIO 2233/22: *Ustawodawca nie określił szczegółowo progów wartości, jak wobec całości ceny oblig 30% , poniżej których następuje w stosunku do składowych ceny obowiązek wezwania do wyjaśnień. Zależy więc to od indywidualnej oceny zamawiającego, czy takie podstawy istnieją. Pozostawiono to w gestii oceny zamawiającego, która to ocena podlega kontroli Izby.*

{argumentacja faktyczna}

Na etapie szacowania wartości zamówienia Zamawiający trzykrotnie zwracał się za pośrednictwem platformy zakupowej Smart PZP z prośbą o przekazanie informacji dotyczących szacunkowego kosztu realizacji zamówienia na świadczenie usług opieki serwisowej oprogramowania Oracle. Trzykrotnie otrzymał odpowiedź jedynie od Transition Technologies S.A. oraz Advatech sp. z o.o. przy czym ostatnie ich wyceny z 16.02.2023 r. opiewały odpowiednio na 59.899.597,80 zł i 63.311.790,24 zł (brutto).

Zamawiający dokonał porównania ceny oferty Transition Tehchnology z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek VAT, jak również ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 pzp. Na podstawie żadnego z tych porównań Zamawiający nie powziął wątpliwości, co do realności ceny oferty Transition Technologies.

Zamawiający otrzymał 3 sierpnia 2023 r. pismo Comarchu o powzięciu podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty Transition Technologies. W jego treści podniesiono okoliczność, że każdy wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu musiał spełnić restrykcyjne warunki Oracle, aby otrzymać od niego ofertę umożliwiającą złożenie oferty ZUS-owi. Ponadto powołano się na to, że według pracowników Oracle Polska każdy z wykonawców otrzymał od Oracle taką samą cenę oferty, gdyż takie są zasady tej korporacji.

Przy tym w piśmie tym Comarch nie wskazał, ani warunków, jakie należy spełnić, aby otrzymać ofertę od producenta oprogramowania czy zasad obowiązujących u tego producenta, ani pracowników Oracle Polska, od których uzyskał informację o jednakowej cenie.

Zamawiający nie zbagatelizował powyższej informacji i ponownie przystąpił do oceny najkorzystniejszej oferty na podstawie obowiązujących przepisów ustawy pzp. Nie zobowiązują one jednak do badania oferty producenta oprogramowania niebędącego wykonawcą w postępowaniu. Po weryfikacji Zamawiający podtrzymał swoją ocenę i w konsekwencji dokonał wyboru oferty Transition Technologies, nie stwierdzając, aby zachodziły podstawy do badania rażąco niskiej ceny, w tym wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, co odzwierciedlono w notatce z 09.08.2023 r.

{wnioski}

Zamawiający może powziąć wątpliwości co do realności ceny oferty w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Ponieważ przedstawiona uprzednio na etapie szacowania wartości zamówienia wycena jest zbliżona do ceny oferty danego wykonawcy, trudno jest przyjąć, że w przypadku Transition Technologies powinna wzbudzać wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający ocenia ofertę wykonawcy, a nie producenta oprogramowania. Zamawiający nie ma wiedzy, w jaki sposób i na jakich warunkach oferowane jest ono przez niego oferowane, w tym jakie wymogi muszą spełnić wykonawcy, aby otrzymać od niego ofertę. Żaden z przepisów ustawy pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku posiadania takiej wiedzy.

Przystępujący w piśmie z 21 września 2023 r. wnioś o oddalenie odwołania, następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

{okoliczności faktyczne}

Transition Technologies zrealizował uprzednio należycie na rzecz ZUS-u analogiczne zamówienie (pn. „Świadczenie opieki serwisowej oraz wsparcia oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt”, umowa nr 1079846 z 7 lipca 2021 r.).

Cena oferty Transition Technologies jest niższa o 9,77% od ceny oferty Comarchu oraz ok. 8% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (63.734.533,37 zł), a kwota, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia (62.060.910,69 zł), jest od niej wyższa o 5,6% i niższa o ok. 4,5% od ceny oferty Comarchu.

Twierdzenia odwołania nie są poparte żadnymi dowodami, które dotyczyłyby kosztów realizacji i kalkulacji ceny przez Transition Technologies. Odwołanie nie zawiera zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na oferowaniu odsprzedaży usług poniżej kosztów jego zakupu. Jednocześnie w odwołaniu nie wskazano, na jakim poziomie powinna się znajdować cena oferty, aby pokryć wszystkie podnoszone w nim koszty.

{argumentacja prawna}

W przeciwieństwie do sytuacji, w której zarzucana jest rażąco niska cena oferty, w przypadku zarzutu zaniechania wezwania do udzielenia wyjaśnień na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że cena ofertowa spełnia przesłanki uzasadniające wezwanie uczestnika postępowania do wyjaśnień.

Tak m.in. w wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 10.01.2023 r. sygn. akt KIO 3452/22: *Dokonując rozpoznania sporu Izba związana była wyłącznie tezą odwołania, iż wobec oferty wybranej zachodziło uzasadnione podejrzenie, co do zaoferowania rażąco niskiej ceny, co powinno obligować Zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 224 Ustawy. Samo wskazanie w odwołaniu na naruszenie art. 224 ust. 1 Ustawy nie oznaczało powstania domniemania prawnego, jakie ustawodawca wiąże ze skierowaniem wezwania do złożenia wyjaśnień, tj. zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym bez wezwania skierowanego w procedurze przetargowej do wykonawcy, nie można powoływać się na ciężar dowodu wykazania braku rażąco niskiej ceny, czy to wobec wykonawcy, czy też zamawiającego (art. 224 ust. 5 Ustawy). W tej sytuacji, to na Odwołującej spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy A. C. do złożenia wyjaśnień, a ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, regulowany w art. 537 Ustawy nie znajdował odniesienia do niniejszej sprawy. Po stronie Odwołującej spoczywał zatem ciężar wykazania zasadności twierdzeń, na podstawie których wnioskowała o konieczności wszczęcia procedury z art. 224 ust. 1 Ustawy.*

Przepis art. 224 ust. 1 pzp, przewidujący wezwanie wykonawcy do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nawet w sytuacji, w której nie występują określone w ustawie różnice względem wartości referencyjnych, służy rozwianiu faktycznych wątpliwości zamawiającego co do zaoferowanej ceny, nie może być natomiast nadużywany w celu realizacji interesów konkurencyjnych wykonawców, polegających np. na wymuszeniu złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu

kalkulacji ceny ofertowej stosowanego przez wykonawcę lub wykorzystania środków ochrony prawnej w celu zapoznania się z informacjami dotyczącymi optymalizacji kosztowej i warunków zakupowych wykonawcy objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Wystosowanie wezwania z art. 224 ust. 1 pzp w sytuacji, w którym cena oferty nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia nie tylko nie jest uzasadnione, ale może też stanowić o naruszeniu przez zamawiającego przepisów prawa, wobec czego zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień powinien być jednoznacznie wykazany i poparty przekonującą argumentacją.

Potwierdza to stanowisko Izby z uzasadnienia wyroku z 28.12.2021 r. sygn. akt KIO 3614/21: *W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiła żadna z okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Tymczasem zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia powinno mieć miejsce wyłącznie wtedy, gdy cena zarówno wydaje się rażąco niska, jak i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Samo podejrzenie rażącego zaniżenia nie uprawnia do badania jej realności. Dopiero zaniżenie w połączeniu z obawą braku możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę daje prawo do badania ceny. Bezpodstawne żądanie wyjaśnień stanowi naruszenie przepisów prawa.*

Konsekwencje, jakie zgodnie z art. 224 ust. 5 i 6 lub art. 537 ustawy pzp wiążą się z zażądaniem od wykonawcy uzasadnienia wysokości ceny oferty, powodują, że wezwanie w tym zakresie powinno mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, kiedy cena budzi rzeczywiste wątpliwości i wydaje się rażąco niska, a nie w każdej sytuacji, gdy zawnióskuje o to konkurencyjny wykonawca.

{odniesienie się do poszczególnych twierdzeń i dowodów odwołania}

O ile koszt realizacji związany z zakupem usług serwisowych Oracle jest zasadniczym elementem cenotwórczym, o tyle nieudowodnione pozostało twierdzenie, że każdy z wykonawców uzyskał od Oracle w tym zakresie taką samą cenę, a nie znajduje to potwierdzenia w pisemnych warunkach dystrybucji produktów Oracle.

Załączona do odwołania jako dowód oferta od Oracle Polska dla Comarchu nie zawiera żadnych podpisów ani oznaczeń pozwalających na ustalenie warunków, na jakich została udzielona, założeń co do przyjętego zakresu usług czy też daty jej sporządzenia (przedstawiona tabela nie zawiera nawet określenia waluty, w której zostały wyrażone kwoty). Stąd nie można odczytywać jej poza kontekstem relacji i ustaleń między Oracle a Comarch. W konsekwencji nie jest to ani przekonujący, ani wiarygodny dowód dla wykazania kosztów, jakie dla realizacji zamówienia ponosić będzie Przystępujący.

Zakres podanych w tym dokumencie informacji nie pozwala stwierdzić, na jakiej podstawie Odwołujący ustalił, które spośród wymienionych w pkt 16 odwołania usług obejmuje oferta Oracle dla Transition Technologies, a których nie obejmuje.

Dodatkowo Odwołujący nie podaje wartości tych pozycji, nie uwiarygadniając, że cena oferty Transition Technologies nie pozwala na ich sfinansowanie.

W szczególności kary umowne z poz. 5. i 6. tabeli w pkt 16 odwołania nie stanowią kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a potraktowanie ich za takie podważa rzetelność argumentacji odwołania. Przystępujący posiada doświadczenie w realizacji usług objętych zamówieniem i zakłada ich należyłą realizację.

Również błędnym założeniem jest konieczność ponoszenia np. kosztów integracji z systemem obsługi zgłoszeń Zamawiającego w sytuacji, gdy została już ona dokonana i sfinansowana w ramach poprzednio obowiązującej umowy, o której mowa powyżej.

Argumentacja co do kosztów finansowania zamówienia jest nierzetelna, gdyż opiera się na arbitralnym założeniu konieczności pozyskania finansowania ze źródeł zewnętrznych (tj. ponoszenia aktualnych kosztów pozyskania kapitału) dla pokrycie tzw. opłaty wyrównawczej, a nie uwzględnia, że Przystępujący może dysponować kapitałem własnym na pokrycie kosztów realizacji zamówienia do czasu uzyskania płatności od Zamawiającego.

Wątpliwa jest również określona na 7.618.953,43 zł netto kwota opłaty wyrównawczej za usługi serwisu Oracle, których termin już ekspirował, w sytuacji gdy w załączonej do odwołania ofercie Oracle kwota „płatności jednorazowej po zarejestrowaniu kontraktu” wynosi 7.261.015,78 netto. W obu przypadkach nie wiadomo, na jaką datę zostały one wyliczone. Tymczasem wysokość łącznej opłaty wyrównawczej nie jest stała i zależy od dnia zarejestrowania kontraktu, dla którego jest ona wyliczana. Bez podania tej daty nie jest możliwe ustalenie faktycznej wysokości tej opłaty, a tym samym całościowego kosztu zakupu usług serwisowych po wygaśnięciu poprzedniego kontraktu.

Ustalenie wysokości tej kwoty przekłada się z kolei na całościowy koszt kapitału, który w odwołaniu wyliczony został na kwotę ok. 450 tys. zł netto, na podstawie własnych szacunków nie tylko co do wysokości stopy procentowej, ale przede wszystkim kwoty, która podlega zewnętrznemu kredytowaniu.

Wniosek dowodowy z pkt IX ppkt 1) komparycji odwołania o zobowiązanie Przystępującego do przedstawienia uzyskanej od Oracle Polska oferty jest nieprzydatny z punktu widzenia postawionych zarzutów, gdyż przedmiotem rozpoznania nie jest wykazanie przez Przystępującego braku rażąco niskiej ceny złożonej oferty, a wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający miał podstawy do wezwania Transition Technologies do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 pzp. Zatem podstawą badania zaniechania wezwania nie powinien być dokument, którym Zamawiający nie dysponował na etapie badania ofert i którego nie wymagał od wykonawców. Odwołujący zmierza w ten sposób do ominięcia etapu badania ceny przez Zamawiającego i zmuszenia Przystępującego do wykazywania poziomu ponoszonych przez niego kosztów (i ewentualnego ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). Stąd Przystępujący wnosi o oddalenie tego wniosku dowodowego jako nieistotnego dla rozstrzygnięcia odwołania oraz przedwczesnego (tak np. w uzasadnieniu wyroku Izby z 27.12.2022 r. sygn. akt KIO 3240/22).

{wniosek}

Fakt posiadania doświadczenia w należytej realizacji tego samego zakresu zamówienia na rzecz tego samego Zamawiającego świadczy o posiadaniu wszelkich informacji o faktycznych kosztach realizacji przedmiotu zamówienia niezbędnych nie tylko w celu dokonania rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, ale także informacji umożliwiających zoptymalizowanie kosztów realizacji bez narażenia się na ponoszenie strat.

Ponieważ tylko cena oferty Transition Technologies mieści się budżecie Zamawiającego, a w odwołaniu nie zakwestionowano ani wysokości, ani sposobu oszacowania wartości zamówienia, należy uznać, że jest to właściwy punkt odniesienia przy badaniu złożonych ofert.

Wartości referencyjne, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy pzp, tj. ceny złożonych ofert oraz wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego, kształtują się w sposób niepozwalający na powzięcie jakichkolwiek wątpliwości co do braku rażącego zaniżenia ceny oferty Transition Technologies, wobec czego niezasadny jest zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Przy tak marginalnych różnicach w wysokości cen, również w stosunku do ceny oferty Comarchu, nie jest prawdopodobne, aby cena oferty Transition Technologies mogła być rażąco zaniżona, w tym uniemożliwiła wykonanie przedmiotu zamówienia. Różnica w granicach 10% wręcz potwierdza rynkowy poziom tej ceny, gdyż może wynikać z okoliczności niedotyczących zasadniczych kosztów realizacji tego zamówienia, takich jak:

wysokości oczekiwanego zysku, poziomu ponoszonych kosztów stałych wliczonych w koszty realizacji zamówienia, wahań rynkowych w stawkach świadczonych usług czy kosztach wykonywania umowy.

W sytuacji, w której miesięczna cena za świadczone usługi według oferty Przystępującego odpowiada w ok. 90% kwocie z oferty Comarchu, Odwołujący musiałby wykazać, w jaki sposób tylko cena jego oferty pozwala na pokrycie wszystkich wykazywanych przez niego kosztów realizacji zamówienia, jako zoptymalizowana w sposób uwzględniający wyłącznie minimalny poziom koniecznych kosztów. Jednocześnie w odwołaniu nie podjęto nawet próby wykazania, że koszty, które ponosić będzie Transition Technologies postępowania z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia będą wyższe niż musiałby ponieść w tym celu Comarch.

Reasumując, całość argumentacji odwołania oparta jest o arbitralne założenia Comarchu, bez uwzględnienia oczywistych różnic, jakie mogą występować pomiędzy poziomami kosztów założonymi przez poszczególnych wykonawców.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

**Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.**

Każdy wykonawca w cenie oferty musiał uwzględnić koszt świadczenia przez Oracle serwisu oprogramowania Oracle Tuxedo oraz Oracle Salt, gdyż realizacja przedmiotu zamówienia polega przede wszystkim na odsprzedaży tej usługi Zamawiającemu.

Z kolei aby otrzymać od Oracle Polska ofertę umożliwiającą złożenie oferty w tym postępowaniu, każdy wykonawca musiał spełnić warunki dyktowane przez Oracle (m.in. posiadać odpowiedni poziom partnerstwa, odpowiednią linię kredytową pozwalającą na zrealizowanie płatności).

W konsekwencji cena oferty otrzymanej od Oracle Polska stanowi zdecydowaną większość kosztów po stronie wykonawcy, składającego ofertę jako oficjalny partner producenta oprogramowania, którego dotyczą usługi objęte zakresem tego zamówienia.

Wiadomo już, że nie dojdzie do sytuacji z ostrożności antycypowanej w dokumentach zamówienia, czyli świadczenia usług z poz. 11. i 12. o 2 miesiące dłużej niż usług z poz. 1.10., co powoduje, że maksymalne wynagrodzenie będzie odpowiednio niższe niż cena oferty, co w przypadku oferty Transition Technologies przekłada się łącznie na kwotę 221.323,74 zł (179.938,00 zł netto), o którą należy pomniejszyć jej cenę na potrzeby badania kosztów wiążących się z 36-miesięcznym okresem świadczenia usług serwisowych Oracle.

Wreszcie niesporne jest, że wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie tego zamówienia, zanim zacznie uzyskiwać od Zamawiającego płatne comiesięczne wynagrodzenie, w przypadku Transition Technologies na poziomie 1.615.838,70 zł (1.313.690,00 zł netto), będzie musiał wpierw uiścić Oracle Polska opłatę za wznowienie usług serwisowych producenta oprogramowania.

Ostatnia spośród powyżej wskazanych niespornych okoliczności ma o tyle kluczowe znaczenie dla sprawy, o ile w pkt 1. oświadczenia z 21 września 2023 r. Oracle Polska potwierdził jedynie, że cena oferty Transition Technologies w wysokości 58.612.840 zł wystarczy na pokrycie kosztów nabycia usług serwisowych Oracle, podczas gdy powinna zostać wzięta pod uwagę kwota 58.170.193,20 zł (47.292.840,00 zł netto), czyli pomniejszona w powyżej wskazanym zakresie.

Jednocześnie za wystarczająco uprawdopodobnione w kontekście powzięcia zobiektywizowanych wątpliwości co do zaniżenia przez Transition Technologies ceny w stosunku do wyceny przez Oracle usług serwisowych (a w konsekwencji budzący również wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tę cenę) uznano uzyskaną na potrzeby tego zamówienia przez Comarch od Oracle Polska ofertę, która opiewa na 58.304.383,15 zł (47.401.937,52 zł netto) za 36 miesięcy.

Uznano za logiczne i racjonalne rozumowanie, że Oracle Polska nie różnicuje swoich partnerów, którzy wystąpili o wycenę usług serwisowych na potrzeby złożenia oferty w tym postępowaniu. Odmienne traktowanie partnerów, którzy spełniają takie same warunki producenta oprogramowania, mogłoby bowiem zostać poczytane za czyn nieuczciwej konkurencji, w tym wpływanie na wynik tego przetargu.

Przy czym za udowodnione należy uznać, że bezpośrednio po zawarciu umowy w sprawie tego zamówienia Transition Technologies będzie musiał ponieść koszt wznowienia przez Oracle usług serwisowych na poziomie 7.261.015,78 zł netto. Wysokość tej opłaty wynika z okoliczności dotyczącej ZUS-u jako użytkownika programów, dla których usługa ta wygasła w określonym terminie, a nie ze statusu wykonawcy względem producenta oprogramowania.

Biorąc pod uwagę powyżej wskazaną wysokość comiesięcznego wynagrodzenia z tytułu wykonywania umowy w sprawie tego zamówienia, łączny koszt sfinansowania naliczonej przez Oracle opłaty za wznowienie świadczenia usług może oscylować na poziomie ponad 400 tys. zł, jak to wykazał Odwołujący za pomocą przedstawionych na rozprawie symulacji opartych na wskaźniku WIBOR1M.

Zaprzeczanie powyższych okoliczności przez Przystępującego w piśmie procesowym nie miało stanowczego charakteru, a raczej wymijający i hipotetyczny. Nic nie zmieniły kategoryczne zaprzeczenia na rozprawie, które poczytano li tylko za element taktyki procesowej, skoro nie towarzyszyły im chociażby jednoznaczne twierdzenia, że Transition Technologies uzyskało od Oracle Polska ofertę na lepszych warunkach niż Comarch i dysponuje wolnymi środkami finansowymi na pokrycie opłaty za wznowienie.

Reasumując, 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. Jednocześnie nie ma innego sposobu zweryfikowania tej okoliczności, niż w drodze złożenia przez Transition Technologies stosownych wyjaśnień i dowodów na żądanie Zamawiającego w ramach procesu badania ofert.

Nic istotnego dla tej sprawy nie wnosiło niewielkie odbieganie ceny oferty Transition Technologies od średniej arytmetycznej wszystkich trzech cen złożonych ofert czy od ubruttowionej i zaktualizowanej wartości szacunkowej w sytuacji, gdy wiadomym jest, że przemożny wpływ na wycenę realizacji tego zamówienia mają ceny usług serwisu oprogramowania świadczonych przez jego producenta (Oracle), czyli zachodzi tu sytuacja zbliżona do minimalnej ceny sztywnej, do której wykonawcy mogą doliczyć jedynie swoją marżę.

Zamawiający zresztą konsekwentnie deklarował brak zainteresowania pozyskaniem wiedzy co do tego, na jakim poziomie kształtuje się cena dyktowana przez Oracle Polska wykonawcom za usługi serwisowe, których *de facto* świadczenie jest wymagane jako sposób realizacji umowy w sprawie tego zamówienia.

Z kolei Przystępujący, pomimo że Odwołujący wykazał istnienie dwóch spośród trzech podnoszonych podstaw faktycznych zarzutu, poprzestał na ogólnikowym i enigmatycznym twierdzeniu o „oczywistych różnicach, jakie mogą występować pomiędzy poziomami kosztów założonymi przez poszczególnych wykonawców”, nie wykazując przy tym żadnej inicjatywy dowodowej.

#### **Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.**

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaofiarowana 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp 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 należny 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że 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 powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp 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.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Z przywołanych powyżej przepisów wynika, że warunkiem *sine qua non* odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jest uprzednie wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny lub jej istotnych części składowych. Dopiero w sytuacji, gdy nie sprostą on ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, otwiera prawną możliwość odrzucenia z tego powodu tej oferty. Jednocześnie ta podstawa odrzucenia ma charakter odrębny od tej uregulowanej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, czyli złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która wymaga wykazania przesłanek zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Z kolei 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.

W kontekście wykładni przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp podkreślić należy, że o ile *prima facie* brzmienie tego przepisu jest analogiczne do art. 90 ust. 1 popzp, o tyle zmiana spójnika z „i” na „lub” powoduje, że konieczne jest wystąpienie tylko jednej z dwóch przesłanek o charakterze klauzul generalnych, aby zamawiający był zobligowany zażądać od wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty. *De lege lata* wystarczy zatem, aby zamawiającemu cena lub koszt (względnie ich istotne części składowe) 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.

Natomiast 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.

W okolicznościach tej sprawy określone przez ustawodawcę w art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp kryteria są oczywiście nieprzydatne dla ustalenia, czy w sposób zobiektywizowany cena oferty Przystępującego powinna wydać się rażąco nisko w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości zrealizowania za nią przedmiotu tego zamówienia.

Jednakże Zamawiający z uwagi na wymagany przez siebie sposób realizacji usługi, sprowadzający się *de facto* do wykupienia jej u producenta oprogramowania, obiektywnie rzecz biorąc winien powziąć wątpliwości co do możliwości jej należytego wykonania przez wybranego wykonawcę bez ponoszenia straty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), w pkt 2. sentencji orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. poz. 2437), obciążając nimi Zamawiającego.