

WYROK

Warszawa, dnia 19 maja 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irymina Pawlik
Członkowie: Michał Pawłowski
Katarzyna Poprawa

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2026 r. przez wykonawcę CGI Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

A. wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,

B. wykonawcy Axians IT Services Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, KLG Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i 3 odwołania;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego CGI Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od odwołującego CGI Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Rozwój i utrzymanie Portalu PUE” (nr ref. 993200.271.41.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 stycznia 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 8/2025 pod numerem 18700-2025. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 kwietnia 2026 r. wykonawca CGI Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, KLG Solutionssp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący” lub „Konsorcjum SOFTIQ”) jako najkorzystniejszej oraz wobec czynności badania i oceny oferty Konsorcjum SOFTIQ, w szczególności: zaniechania wezwania do uzupełnienia (ewentualnie: wyjaśnienia) Wykazu osób część 7B, zaniechania zwrócenia się do podmiotu będącego w posiadaniu informacji istotnych dla oceny spełniania przez Konsorcjum SOFTIQ

warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum SOFTIQ jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, co do której SOFTIQ nie wykazało, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, a także zaniechania pozbawienia Konsorcjum SOFTIQ punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie personelu” i korekty punktów w rankingu ofert i zaniechania wezwania Konsorcjum SOFTIQ do uzupełnienia wykazu osób 7A i 7B.

Odwolujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1.art. 239 w zw. z art. 240 P w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 z art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 128 ust. 5 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych poprzez wybór oferty Konsorcjum SOFTIQ oraz błędne uznanie, iż Konsorcjum SOFTIQ składając wykaz osób część 7B wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie Specjalisty ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych 1 A.Ż. (Projekt I) i Specjalisty ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych 2 M.T. (Projekt I), enigmatycznie wskazując, że Projekt I był realizowany dla „Dużej polskiej spółki paliwowej” oraz poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SOFTIQ do uzupełnienia (ewentualnie z ostrożności – wyjaśnienia) wykazu osób część 7B w zakresie podmiotu, na rzecz którego usługa była wykonywana, oraz poprzez zaniechanie skierowania do tego podmiotu zapytania o informacje niezbędne dla oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
- 2.art. 239 w zw. z art. 240 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 128 ust. 5 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez wybór oferty Konsorcjum SOFTIQ, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w stosunku do której złożone wyjaśnienia RNC nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (dumping cenowy).
- 3.art. 239 w zw. z art. 240 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum SOFTIQ oraz błędne przyznanie Konsorcjum SOFTIQ punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie personelu” oraz błędne uznanie, iż Konsorcjum SOFTIQ składając wykaz osób 7A i 7B wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu ze względu na całkowite zaniechanie weryfikacji składanych przez Konsorcjum SOFTIQ oświadczeń w zakresie osób.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia badania i oceny ofert oraz dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi pod treścią i uzasadnieniem poszczególnych zarzutów. W zakresie zarzutu 2 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego.

Zamawiający w dniu 7 maja 2026 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a w zakresie zarzutu nr 1 i 3 oddalenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko pisemne w sprawie 11 maja 2026 r. złożył także wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i 3 na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp oraz oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1, ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

Odwolujący 13 maja 2026 r. złożył pisemną replikę wobec stanowisk Zamawiającego i Przystępującego, załączając dowód: wyjaśnienia firmy Comarch Polska S.A. z dnia 23 czerwca 2021 r. złożone w postępowaniu na „Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS” (nr TZ/271/89/19 oraz zestawienie własne - analizę podobieństw dokumentów (ww. wyjaśnień i obecnych wyjaśnień Przystępującego).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawców Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i Axians IT Services Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, KLG Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i 3 z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięcie

odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby. Ww. regulacje znajdują zastosowanie również w przypadku wycofania zarzutów w części, skoro bowiem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, może także zrezygnować z popierania części zarzutów odwołania. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wycofaniu odwołania w części wiąże Izbę i obliguje ją do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie objętym oświadczeniem o wycofaniu.

Izba oddaliła wnioski Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum SOFTIQ o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2.

Zgodnie z art. 528 ustawy Pzp zba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie; 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione w terminie wskazanym w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i udostępnienia Odwołującemu utajnionej uprzednio treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, a podstawy faktyczne tego odwołania opierały się na informacjach pochodzących z odtajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że na tle rozpoznawanych sporów ukształtowany został pogląd, że uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący wnosząc odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 5001/25 nie dysponował pełną treścią wyjaśnień, jakie złożył Przystępujący na wezwania Zamawiającego w przedmiocie wyliczenia ceny oferty. Udostępnione mu informacje miały w charakter ogólny i szczątkowy. Odwołującemu nie przekazano żadnych konkretnych informacji cenotwórczych. Podkreślić należy, że sytuacja procesowa, w jakiej znalazł się Odwołujący, była wynikiem nieprawidłowego działania Przystępującego i Zamawiającego. Jak wynika z wyroku Izby z dnia 22 stycznia 2026 r. w sprawie o sygn. akt KIO 4956/25, KIO 4992/25 i KIO 5001/25, Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa treści złożonych wyjaśnień, a zatem Zamawiający prowadząc postępowanie uchybił zasadzie jawności wskazanej w art. 18 ustawy Pzp. Izba nakazała Zamawiającemu m.in. odtajnienie zastrzeżonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 czerwca 2025 r. w zakresie w jakim zostały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz ze wskazanymi w treści wyjaśnień załącznikami: 1) Załącznik 1 – Tabele z wyliczeniami – NIEJAWNE, 2) Załącznik 2 – Dowody dotyczące kosztów wynagrodzeń pracowników – NIEJAWNE, 3) Załącznik 3 – Dowody dotyczące kosztów ogólnych – NIEJAWNE, a także wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 14 sierpnia 2025 r. w zakresie w jakim zostały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami. Skoro Izba uwzględniła ten zarzut to znaczy, że uznała, że naruszenie zasady jawności może mieć wpływ na wynik postępowania, pomimo podniesienia równolegle zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. Dopiero w efekcie tego wyroku i następnych działań Zamawiającego, Odwołujący pozyskał wiedzę o pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w tym o ich zasadniczej części merytorycznej. Jak wynika z wyroku TSUE z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21, uwzględniając skuteczność dostępu wykonawców do środków ochrony prawnej, *„bieg terminu na wniesienie takiego odwołania może rozpocząć się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.”* Tym samym odwołanie należy uznać za wniesione w terminie, zostało ono oparte o informacje, w których posiadanie Odwołujący wszedł dopiero po wydaniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 4956/25, KIO 4992/25 i KIO 5001/25.

Dalej należy wskazać, że odrzucenie odwołania w oparciu o art. 528 pkt 4 ustawy Pzp. wymaga kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek: odwołanie musi być wniesione przez tego samego odwołującego co wcześniejsze odwołanie, oba odwołania dotyczyć muszą tego samego postępowania, wcześniejsze odwołanie musi być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę (przez rozstrzygnięcie należy tu rozumieć wydanie orzeczenia, tj. wyroku lub postanowienia w sprawie), okoliczności podniesione w odwołaniu są wyłącznie takie same, jak okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie wcześniejszego odwołania. Ta ostatnia przesłanka nie została spełniona w

przedmiotowym przypadku – Odwołujący nie powołuje się na wyłącznie te same okoliczności, co w odwołaniu złożonym w sprawie o sygn. akt KIO 5001/25. Podkreślić tutaj należy słowo „wyłącznie”, gdyż na kanwie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, aby odwołanie zostało odrzucone, pomiędzy okolicznościami faktycznymi i prawnymi w obu odwołaniach wnoszonych przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu musi zachodzić pełna tożsamość przedmiotowa. Takiej pełnej tożsamości przedmiotowej w rozpoznawanym przypadku nie ma. Wynika to z faktu, że dopiero na skutek wyroku Izby z dnia 22 stycznia 2026 r. Odwołujący poznał zasadniczą, kluczową część wyjaśnień i powziął wiedzę o konkretnych wyliczeniach przyjętych przez Przystępującego podczas kalkulacji ceny oferty. Dopiero dysponując tą wiedzą Odwołujący mógł zestawzić przyjęte przez Przystępującego ilości i wartości z zakresem przedmiotu zamówienia i przedstawić analizę mającą wykazać, że wyliczenia są błędne, a wyjaśnienia niepełne. Zauważyć należy, że wniesione obecnie odwołanie skupia się wyłącznie na okolicznościach faktycznych zawartych w utajnionej uprzednio części wyjaśnień. Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie podjęli nawet próby przedstawienia analizy, które okoliczności faktyczne obecnie przez Odwołującego podnoszone miałyby rzekomo być już przedmiotem rozpoznania w poprzednim postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie w zakresie zarzutu nr 2.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w tym oferty złożone przez wykonawców, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym w zakresie wyjaśnienia wyliczenia ceny oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Przedmiotem zamówienia jest rozwój i utrzymanie Portalu PUE. W postępowaniu złożono cztery oferty: oferta Odwołującego z ceną całkowitą 111 854 927,69 zł (w tym zamówienie podstawowe – 79 896 376,92 zł, prawo opcji – 31 958 550,77 zł), oferta Asseco Poland S.A. z ceną całkowitą 201 351 944,64 zł (w tym zamówienie podstawowe – 143 822 817,60 zł, prawo opcji – 57 529 127,04 zł), oferta Przystępującego z ceną całkowitą 97 930 263,98 zł (w tym zamówienie podstawowe – 69 950 188,56 zł, prawo opcji – 27 980 075,42 zł), oferta Axians IT Services Poland sp. z o.o. z ceną całkowitą 141 207 857,28 zł (w tym zamówienie podstawowe – 100 862 755,20 zł, Prawo opcji – 40 345 102,08 zł).

5 czerwca 2025 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W swoim wezwaniu Zamawiający wskazał, że cena brutto złożonej przez Konsorcjum oferty jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W związku z tym, Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum SOFTIQ z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w zakresie określonym w treści wezwania.

W odpowiedzi Przystępujący złożył 30 czerwca 2025 r. wyjaśnienia, które w zasadniczej części objął tajemnicą przedsiębiorstwa (od punktu II Założenia przyjęte do wyceny włącznie do końca, z wyłączeniem punktu XV Podsumowanie). Jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżono też wszystkie załączniki (tabele z wyliczeniami, dowody dotyczące kosztów wynagrodzeń pracowników, dowody dotyczące kosztów ogólnych).

Pismem z 4 sierpnia 2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny - uszczegółowienie odnośnie kosztów przygotowania i utrzymania środowiska deweloperskiego i środowiska weryfikacji kodów źródłowych oraz wyjaśnienia dotyczące relacji zaoferowanej ceny punktu funkcyjnego do ceny punktu funkcyjnego zaoferowanej w innym postępowaniu.

Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie złożył w dniu 14 sierpnia 2025 r. wyjaśnienia, których zasadniczą treść objął tajemnicą przedsiębiorstwa, z wyłączeniem części wstępnej i podsumowania.

Zamawiający w dniu 29 października 2025 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Wyrokiem z 22 stycznia 2026 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 4959/25, KIO 4992/25, KIO 5001/25 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu m.in. odstąpienie zastrzeżonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 30 czerwca 2025 r. w zakresie w jakim zostały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz ze wskazanymi w treści wyjaśnień załącznikami oraz dodatkowych wyjaśnień z dnia 14 sierpnia 2025 r. w zakresie w jakim zostały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami.

Zamawiający pismem z 11 marca 2026 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonaną 29 października 2025 r.

Pismem z 1 kwietnia 2026 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o ponownym wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała, że Odwołujący jako podmiot, który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wybranego wykonawcy posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba za bezzasadny uznała zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 240 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 128 ust. 5 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez wybór oferty Konsorcjum SOFTIQ która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w stosunku do której złożone wyjaśnienia RNC nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (dumping cenowy).

Przywołując treść przepisów istotnych dla rozstrzygnięcia należy wskazać, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny (art. 16). Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś w myśl ust. 6 odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ponadto zgodnie z 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. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. 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.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej ceny i nie podważył możliwości realizacji zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum Softiq.

W ramach uwag wstępnych należy zauważyć, że Izba wielokrotnie w orzecznictwie wskazywała, że sam fakt, że wyjaśnienia odbiegają od oczekiwań wykonawcy wnoszącego odwołanie i nie odnoszą się do wszystkich kategorii kosztów w sposób tak precyzyjny, jak chciałby odwołujący, lub nie zawierają takich dowodów, jakie zdaniem konkurencyjnego wykonawcy należałoby przedstawić, nie oznacza, że niezbędnych kosztów nie uwzględniono kalkulując cenę oferty i nie powoduje, że wyjaśnienia nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny. Izba stwierdziła, że znaczna część stanowiska przedstawionego w odwołaniu stanowiła wyraz oczekiwań Odwołującego co do tego jakich informacji w wyjaśnieniach nie przedstawiono lub jakich dowodów nie złożono. Dobrze widać to na przykładzie chociażby tej części argumentacji, która dotyczy podwykonawstwa czy braku rozbicia kosztów wynagrodzenia konsorcjantów albo w kontekście kosztów pracy, gdzie Odwołujący wskazywał na zbyt małą liczbę dowodów. Odwołujący doszukiwał się wad w treści wyjaśnień, pewnych luk czy nieprawidłowości, wskazując na błędy w szacowaniu kosztów, zły sposób liczenia czy błędne założenia co do sposobu realizacji usług. Tymczasem jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 8 kwietnia 2024 r., sygn. akt XXIII Z 3/24, „ocena złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp wyjaśnień nie może sprowadzać się tylko do formalnego aspektu. Ścisłe formalne podejście mogłoby bowiem skutkować eliminacją ofert, które nie zawierają ceny rażąco niskiej, ofert, których cena jest realna i rynkowa. Wyjaśnienie ceny oferty lub elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną w celu realizacji wymogów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty, przez wykonawcę. Sąd podkreślił, że ocena wyjaśnień nie powinna polegać na szukaniu na siłę luk, niekonsekwencji, czy braków, jeżeli wyjaśnienia w swej treści pozwalają dokładnie prześledzić sposób kalkulowania ceny oferty, zweryfikować jej poszczególne części składowe i ocenić czy są one realne, zgodne z obowiązującymi przepisami, a w konsekwencji czy pozwalają wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego” (podobne stanowisko zostało zajęte m.in. w wyrokach Izby z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1282/23 oraz z dnia 23 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1295/23).

Odwołujący prezentował stanowisko, jakby posiadał szerszą wiedzę na temat tego, jakie założenia i jaką metodologię powinien Przystępujący zastosować i jak powinien dokonać kalkulacji ceny jego oferty. Odwołujący twierdził,

że wyjaśnienia Przystępującego zostały oparte na jego własnych wyjaśnieniach złożonych w 2021 r. bez ich zrozumienia, dlatego „*lepiej wie, co i w jaki sposób jest skalkulowane w treści tych wyjaśnień, co z czego wynika, bo to jego pracownicy ten model opracowali, a nie bezmyślnie podstawili doń wartości jak zrobiło to Konsorcjum Softiq*.” Takie podejście z góry obarczone jest błędem, ponieważ okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma jednego uniwersalnego wzorca, czy to w zakresie metody kalkulacji ceny ofertowej czy też w zakresie sposobu prezentacji treści wyjaśnień. Nawet jeśli metodologia stosowana przez wykonawców w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego jest zbliżona z uwagi na jego charakterystykę (wycenę punktów funkcyjnych) to nie oznacza to, że nie została ona odpowiednio dostosowana do okoliczności właściwych danemu wykonawcy. Złożone w tym zakresie przez Odwołującego dokumenty (wyjaśnienia Comarch Polska S.A. z 2021 r., analiza porównawcza złożonych wyjaśnień) Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Podobieństwo dokumentów nie wpływa na ocenę rzetelności wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego pozwalają dokładnie prześledzić sposób kalkulowania ceny oferty, zweryfikować jej poszczególne części składowe i ocenić, czy są one realne, zgodne z obowiązującymi przepisami, a w konsekwencji czy pozwalają wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zamawiający w zakresie, w jakim powziął wątpliwości zwrócił się do Przystępującego o dodatkowe wyjaśnienia, a Przystępujący wątpliwości te rozwił składając dalsze wyjaśnienia. Izba za przekonującą uznała argumentację, jaką przedstawił w sprawie Przystępujący Konsorcjum Softiq w piśmie złożonym w sprawie, która znajdowała odzwierciedlenie w treści złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnień. Tym samym Przystępujący sprostął ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco zaniżoną.

Przechodząc do aspektów wskazanych w odwołaniu, odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji dotyczącej braku uwzględnienia w wyjaśnieniach kosztów podwykonawstwa, Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego zostało oparte wyłącznie na jego subiektywnych przypuszczeniach. Podwykonawcą Przystępującego zasadniczo ma być podmiot udostępniający zasoby kadrowe – personel posiadający doświadczenie w obszarze cyberbezpieczeństwa, który będzie realizował zamówienie. Jak wynika wprost z wyjaśnień Przystępującego wykonawca w punkcie XIII wyjaśnień odniósł się do kwestii podwykonawstwa. Przystępujący wskazał m.in., że *wszystkie składniki pozawynagrodzeniowe liczone są i będą zarówno dla pracowników konsorcjantów jak i podwykonawców z uwzględnieniem marży na projekcie*” Stanowisko Przystępującego zawarte w piśmie procesowym, że *„koszt wykorzystania zasobów podwykonawców został uwzględniony w tym samym modelu ekonomicznym, w którym kalkulowane są pozostałe zasoby”* znajduje odzwierciedlenie w treści wyjaśnień, zaś konkretne koszty wynagrodzeń przyjęte do kalkulacji ceny z wyszczególnieniem 70 osób w różnych formach zaangażowania przedstawione zostały w Tabeli 9 załączonej do wyjaśnień. Sam Odwołujący przyznał, że w kilku miejscach wyjaśnień, w tym w odniesieniu do kosztów pracy w godzinach nocnych czy udziału w testach, Przystępujący wskazał na zaangażowanie podwykonawców. Okoliczność, że zdaniem Odwołującego ten aspekt został w wyjaśnieniach wykonawcy poruszony w sposób „*rażąco ogólnikowy*” nie przeczy rzetelności tych wyjaśnień. Wyjaśnienia Przystępującego były szczegółowe i rozbudowane, a przy tym niewątpliwie wynika z nich okoliczność, że koszt podwykonawstwa został w kalkulacji ceny oferty uwzględniony. Izba za przekonującą uznała argumentację zawartą w piśmie procesowym Konsorcjum SOFTIQ, w szczególności w zakresie, w jakim wykonawca wskazywał, że *„Testy bezpieczeństwa są elementem prac projektowych Wykonawcy, które mogą być realizowane przez zespół, przy nadzorze ekspertów, z udziałem Zamawiającego i ewentualnie Integratora Bezpieczeństwa. Nie ma podstaw, aby automatycznie przypisać cały ten udział jednemu podwykonawcy. (...) Podwykonawca lub podmiot udostępniający zasoby nie przejmuje stałego, procentowo określonego zakresu całej umowy. Jego udział ma charakter wspierający, ekspercki albo uzupełniający w tych obszarach, w których będzie to potrzebne. Odwołujący próbuje zbudować obraz, jakoby udział podwykonawcy był z góry pewny, stały i możliwy do wyliczenia jako 5% wartości całego kontraktu. Tymczasem przedmiot umowy będzie realizowany poprzez konkretne zapotrzebowania, zlecenia, modyfikacje, usługi utrzymania, konsultacje, prace serwisowe i czynności organizacyjne. (...) żądanie Odwołującego, aby koszt podwykonawcy został z góry wyodrębniony jako sztywny procent całej umowy, jest sprzeczne z charakterem zamówienia. Racjonalne było przyjęcie modelu kosztowego opartego na stawkach, grupach kompetencyjnych, pracochłonności i rezerwach, a nie sztuczne przypisywanie konkretnej kwoty do potencjalnego udziału podwykonawcy w przyszłych, jeszcze niezlecanych pracach.*” Twierdzenia Odwołującego, że uśrednienie stawek pracowników w sytuacji korzystania z podwykonawstwa prowadzi do ryzyka istotnego zaniżenia kosztów, nie zostały uwiarygodnione. Stanowisko zaś, że koszt udziału podwykonawcy powinien zostać jednoznacznie wyodrębniony, stanowi jedynie wyraz oczekiwań Odwołującego, podobnie jak twierdzenia dotyczące braku złożenia dowodów potwierdzających koszty podwykonawstwa. Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że *„celem wyjaśnień RNC nie jest przedstawienie pełnej dokumentacji kadrowej wszystkich osób, wszystkich konsorcjantów i wszystkich aktualnie znanych jak i potencjalnych podwykonawców. Celem jest wykazanie, że cena została skalkulowana rzetelnie i obejmuje realne elementy*

kosztotwórcze. Ten cel został spełniony przez przedstawienie modelu wynagrodzeń, tabel kosztowych, przykładowych umów, rezerwy opisu sposobu ujęcia podwykonawców.”

Odnosząc się do kwestionowanych przez Odwołującego kosztów wynagrodzeń Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego w odniesieniu do tego aspektu sprowadzała się do zwrócenia uwagi, że Przystępujący „złożył zaledwie siedem umów” mających potwierdzać rzeczywisty poziom wynagrodzeń i umowy te mają charakter przykładowy, co może oznaczać brak reprezentatywności. Izba podkreśla, że ustawa Pzpnie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia rynkowej wyceny oferty. Dowolny dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza stanowisko prezentowane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Brak jest podstaw, aby wymagać od wykonawcy wykazywania dowodami wszystkich podnoszonych w wyjaśnieniach okoliczności. Przystępujący przedstawił wraz z wyjaśnieniami m.in. Tabelę nr 9, przedstawiającą koszty osobowe obejmujące cały zespół 70 osób, w tym związany z tym całkowity koszt pracodawcy. Przyjęte wartości (koszty wynagrodzeń dla każdej z osób) zasadniczo nie zostały w sposób merytoryczny zakwestionowane w odwołaniu. Przystępujący nie miał obowiązku przedstawienia umów dla całego zespołu (w istocie nie musiał nawet tym zespołem ówczesznie dysponować w całości) ani dla każdej z grup czy każdego rodzaju stosunku cywilnoprawnego. W ocenie Izby zawarte w złożonych wyjaśnieniach szczegółowe informacje, kalkulacje, tabele oraz przykładowe umowy były wystarczającymi narzędziami do potwierdzenia prawidłowości skalkulowania ceny. Z kolei twierdzenia Odwołującego o dysproporcji między ilością pracy a liczbą osób przewidzianych do ich realizacji w poszczególnych grupach i zaniżeniu liczby osób w grupie C, to jedynie gołosłowna opinia Odwołującego, oparta na jego podejściu do sposobu kalkulacji ceny, a nie na metodologii przyjętej przez Przystępującego. Przystępujący zwracał uwagę w piśmie procesowym na okoliczności takie jak nieuprawnione przeliczenie przez Odwołującego łącznej liczby MD na średnią miesięczną liczbę etatów i utożsamianie uzyskanych wartości ze stałą strukturą zespołu, przyjęcie nieuzasadnionego założenia równomiernego i równoległego rozkładu prac w czasie, błędne utożsamianie struktury pracochłonności z rzeczywistą strukturą zatrudnienia, co prowadzi do wniosków niemających odzwierciedlenia w realiach realizacji zamówienia. Izba za przekonujące uznała stanowisko Przystępującego, że Odwołujący dokonał modyfikacji przyjętej przez Przystępującego struktury udziałów procentowych poszczególnych grup osób, zastępując ją własnym modelem i dopasowując wyniki do przyjętej tezy o niedoszacowaniu kosztów. Odwołujący w pisemnej replice twierdził tych nie odparł.

W zakresie kalkulacji wydajności zespołu utrzymaniowego Odwołujący wskazał na błąd arytmetyczny popełniony przez Przystępującego w obliczeniach dotyczący wartości szacowanej złożoności systemu, mający świadczyć o niedoszacowaniu liczby MD. Przystępujący wyjaśnił jednak, że wartość 46 195,40 CFP wskazana w dokumentacji Zamawiającego odzwierciedla stan systemu na moment sporządzenia opisu SWZ, natomiast system podlega ciągłemu rozwojowi, a w toku pozostają kolejne modyfikacje i zmiany funkcjonalne o złożoności ponad 11 000 CFP. Przystępujący wskazał, że zakładając, iż nawet mniej niż 25% z planowanych modyfikacji przełoży się na faktyczny wzrost złożoności systemu, wskazana wartość ulegnie wzrostowi na chwilę przejęcia rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania o około 3000 CFP. W związku z powyższym wykonawca przyjął złożoność systemu na poziomie 49 195,40 CFP, uwzględniając przewidywany przyrost funkcjonalności, a obliczenia zostały przeprowadzone dla przewidywanej złożoności systemu. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że przyjęcie przez Odwołującego takiego założenia podczas kalkulacji ceny ofertowej było błędem. Nie prowadziło ono do zaniżenia ceny, lecz do uwzględnienia zwiększonego zakresu potencjalnych prac wynikających z rozwoju systemu. Odwołujący przedstawił w replice własne spojrzenie na kwestię przyrostu funkcjonalności, niemniej argumentacja ta nie była dostatecznie przekonująca.

W kontekście kosztów rezerwy na nieobecności Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, że Przystępujący nie wyjaśnił kosztów związanych z fluktuacją kadr, opisując jak w jego ocenie Przystępujący powinien był te koszty wyliczyć. Odwołujący przyjął w tym zakresie inną metodologię niż uczynił to Przystępujący kalkulując cenę oferty, jednocześnie nie wykazując, że sposób wyceny przyjęty przez Przystępującego był błędny. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego starał się przedstawić obraz sprawy tak, że to on dysponuje szerszą wiedzą i doświadczeniem pozwalającym na prawidłową kalkulację ceny, a metodologia Przystępującego jest obarczona błędami. Jednak Przystępujący wyjaśnił konkretnie, jakie założenia przyjął i trudno odmówić im wiarygodności. Model przyjęty przez Przystępującego został przemyślany i uzasadniony. Przyjął on fluktuację kadr jako zjawisko rynkowe, uwzględnione w kalkulacji kosztów pracy, a nie jako odrębną, liniowo kalkulowaną kategorię kosztową. Jak wskazano w wyjaśnieniach, w Tabeli 3 wykonawca przewidział rezerwę obejmującą m.in. wzrost wynagrodzeń, premie uznaniowe, system motywacyjny dla zespołu, pracę w porze nocnej, zatrudnienie specjalistów z zewnątrz. Ponadto Przystępujący uwzględnił ryzyko absencji zwiększając liczebność zespołu ponad poziom wynikający z pracochłonności projektu. Z wyjaśnień wprost wynika, że zwiększona liczebność zespołu ma na celu zapewnienie ciągłości działania w przypadku zdarzeń losowych, jak absencja czy odejścia personelu (punkt III wyjaśnień, ostatni akapit). Twierdzenia Odwołującego

nie znajdują zatem oparcia w treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Powoływanie się z kolei na błąd arytmetyczny w zaokrągleniu wzrostu wartości MD (przyjęcie współczynnika 0,11 MD, a nie jak zdaniem Odwołującego powinno być 0,12 MD) ma w ocenie Izby znaczenie marginalne w kontekście oceny rzetelności wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i prawidłowości kalkulacji ceny. Jak spostrzegł sam Odwołujący jest to jedynie kwestia przyjętego sposobu zaokrąglenia wartości 0,1171. Nie sposób z faktu uwzględnienia przez Przystępującego w modelu kalkulacyjnym uśrednienia współczynnika MD na poziomie 0,011 wywodzić rażącego zaniżenia ceny oferty. Nie jest ponadto zasadne stanowisko Odwołującego, że nie uwzględniono wszystkich składowych kosztów absencji. W ocenie Izby stanowi ono nic innego jak polemikę z przyjętym przez Przystępującego sposobem wyceny, podczas gdy z Tabeli 8 załączonej do wyjaśnień wynika czytelny model wyceny. Przystępujący w Tabeli 8 wskazał składniki pozawynagrodzeniowe, wśród których znalazła się m.in. rezerwa na nieobecność (choroby, urlopy, szkolenia). Pozostałe elementy kosztu roboczo-dnia, takie jak koszty ogólne, infrastruktura czy inne narzuty, również zostały uwzględnione w tej Tabeli, w innych kolumnach. Prawidłowo wskazał Przystępujący, że interpretacja przedstawiona przez Odwołującego prowadziłaby do podwójnego uwzględnienia kosztów związanych absencją – raz w podstawowej stawce MD, a drugi raz w rezerwie, co nie znajduje uzasadnienia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej błędnego oszacowania kosztów ogólnych w pierwszej kolejności należy zauważyć, że ogranicza się ona de facto do polemiki z przyjętym przez Przystępującego modelem kalkulacji. Stanowisko Odwołującego, że kalkulacja nie została zaprezentowana w sposób przejrzysty i nie przedstawiono w tym zakresie tabelarycznego zestawienia prezentującego wszystkie składniki kosztowe, stanowi jedynie wyraz subiektywnych odczuć Odwołującego i coraz to dalszych oczekiwań, co jeszcze powinno się w wyjaśnieniach znaleźć. W odczuciu konkurenta wyjaśnienia wybranego wykonawcy przeważnie będą niedoskonałe. Natomiast aby stwierdzić, że wyjaśnienia nie uzasadniają zaaferowanej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ich nierzetelność, niekompletność musi być obiektywna, a nie subiektywna. W wyjaśnieniach Przystępujący jasno określił przyjęty poziom kosztów ogólnych (na osobę miesięcznie i w przeliczeniu na jeden dzień roboczy) wskazując wydatki, jakie przede wszystkim w tej kategorii uwzględnił, z podaniem ich wartości. Przedstawił ponadto w załączniku nr 3 do wyjaśnień dowody na tę okoliczność. Wyjaśnienia zawierały więc informacje i dowody umożliwiające zarówno zweryfikowanie poziomu kosztów, jak i prześledzenie procesu kalkulacji ceny oferty. Stanowisko Odwołującego stanowi w ocenie Izby daleko posuniętą nadinterpretację. Twierdzenia Odwołującego, że wykonawca powinien był wykazać, jak kwota 945 zł miesięcznie na osobę została przypisana do realizacji zamówienia przez poszczególnych konsorcjantów, przedstawić dalsze dowody pozwalające odtworzyć pełną metodologię, przedstawić szerszy katalog kosztów, nie świadczą o rzekomych niedoskonałościach wyjaśnień, lecz o nadmiernych wymaganiach Odwołującego. Brak przedstawienia tego rodzaju informacji nie przesądza o nierzetelności czy niekompletności wyjaśnień. Wyjaśnienia były bardzo obszerne i szczegółowe i definitywnie pozwalały na weryfikację sposobu kalkulacji ceny. Twierdzenia o wewnętrznej niespójności wyjaśnień czy próbach manipulacji danymi w celu zaniżenia poziomu kosztów, to w praktyce jedynie polemika z zastosowaną przez Przystępującego metodyką i przyjętymi przez niego założeniami. W ocenie Izby słusznie spostrzegł Odwołujący, że *„sposób argumentacji Odwołującego ma charakter selektywny. Odwołujący dobiera takie wskaźniki, horyzont czasowy i podstawę wyliczeń, które prowadzą do maksymalizacji rzekomego niedoszacowania. Nie weryfikuje realności ceny Konsorcjum w oparciu o pełny model RNC, lecz konstruuje alternatywną kalkulację, w której pomija rezerwy już ujęte w cenie i podstawia dane najkorzystniejsze dla własnej tezy.”* Izba podzieliła stanowisko Przystępującego szczegółowo opisane na stronach 14-18 pisma złożonego w sprawie.

W zakresie błędnego oszacowania kosztu ITS Odwołujący wskazał na niezgodność z wymaganiami wynikającymi z SWZ opisanej w dodatkowych wyjaśnieniach Przystępującego specyfikacji środowiska kodów źródłowych, w szczególności na brak zapewnienia odpowiednich subskrypcji webMethods dla maszyn wirtualnych. Prowadzi to zdaniem Odwołującego do zaniżenia kosztów subskrypcji i licencji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że weryfikacja autentyczności, integralności, kompletności i spójności kodów źródłowych wymaga odtworzenia pełnej infrastruktury wykonawczej systemu. Stanowisko Odwołującego pozostało gołosłowne i nie broni się w konfrontacji z argumentacją przedstawioną przez Przystępującego w piśmie (str. 19-22). Jak wskazał Przystępujący „środowisko ESB/webMethods może być potrzebne do sprawdzenia, czy dane przepływy integracyjne uruchamiają się i wykonują określone operacje biznesowe. Nie jest jednak konieczne do samego potwierdzenia, że przekazano właściwe pliki, właściwe ich wersje, definicje usług, konfiguracje, zależności i instrukcje budowania.” Przystępujący zwrócił uwagę też na mieszanie przez Odwołującego pojęć i pominięcie wymagań Zamawiającego wynikających z załącznika nr 4 do umowy. Izba nie znalazła podstaw, aby twierdzeniom tym odmówić wiarygodności, tym bardziej, że Odwołujący w pisemnej replice się do nich nie odniósł. Również w kontekście określenia parametrów środowiska deweloperskiego stanowisko Odwołującego sprowadza się do wyrażenia jego opinii na temat tego, jak należało skonfigurować to środowisko. Odwołujący podnosił, jakie komponenty są niezbędne do zapewnienia stabilnego, dostępnego środowiska

orkiestracyjnego, niemniej ani nie skonfrontował tych twierdzeń z dokumentami zamówieni, ani nie złożył na podnoszone okoliczności jakichkolwiek dowodów. Argumentację odpierającą te twierdzenia przedstawił natomiast Przystępujący (str. 22 – 25). W dalszej części Odwołujący wskazywał na brak uwzględnienia innych kosztów związanych z ITS oraz brak przedstawienia dowodów określających przyjęte koszty, co stanowi kolejny przykład wyrażania przez Odwołującego jego własnych oczekiwań co do poziomu szczegółowości wyjaśnień i dowodów, jakie należało załączyć. Podkreślić należy, że Zamawiający w ramach dodatkowego wezwania skierowanego do Odwołującego poprosił o uszczegółowienie wyjaśnień w zakresie kosztów przygotowania i utrzymania środowiska deweloperskiego i środowiska weryfikacji kodów źródłowych, w szczególności wskazanie jakie istotne elementy składają się na ITS (urządzenia, subskrypcje), wskazanie kosztów pozyskania i utrzymania ITS, wskazanie kosztów zakupu subskrypcji, a Przystępujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie każdego z tych trzech aspektów. Odwołujący doszukuje się nieprawidłowości, w sytuacji gdy brak jest podstaw do uznania, że koszty związane z utrzymaniem i eksploatacją ITS oraz kolokacji nie zostały uwzględnione w cenie. Przystępujący nie miał obowiązku wyodrębniania każdego najdrobniejszego elementu kosztowego czy komponentu infrastruktury. Przystępujący jasno wskazał, że wycenił koszt ITS na poziomie 63 000 zł netto miesięcznie przez 51 miesięcy, 255 000 zł netto rezerwy na zmiany i ryzyka infrastrukturalne oraz 32 000 zł netto kosztu przygotowania środowisk, łącznie 3 500 000 zł netto. Doprecyzował także koszt istotnych subskrypcji na poziomie 657 465,41 EUR, tj. 2 827 101,26 zł netto przy kursie 4,30 zł/EUR. Odwołujący nie wykazał, aby wartości przyjęte przez Przystępującego nie pozwalały na rzeczywiste zabezpieczenie tych kosztów. Oczekiwania Odwołującego, aby Przystępujący każdy element cenotwórczy uwiarygadniał dowodami jest nadmierne, tym bardziej, że wskazane przez Odwołującego dowody takie jak faktury, oferty handlowe, etc. niekoniecznie będą dokumentami adekwatnymi, w sytuacji gdy Przystępujący korzysta z posiadanej infrastruktury oraz z alokacji kosztów środowisk współdzielonych z innymi projektami. Powoływanie się na „wyłącznie deklaratorywny charakter wyjaśnień”, w sytuacji gdy Odwołujący nie podważył informacji co do przyjętych przez Przystępującego kosztów i nie wykazał, że faktycznie mogło dojść do ich niedoszacowania, jest nieuzasadnione. Odwołujący poza wskazaniem na to, że twierdzenia Przystępującego zawarte w piśmie złożonym w postępowaniu odwoławczym są spóźnione, nie odparł w ogóle argumentacji przedstawionej przez Przystępującego w odniesieniu do kosztów ITS.

Twierdzenia Odwołującego dotyczące braku odzwierciedlenia w treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny podziału zadań pomiędzy członków konsorcjum Izba uznała za niezasadne. Powyższa okoliczność nie przesądza o nierzetelności czy niekompletności przedstawionych wyjaśnień Przystępujący zastosował wspólną, uśrednioną stawkę roboczo-dnia oraz wspólny model kosztowy i w ten sposób zaprezentował sposób wyliczenia ceny. Takie działanie nie jest błędem, wszak wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Kwestia zasad rozliczeń pomiędzy konsorcjantami jest tu irrelevantna, tym bardziej, że zgodnie z umową konsorcjum szczegółowy podział prac, zakres obowiązków, podział wynagrodzenia, zasady odpowiedzialności wewnętrznej i rozliczenia miały zostać doprecyzowane w odrębnej umowie albo odrębnym porozumieniu. Słusznie zauważył Przystępujący, że *„nie ma podstaw, aby wymagać przedstawienia wewnętrznej rachunkowości każdego konsorcjanta, jeżeli wspólny model kalkulacyjny pozwala ocenić realność ceny,”* jak i że *„na etapie składania oferty nie wiadomo, jakie dokładnie zamówienia szczegółowe będą składane przez Zamawiającego, jaki będzie ich zakres techniczny ani jaki będzie rzeczywisty udział poszczególnych konsorcjantów i podwykonawców w konkretnych pracach. Z tego powodu sztywne przypisywanie kosztów do konsorcjantów już na etapie RNC byłoby sztuczne.”* Przystępujący nie miał też obowiązku złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów obrazujących podział zadań pomiędzy członków konsorcjum.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących wskazanych w punkcie 2.8.1 uzasadnienia odwołania błędów obliczeniowych czy nieścisłości, Izba stwierdziła, że dotyczą one marginalnych kwestii i wiążą się przeważnie z przyjętym sposobem zaokrągleń wartości częściowych (współczynnik wzrostu kosztów, sumaryczna liczba osobodni pracy). Ponadto, jak zauważył Przystępujący, podnoszona niespójność w opisie i wyliczeniach dotyczących założeń w zakresie testów kompetencyjnych prowadzi co najwyżej do zawyżenia przyjętej pracochłonności, a więc została dokonana na niekorzyść wykonawcy i nie może przesądzać o zaniżeniu ceny czy jej nierzeczywistym charakterze. Izba wskazuje, że każdym wyjaśnieniom można wytknąć mniejsze lub większe niedoskonałości, jednak dopiero przełożenie ich na realność zaoferowanych cen może prowadzić do stwierdzenia obowiązku odrzucenia oferty. Drobne luki czy nieprawidłowości nie przesądzają *per se* o nierzetelności kalkulacji.

Nie jest ponadto zasadne wywodzenie przez Odwołującego z faktu, że Przystępujący literalnie w wyjaśnieniach nie wskazał na koszty „przekazania usług” wniosku, że tego rodzaju kosztów w kalkulacji ceny nie uwzględniono. Wynikający z treści wezwania obowiązek wskazania „innych elementów kosztotwórczych, jeżeli występują” nie oznacza bezwzględnie obowiązku wylistowania wszelkich, najdrobniejszych kosztów, jakie wiążą się z realizacją zamówienia. Chodzi tu o te elementy, które w sposób istotny kształtują cenę. Ponadto jak wskazał Przystępujący, *„przewidziany w tym zakresie okres do 3 miesięcy oraz limit 30 osobodni konsultacji mają charakter maksymalny, nie zaś gwarantowany, co*

oznacza, że brak jest podstaw do przyjęcia ich pełnego wykorzystania przy kalkulacji kosztów. Nawet przy materializacji obowiązku przekazania usług, jego zakres jest ograniczony i może być realizowany w ramach bieżących zasobów projektowych oraz rezerw, ponieważ nie wymaga wejścia nowego zespołu w system, lecz uporządkowanego przekazania wiedzy już posiadanej przez wykonawcę. (...) Charakter tych czynności nie uzasadnia wyodrębnienia odrębnej pozycji kosztowej, gdyż stanowią one element organizacji pracy zespołu w końcowej fazie realizacji umowy." Twierdzenia Odwołującego o niedoszacowaniu oferty w tym zakresie nie znajdują zatem uzasadnienia.

Reasumując Izba raz jeszcze podkreśla, że okoliczność, że wyjaśnienia odbiegały od oczekiwań Odwołującego i nie odnosiły się do wszystkich kategorii kosztów czy aspektów, do jakich chciałby Odwołujący, żeby się odnosiły, nie oznacza, że kalkulując cenę oferty nie uwzględniono wszelkich uwarunkowań i kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy i nie powoduje, że wyjaśnienia w swoim całokształcie nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny. Odwołujący oparł się na własnym, subiektywnym przekonaniu, jak należało skalkulować cenę ofertową i co konkretnie wyszczególnić w wyjaśnieniach, pomijając okoliczność, że każdy z wykonawców przyjmuje indywidualny, właściwy dla jego przedsiębiorstwa, sposób wyceny i indywidualny sposób prezentacji przyjętych założeń, co jednak nie oznacza, że ten inny sposób jest nieprawidłowy. Odwołujący kwestionując wyjaśnienia skupił się na ich ogólnej krytyce i porównania z założeniami, jakie jego zdaniem należało przyjąć, wskazując, że podano zbyt mało informacji albo nie załączono do wyjaśnień oczekiwanych przez Odwołującego dokumentów, podczas gdy sam w postępowaniu odwoławczym nie przedstawił żadnych wiarygodnych twierdzeń i dowodów, które podważyłyby przyjętą przez Przystępującego kalkulację kosztów.

W tym stanie rzeczy, zdaniem składu orzekającego, stanowisko Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszyć miał przepisy ustawy Pzp przez wybór oferty Przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w stosunku do której złożone wyjaśnienia RNC nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji niezasadne było także zarzucanie w oparciu o tożsame okoliczności faktyczne naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ciężar udowodnienia, że w sprawie ziszczyły się kumulatywnie znamiona typu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. bądź spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., spoczywał na Odwołującym, a Odwołujący z tego obowiązku się nie wywiązał.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec oddalenia odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzoną złożoną do akt sprawy fakturą VAT.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....