



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KND/142/23/DKZP

DKZP. WKZ1.442.141.2023.KZ

Warszawa, dnia .03.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Instytut Pokolenia
Rodzaj zamówienia:	Usługa
Rodzaj procedury:	Zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	Wytworzenie i dostarczenie interaktywnego geoportalu mapy demograficznej Polski (GMDP) wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych oraz utrzymania i rozwoju (nr postępowania: 5/ZP/2023)
Tryb postępowania:	Tryb podstawowy (art. 275 pkt 1 ustawy)
Data wszczęcia postępowania:	11 października 2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	Ogłoszenie nr 2023/BZP 00439611 z dnia 11 października 2023 r.
Wartość zamówienia:	284 552,86 zł netto, co stanowiło równowartość 63 892,77 euro
Środki UE:	nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzonych naruszeniach:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy E. do udzielenia wyjaśnień istotnego elementu składowego ceny w zakresie wyceny:
 - a) za utrzymanie i wsparcie GMDP do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata, na 0,01 zł, pomimo iż wycena tego składnika ma charakter rażąco niskiej ceny i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania go zgodnie z obowiązującymi 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) oraz pomimo iż wycena ta budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,
 - b) za hosting do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata na 0,01 zł, pomimo iż wycena ta budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,
- 2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy E., do wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować utrzymanie i wsparcie geoportalu do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata za cenę jednostkową 0,01 zł oraz usługę hostingu do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata za cenę 0,01 zł.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia było wytworzenie i dostarczenie interaktywnego geoportalu mapy demograficznej Polski (GMDP) wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych oraz utrzymania i rozwoju. Zakres przedmiotu umowy składa się z zamówienia podstawowego (Etap 1, Etap 2 i Etap 5) oraz z zamówienia objętego prawem opcji (Etap 3 i Etap 4).

Zgodnie z §2 Projektu umowy, prace niezbędne do wykonania poszczególnych Etapów Umowy zostaną zrealizowane przez Wykonawcę zgodnie z harmonogramem określonym w pkt 4.4.2. OPZ i Projektem Technicznym, w tym:

- 1) Etap 1 – ETAP PRZYGOTOWAWCZY zostanie zrealizowany w terminie do 4 tygodni od podpisania Umowy;

- 2) Etap 2 – WDROŻENIE DOCELOWEJ WERSJI GMDP zostanie zrealizowane w terminie do 8 tygodni od podpisania Umowy;
- 3) Etap 3 - URUCHOMIENIE FUNKCJONALNOŚCI WYKORZYSTUJĄCEJ ALGORYTMY SZTUCZNEJ INTELIGENCJI zostanie zrealizowane w terminie nie dłuższym niż 100 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego, o którym mowa w § 1 ust. 6 pkt 3);
- 4) Etap 4 - WDROŻENIE ROZWIĄZANIA DO OBSŁUGI GMDP NA URZĄDZENIACH MOBILNYCH I WYTWORZENIE ORAZ WDROŻENIE APLIKACJI MOBILNEJ zostanie zrealizowane w terminie nie dłuższym niż 100 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego, o którym mowa w § 1 ust. 6 pkt 3);
- 5) Etap 5 - USŁUGA UTRZYMANIA GMDP będzie realizowana od dnia pierwszego uruchomienia produkcyjnego do 48 miesięcy od dnia podpisania Umowy, nie krócej niż przez okres 3 lat od dnia podpisania protokołu odbioru Etapu 2 bez zastrzeżeń.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania do upływu terminu składania ofert tj. 19 października 2023 r. w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego oferty od 5 wykonawców, którzy zaoferowali ceny za poszczególne usługi:

L.p.	Usługa	G.	E.	M.	P.	Gl.
1.	Etap 1	60 000,00 zł	39 360,00 zł	180 000	27 060,00 zł	38 900,00 zł
	Etap 2	30 000,00 zł	196 800,00 zł	10 000,00 zł	147 600,00 zł	191 000,00 zł
	SUMA	90 000,00 zł	236 160,00 zł	190 000,00 zł	174 660,00 zł	229 900,00 zł
2.	Etap 3	260 000,00 zł	78 720,00 zł	5 000,00 zł	19 680,00 zł	78 00,00 zł
	Etap 4	260 000,00 zł	78 720,00 zł	5 000,00 zł	23 370,00 zł	56 300,00 zł
	SUMA	520 00,00 zł	157 440,00 zł	10 000,00 zł	43 050,00 zł	134 300,00 zł
3.	Utrzymanie i wsparcie GMDP do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata	114 400,00 zł	0,01 zł	10 000,00 zł	59 040,00 zł	15 000,00 zł
	Cena hostingu do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata	145 600,00 zł	0,01 zł	5 000,00 zł	12 221,28 zł	15 000,00 zł
	Prace dodatkowe zgodnie z pkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w liczbie 30 roboczogodzin	CENA za jedną roboczogodzinę 150 zł CENA za 30 (słownie: trzydzieści) roboczogodzin 4 500,00 zł	CENA za jedną roboczogodzinę 369,00 zł CENA za 30 (słownie: trzydzieści) roboczogodzin 13 616,00 zł	CENA za jedną roboczogodzinę 250,00 zł CENA za 30 (słownie: trzydzieści) roboczogodzin 7500,00 zł	CENA za jedną roboczogodzinę 369,00 zł CENA za 30 (słownie: trzydzieści) roboczogodzin 11 070,00 zł	CENA za jedną roboczogodzinę 190,00 zł CENA za 30 (słownie: trzydzieści) roboczogodzin 5 700,00 zł

	SUMA	264 500,00 zł	13 616,02 zł	22 500 ,00	82 331,28 zł	35 700,00 zł
	Łączna cena brutto zamówienia (SUMA za wykonanie Etapu 1 i Etapu 2) + (SUMA za wykonanie Etapu 3 i Etapu 4) + (SUMA za wsparcie GMDP do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata oraz za hosting do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata oraz CENA za trzydzieści roboczo godzin prac dodatkowych)	874 500,00 zł	407 216,00 zł	222 500,00 zł	300 041,28 zł	399 900,00 zł

Zamawiający odrzucił oferty następujących wykonawców z powodu niezgodności treści ofert z warunkami zamówienia:

1. GI.
2. M.

Zamawiający poinformował w piśmie z dnia 20 października 2023 r. o poprawieniu omyłki rachunkowej na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp w ofercie wykonawcy E. odnoszącej się do poz. Prace dodatkowe zgodnie z pkt. 5 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w liczbie 30 roboczogodzin – CENA za jedną roboczogodzinę 369,00 zł CENA za 30 (słownie: trzydzieści) roboczogodzin 11 070,00 zł oraz poz. SUMA 11 070,02 zł.

Po poprawieniu ceny za 30 roboczogodzin, łączna cena brutto zamówienia wyniosła 404 670,02 zł.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy E. cena brutto oferty: 404 670,02 zł. Zamawiający podał następujące uzasadnienie wyboru: *Wyżej wymieniony Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu z postępowania, jego oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta spełniła wszystkie wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia i otrzymała największą liczbę punktów – 81,29 pkt.*

Jak wynika z pisma z dnia 25 października 2023 r. oferty złożone w toku przedmiotowego postępowania zostały ocenione w następujący sposób:

Nazwa i adres wykonawcy	Kryterium cena wykonania etapu 1 i etapu 2: 30%	Kryterium cena wykonania etapu 3 i etapu 4: 15 %	Kryterium cena za wsparcie GMDP oraz hosting (3 lata): 25 %	Kryterium skrócenie terminu realizacji etapu 2: 10 %	Kryterium Ilość danych pozyskiwanych i aktualizowanych automatycznie: 20 %	Punktacja łączna
E.	22,19 pkt	4,10 pkt	25,00 pkt	10,00 pkt	20,00 pkt	81,29 pkt
P.	30,00 pkt	15,00 pkt	0 pkt	10,00 pkt	20,00 pkt	75,00 pkt
Gl.	22,79 pkt	4,81 pkt	0 pkt	0 pkt	10,61 pkt	38,21 pkt

Umowa została zawarta w dniu 6 listopada 2023 r. z Wykonawcą E. na kwotę 404 670,02 zł brutto.

Pismem z dnia 7 listopada 2023 r. Zamawiający został wezwany do ustosunkowania się do zarzutów wnioskodawcy. Na ww. wezwanie Zamawiający udzielił wyjaśnień o następującej treści:

W zakresie twierdzeń „Wnioskodawca poinformował we wniosku o wszczęcie i przeprowadzenie kontroli, że zamawiający nie zbadał ofert pod kątem rażąco niskiej ceny oraz oferta, którą zamawiający uznał za najkorzystniejszą, zawierała wycenę etapu wsparcia technicznego, który był punktowany 25 pkt na 0.01 zł. Ww. element stanowił istotny składnik oceny ofert i jednocześnie odbiegał o więcej niż 30% szacowania zamawiającego jak i średniej arytmetycznej ofert.

Wnioskodawca dodał, iż wskutek zaniechania badania ofert przez zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny została wybrana oferta wyceniająca pracę ludzką poniżej norm określonych prawem oraz nie został spełniony warunek, o którym mowa w treści art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp.”

Na wstępie należy podkreślić, że wnioskodawca inicjując podjęcie działań przez Urząd Zamówień Publicznych częściowo oparł swoje twierdzenia na nieaktualnym stanie prawnym.

Wnioskodawca sugeruje, że Instytut Pokolenia naruszył art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, zwanej dalej „ustawą”) poprzez jego niezastosowanie, z czym nie można się zgodzić.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, gdyż zaoferowana przez niego cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu 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.

Wyżej wymieniony ustęp 1 nie nakłada na zamawiającego obowiązku wezwania Wykonawcy w sprawie rażąco niskiej ceny, co błędnie sugeruje Wnioskodawca. **Zamawiający podejmuje sam decyzję, co do wezwania wykonawcy w zakresie złożenia wyjaśnień. Przywołany przepis nie nakazuje każdorazowo wzywać wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną do wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca osiągnął proponowaną cenę. Zastosowanie procedury określonej tym przepisem pozostaje suwerenną decyzją Zamawiającego, która jest osadzona w realiach konkretnego postępowania. Posłużenie się przez Ustawodawcę wyrażeniem „wydaje się” oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny *prima facie* rażąco niskiego charakteru oferty. Nie wymaga się więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej** (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis).

Natomiast zamawiający ma obowiązek na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy, do żądania wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub istotnych części składowych, 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
- 2) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy lub
- 3) 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.

Należy podkreślić, że w każdym z wymienionych powyżej przepisów ustawodawca odnosi się do ceny całkowitej oferty.

Taką wykładnię potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, chociażby w wyroku z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt. KIO 706/17 (wydany jeszcze na kanwie obowiązywania tzw. starej ustawy PZP – wciąż jednak orzecznictwo aktualny), gdzie wskazano:

„Izba wskazuje, że podstawą skutecznego odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest wyłącznie sytuacja, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś gdy cena części składowej oferty jest niska.”

W innym z wyroków, Izba wyjaśniła, 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." (vide wyrok KIO z 29 czerwca 2022 roku, KIO 1543/22).

Cena zaoferowana w ofercie przez E. wynosiła 404 670,02 zł. **Oferta EnviroSolutions Sp. z o.o. przekraczała o kwotę 54 670,02 zł kwotę środków, które Instytut Pokolenia przeznaczył na sfinansowanie zamówienia,** gdyż Instytut Pokolenia na zamówienie przeznaczył środki w wysokości 350 000 zł.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wytworzenie i dostarczenie interaktywnego geoportalu mapy demograficznej Polski (GMDP) wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych oraz utrzymania i rozwoju” oferty złożyli następujący Wykonawcy:

Lp.	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty(brutto)
1	Gl.	874 500,00 zł
2	E.	404 670,02 zł
3	M.	222 500,00 zł
4	P	300 041,28 zł
5	Gl.	399 900,00 zł

Wykonawcy Gl. oraz M. złożyły oferty, których treść była niezgodna z warunkami zamówienia, zatem oferty te zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Średnia cena brutto z ofert nie podlegających odrzuceniu wynosiła: **369 052,43 zł.**

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 2 PZP, to cena całkowita oferty złożonej, jeżeli jest niższa o 30% od 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 pkt 10 PZP, **musi spełniać przesłanki z tego przepisu, żeby została uznana za rażąco niską, a nie tylko jeden/kilka z elementów składowych globalnej ceny.**

Poniżej zaprezentowane są wartości odchyłeń cenowych (brutto) od średniej z ofert niepodlegających odrzuceniu:

E.	Gl.	P.
Cena [brutto]	Cena [brutto]	Cena [brutto]
407 216,02 zł	399 900,00 zł	300 041,28 zł
110,34%	108,36%	81,30%

Zgodnie z powyższą tabelą żadna z ofert niepodlegających odrzuceniu nie przekraczała progu 30%. Jak widać większość cen nieodrzuconych ofert była zbieżna – różnica ~2%. Jedna oferta odbiegała od średniej o 19% - jest to oferta Wykonawcy P.

Jak wynika z powyższego, cena zaoferowana przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę nie jest ceną rażąco niską, gdyż nie spełnia przesłanek z art. 224 ust. 2 ustawy. Żaden z wymienionych w art. 224 ust. 2 ustawy przypadków nie ma zastosowania do oferty Wykonawcy E.

Wykonawca E. wyceniła utrzymanie i wsparcie GMDP oraz hosting na 0,01 zł każde. **Należy podkreślić, Wykonawca ten nie musi zatrudniać pracowników do realizacji wsparcia technicznego** jak i ponosić dodatkowych nakładów. Może wykonywać te zadania np. w ramach pracy własnej informatyków spółki. Wykonawca ten może również posiadać własną infrastrukturę hostingową – w takim przypadku również nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów (albo minimalne).

Instytut Pokolenia na etapie postępowania przetargowego, nie posiadał wiedzy na temat posiadanych zasobów czy to ludzkich czy dostępności kodu źródłowego z innych projektów, u potencjalnych wykonawców (uczestników postępowania), które możliwe są do wykorzystania przez podmiot wygrywający. Z tego powodu Instytut Pokolenia nie określał minimalnych wartości dla poszczególnych etapów. Można sobie wyobrazić, że wykonawca posiada już kilka aktywnych umów o wyższych parametrach SLA niż rzeczzone postępowanie, a w konsekwencji nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów, żeby utrzymać kolejną umowę wsparcia. Co więcej Zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania oprogramowania typu open source w realizowanym systemie, które nie generują kosztów, co tym bardziej powinno odbić się na cenie oferowanej usługi utrzymania, gdyż stworzony system nie będzie musi generować kosztów po stronie Zamawiającego jak i wykonawcy.

Zamawiający w prowadzonych obecnie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi otrzymuje analogiczne wyjaśnienia Wykonawców w ramach obligatoryjnych wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Na przykład pismo otrzymane w jednym z prowadzonych postępowań, prowadzonym pod nr 3/ZP/2023 zawiera następującą informację: „Przygotowanie wag postratyfikacyjnych wykonywane jest przez właściciela firmy, a jego wynagrodzenie stanowi marża osiągnięta w projekcie”.

Taką wykładnię przepisów potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „(...) przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć – ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1358/19).

Zatem przedstawione przez Wykonawcę E. ceny za poszczególne etapy nie są również fikcyjne, nie zachodzą okoliczności by mówić w ogóle o czynie nieuczciwej konkurencji. Przedstawiona kalkulacja kosztów w realizowanym projekcie jest realna i umożliwia wykonanie zleconego zadania.

Należy podkreślić, że udowodnienie rażąco niskiej ceny przy usługach jest złożone, a oczywiście bezpodstawne odrzucenie najkorzystniejszej oferty z powodu rażąco niskiej ceny, będzie skutkowało odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy, którego oferta została odrzucona.

Opierając się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej należy dodać, iż definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje”. W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postąp

technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca użył określenia „cena rażąco niska”, a więc niska w sposób ewidentny, zauważalny, narzucający w sposób nieodparty takie wnioski w danych okolicznościach sprawy, jak już wskazano wyżej – rażąco niska prima facie.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Ad. 1.

Oferta wykonawcy E., którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, zawierała wycenę za utrzymanie i wsparcie GMDP do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata na 0,01 zł oraz wycenę za hosting do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata również na 0,01 zł. Obydwa te składniki ceny oceniane były w ramach kryterium oceny ofert, tj. Kryterium cena za wsparcie GMDP oraz hosting (3 lata) – waga 25 %.

Należy wskazać, iż ww. części składowe ceny stanowiły istotną część składową całkowitej ceny oferty oraz budziły wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W dokumentach zamówienia, m.in. w §13 Projektu umowy „Utrzymanie systemu i usługa hostingu” określono zakres usług jakie wykonawca ma świadczyć w ramach tego etapu realizacji zamówienia. Zakres ten obejmował m.in.:

- ☐ Świadczenie Usługi Utrzymania polegające na bieżącym administrowaniu i zarządzaniu, w szczególności poprzez świadczenie usług w przedmiocie zmian rozwojowych, aktualizacji, konserwacji w zakresie, w sposób i na poziomie określonym w pkt. 4.2. OPZ;
- ☐ Wykonawca zobowiązuje się zapewnić ciągłe, poprawne, zgodne z wymaganiami funkcjonalnymi i pozafunkcjonalnymi oraz dokumentacją działanie wdrożonego GMDP poprzez świadczenie usługi Utrzymania GMDP, w tym: 1) nadzór nad funkcjonowaniem portalu oraz bieżące działania na rzecz zapewniania jego niezakłóconej pracy poprzez naprawę błędów lub korektę oprogramowania w przypadku wystąpienia błędów w funkcjonowaniu GMDP; 2) rozwiązywanie bieżących problemów zgłaszanych przez pracowników Zamawiającego w zakresie działania GMDP; 3) wykonywanie prac mających na celu zapewnienia ciągłości działania GMDP, jak i optymalizacji jego działania; 4) instalowanie aktualnych poprawek zwiększających bezpieczeństwo („łat”) komponentów wchodzących w skład oprogramowania GMDP w tym, systemów operacyjnych, oprogramowania bazodanowego i narzędziowego; 5) rozwiązywanie bieżących problemów wynikających z wadliwego funkcjonowania lub konfiguracji GMDP, oprogramowania

lub konta hostingowego; 6) udostępnianie wskazanych przez Zamawiającego logów systemowych za wybrany okres; 7) pomoc w ustawieniu prawidłowej konfiguracji portalu przy ewentualnej konieczności zmian usługodawcy hostingu; 8) wykonywanie kopii zapasowych GMDP co 30 dni, testowanie ich użyteczności w procesie odtwarzania oraz odtwarzanie w przypadku wystąpienia awarii; 9) przygotowanie i przetestowanie pełnej procedury „Disaster Recovery” umożliwiającej ponowne uruchomienie usług po nieprzewidzianym, nieodwracalnym uszkodzeniu GMDP; 10) monitorowanie przepustowości i wydajności systemu w świetle oczekiwań wydajnościowych Zamawiającego; 11) nadawanie, odbieranie uprawnień użytkowników portalu wg wymogów Zamawiającego.

- ☐ Wykonawca będzie przedstawiał Zamawiającemu kwartalne raporty z realizacji Usług Utrzymania. Kwartalny raport z realizacji Usług Utrzymania będzie stanowił podstawę rozliczeń między Stronami, w tym również podstawę do wyliczania ewentualnych kar umownych.
- ☐ Wykonawca zapewni Hosting GMDP w technologii chmurowej, zaakceptowanej przez Zamawiającego.

W tym miejscu, należy zauważyć, iż kwestię badania rażąco niskiej ceny reguluje przepis art. 224 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią ust. 1 ww. przepisu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych.

W świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. W wyroku z dnia 3 stycznia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1547/17 Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził iż (...) pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...). W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców.

W wyroku z dnia 24 sierpnia 2023r. sygn. akt KIO 2363/23 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż: (...) „Przypomniał, że wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Na wykonawcy ciąży więc obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu w jakich dokonano ich kalkulacji, a więc udowodnienia, że

zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 224 ustawy Pzp, potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Co więcej, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). W tym aspekcie istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Co więcej, konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, jako składane przez podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie szczególnie korzystnych warunków lub posiadanie szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na obniżenie ceny. W takiej sytuacji, nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.”

Warto także wspomnieć o wyroku z dnia 9 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 185/23 w którym Krajowa Izba Odwoławcza zajęła następujące stanowisko: (...) „Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Zdaniem Izby oceny tej nie należy dokonywać wyłącznie na podstawie określania stosunku danej części składowej ceny do ceny oferty, a istotną częścią składową zaoferowanej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp jest nie tylko taka część składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składowa ceny oferty, będąca ceną (wynagrodzeniem) za spełnienie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. (...) żądanie (...) wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny powinno być poprzedzone analizą, które części składowe ceny stanowią istotne części składowe, a samo żądanie powinno dotyczyć wszystkich części składowych ceny, które Zamawiający uznał za istotne części składowe.”

W wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 69/22 Krajowa Izba Odwoławcza zaprezentowała następujące stanowisko (...) „Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Zdaniem Izby, przez użyte w tym przepisie sformułowanie „istotna część

składowa zaoferowanej ceny" nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne.

Określanie, czy dana część składowa ceny jest istotna wyłącznie na podstawie określania jej stosunku do ceny oferty prowadziłoby do tego, że im niższa byłaby określona w ofercie część składowa ceny, tym mniejszy ułamek ceny oferty ta część by stanowiła. W konsekwencji, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie różnych świadczeń, możliwe byłoby kształtowanie oferty w taki sposób, aby cena za wykonanie danego świadczenia objętego przedmiotem zamówienia nie stanowiła istotnego ułamka ceny oferty, a więc nie była istotną częścią składową zaoferowanej ceny. Zatem to wykonawca sporządzając ofertę faktycznie decydowałby, która część składowa ceny jest istotna. Przyjmując, że art. 224 ust. 1 Pzp nie uprawnia zamawiającego do badania i oceny oferty w zakresie tej części ceny, która nie jest istotna, w przypadku złożenia w postępowaniu więcej niż jednej oferty, skutkowałoby to dokonywaniem badania i oceny poszczególnych ofert w sposób odmienny, co jest nie do pogodzenia z obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, określonym w art. 16 Pzp (...) W konsekwencji oceny, czy dana część składowa ceny stanowi część istotną, należy dokonywać z uwzględnieniem treści dokumentów zamówienia."

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt 9/22 stwierdziła, iż: (...) „Zamawiający ma prawo do badania pod kątem rażąco niskiej ceny nie tylko ceny „globalnej”, ale i części składowych ceny. Jednak badanie to powinno nastąpić wtedy, kiedy okoliczności wskazują na możliwość, że mogło dojść do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim. Nie ma powodu badania każdego składnika cenowego w sytuacji, kiedy jest on niższy od cen podanych przez innych wykonawców. Oczywiście jest, że zawsze będą pojawiały się różnice w wycenie, wynikające przede wszystkim z walki konkurencyjnej. Natomiast, gdy bądź wycena danego elementu (zgodnie z art. 224 ust. 1 – istotnej części składowej) jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena danego elementu (składnika ceny) wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, ziszcza się przesłanki do zażądania przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych od wykonawcy złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W konsekwencji nie ma wątpliwości, że można żądać wyjaśnienia części składowej ceny, ale wówczas, gdy, zgodnie z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych, ma ona charakter istotny."

W wyroku z dnia 28 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 964/22 Krajowa Izba Odwoławcza zajęła następujące stanowisko: (...) „Jak stanowi art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przy czym w kontekście powyższego, nie należy utożsamiać istotnej części składowej ceny z tym, że dane zamówienie jest podzielone na części. Fakt, że Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, a samo zadanie inwestycyjne stanowi zbiór elementów od siebie zależnych i spójnych, nie przesądza o braku możliwości badania rażącego charakteru istotnej części składowej ceny oferty, jak próbował twierdzić Zamawiający.

Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że możliwość badania rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnych części składowych jest wykluczona w razie ustalenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowi podstawy do odstąpienia od badania realności ceny bądź jej składników.”

Warto także przytoczyć treść wyroku z dnia 21 października 2021 r. sygn. akt KIO 2833/21, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujące stanowisko: (...) „Podkreślić należy, że obowiązek skierowania przez Zamawiającego do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty (lub kosztu lub ich istotnych części składowych) nie powstaje jedynie w przypadkach określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, lecz także w sytuacji wskazanej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Aktualizuje on się wtedy, gdy cena (odpowiednio koszt lub ich istotna część składowa) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jakkolwiek w omawianej regulacji ustawodawca użył sformułowań nacechowanych subiektywnie, o charakterze ocennym, jak „wydaje się rażąco niska” czy „budzi wątpliwości”, to jednak stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy okoliczności sprawy w sposób obiektywny wskazują, że wątpliwości co do ceny oferty powinny się u Zamawiającego pojawić, to skierowanie wezwania do wykonawcy uznać należy za obligatoryjne.”

Należy także wspomnieć o wyroku z dnia 9 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujący pogląd: (...) „Zauważenia wymaga, że w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnień w związku wyceną określonych części składowych może nastąpić w sytuacji, gdy wątpliwości dotyczą części o charakterze istotnym. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest

udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Jakkolwiek w przepisie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, określającym, w jakich okolicznościach istnieje obowiązek odrzucenia oferty, ustawodawca nie odnosi się do elementów składowych ceny, ale do ceny ogółem, to biorąc pod uwagę treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp należy stwierdzić, że cena może być uznana za rażąco niską z uwagi na wycenę określonych elementów, ale dotyczy to sytuacji, w której elementy te mają na tyle istotny charakter, że wpływają na ocenę realności ceny całkowitej. Jednocześnie obowiązek wykazania istotności wyceny pojedynczych części składowych spoczywa na Zamawiającym, który uzasadniając odrzucenie oferty zobligowany jest udowodnić, że zaistniały ku temu podstawy."

W wyroku z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt KIO 860/18 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała również, że nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty jest przyczyną do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. W obecnym stanie prawnym również z powodu wątpliwości, co do prawidłowego wycenienia istotnej części składowej oferty, należy zweryfikować jej cenę ogólną. W ocenie Izby istotną częścią składową ceny, w przedmiotowym postępowaniu, są koszty pracy, na które wskazywał odwołujący, a 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 2017 r. poz. 847 ze zm.).

Należy podkreślić, iż ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp użył sformułowania „zamawiający żąda”, czym podkreśla, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień jeżeli zaoferowana istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt powyższej sprawy należy stwierdzić, iż w analizowanym przypadku wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić wycena przez wykonawcę E. elementu składowego ceny, będącego jednocześnie jednym z kryteriów oceny ofert, tj. Kryterium 3 - Cena za wsparcie Geoportalu Mapy Demograficznej Polski (GMDP) oraz hosting (3 lata) – waga kryterium 25%. Wybrany ww. wykonawca wycenił te 2 pozycje każdą na 0,01 zł. Należy stwierdzić, w świetle przytoczonych wyroków KIO, iż pozycje, których waga w ramach kryteriów oceny ofert została ustalona na 25% stanowią istotną część składową ceny. W zakresie pozostałych dwóch kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny, wagi ustalono na poziomie 30% (Kryterium 1 - Cena wykonania etapu 1 i etapu 2) i 15% (Kryterium 2 - Cena wykonania etapu 3 i etapu 4). Nie ulega zatem wątpliwości, iż cena za wsparcie GMDP

oraz hosting (3 lata) stanowiła istotną część składową ceny mającą istotny wpływ na cenę całej oferty.

Jednocześnie należy wskazać, iż zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, wyjaśnienia o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp mogą dotyczyć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Biorąc pod uwagę zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę do realizacji na etapie utrzymania i wsparcia geoportalu przez okres minimum 3 lat, nie sposób uznać, iż za cenę 0,01 zł jest możliwa ich realizacja zgodnie z dokumentami zamówienia. Podobnie, trudno uznać, iż cena 0,01 zł za hosting w okresie 3 lat pokrywa koszty świadczenia tej usługi. Zgodnie z dokumentami zamówienia, usługa hostingu to udostępnienie zasobów serwera lub serwerów, przestrzeni dyskowej, łącz internetowych, transferu danych, niezbędnymi licencjami wraz z administracją środowiska w celu udostępnienia GMDP.

Ponadto, wyjaśnienia o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp mogą dotyczyć 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Powyższe ma na celu uwypuklenie specyfiki danych zamówień jako czynnika mającego wpływ na wartość kosztów pracy. Nie budzi wątpliwości, iż cena 0,01 zł za utrzymanie i wsparcie przez okres 3 lat nie pokrywa kosztów pracy w rozumieniu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. A zatem, pozycje wycenione przez wykonawcę na 0,01 zł miały istotne znaczenie merytoryczne oraz stanowiły istotną część składową ceny oferty, a także jeden z nich odnosił się do wynagrodzenia za pracę tj. utrzymanie i wsparcie geoportalu przez 3 lata świadczenia usługi. Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 ustawy Pzp żądać od wybranego wykonawcy wyjaśnień istotnych części składowych ceny.

Reasumując uznać należy, że poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy E. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych ceny, Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dokonano wyboru oferty wykonawcy, który wycenił dwa ze składników ceny na poziomie 0,01 zł bez wezwania go do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tych istotnych elementów ceny ofertowej.

Ad. 2

We wniosku o kontrolę podniesiono także zarzut dotyczący tego, iż wybrana oferta, która została złożona przez oferenta - E. manipuluje ceną poprzez wycenienie kryterium nr 3 Cena za wsparcie GMDP oraz hosting (3 lata) na 0,01 zł, na który to składały się zgodnie z formularzem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ:

- Utrzymanie i wsparcie GMDP do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata;
- Cena hostingu do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata

Obie pozycje tj. *Utrzymanie i wsparcie GMDP do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata* i *Cena hostingu do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata* zostały wycenione przez ww. wykonawcę na 0,01 zł, nie uwzględniając podczas przygotowywania oferty m.in. przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, co stanowiło przejaw nieuczciwej konkurencji wobec czego powinna być odrzucona przez zamawiającego oraz, że została wybrana oferta wyceniająca pracę ludzką poniżej norm określonych prawem oraz nie został spełniony warunek, o którym mowa w treści art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, iż **w zakresie twierdzeń „Wnioskodawca nadmieniał, iż ww. oferta manipuluje ceną, co stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji wobec czego powinna być odrzucona przez zamawiającego.”**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233), czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Ten katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym, co oznacza, że może się pojawić na rynku nowy czyn nieuczciwej konkurencji.

Możemy uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdy zachodzi łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Co istotne, spełnienie wyżej wymienionych przesłanek musi być udowodnione.

Zamawiający decyzję o odrzuceniu oferty z uwagi na złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji powinien podejmować z rozważą.

Wykonawca E. wyceniła utrzymanie i wsparcie GMDP oraz hosting na 0,01 zł. Wykonawca miał prawo tak wycenić ww. pozycję. Żaden przepis prawa nie zabraniał jej takiego sposobu wyceny.

Wycena utrzymania i wsparcia GMDP oraz hostingu na 0,01 zł nie oznacza manipulacji ceną przez E. zwłaszcza, że cena całkowita oferty wynosiła 404 670,02 zł i przekraczała o kwotę 54 670,02 zł kwotę środków, które Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tj. 350 000,00 zł.

Należy również zaznaczyć, że ocena ofert w prowadzonym postępowaniu była uzależniona od kilku kryteriów i dopiero ich zsumowanie umożliwiło wybór wykonawcy. W trosce o interes Zamawiającego zostały wprowadzone mechanizmy oceny ofert, jak również maksymalne wartości poszczególnych etapów.

Istotne było dla Instytutu Pokolenia przy układaniu kryteriów oceny ofert, aby rozłożyć równomiernie płatności przy jednoczesnym zminimalizowaniu skutków ryzyka niewykonania przez Wykonawcę projektu. Projekt „Wytworzenie i dostarczenie interaktywnego geoportalu mapy demograficznej Polski (GMDP)” w Opisie Przedmiotu Zamówienia – załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia zawiera funkcjonalności, które są unikalne na rynku i nie każdy Wykonawca może je zrealizować - stąd ryzyko jego niepowodzenia jest wyższe. W trosce o interesy Instytutu Pokolenia zostały wprowadzone mechanizmy oceny ofert jak również maksymalne wartości poszczególnych etapów.

Za wykonanie przedmiotu zamówienia w postaci m.in. przygotowania dokumentacji, wdrożenia docelowej wersji systemu, uruchomienia funkcjonalności wykorzystującej algorytmy sztucznej inteligencji, wdrożenie rozwiązania do obsługi systemu na urządzeniach mobilnych, wytworzenie oraz wdrożenie aplikacji mobilnej Instytut Pokolenia określił wagę kryterium w wysokości 75%, a za utrzymanie i hosting do 48 miesięcy jedynie 25%. Co istotne, Instytut Pokolenia określał górne wartości poszczególnych etapów, żeby uniknąć manipulacji cenowej przez Wykonawców.

Określając wagi kryteriów i maksymalne wartości poszczególnych etapów Instytut Pokolenia miał na względzie, częstą praktykę wykonawców polegającą na szybkim pozyskaniu środków finansowych na pokrycie projektu w oderwaniu od ryzyka jakie niesie za sobą taki projekt.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się następującymi kryteriami i ich wagami:

Nr Kryterium	Nazwa Kryterium	Waga Kryterium
Kryterium 1	Cena wykonania etapu 1 i etapu 2	30%
Kryterium 2	Cena wykonania etapu 3 i etapu 4	15%
Kryterium 3	Cena za wsparcie GMDP oraz hosting (3 lata)	25%
Kryterium 4	Czas realizacji etapu 2 liczony od dnia podpisania umowy	10%
Kryterium 5	Ilość danych pozyskiwanych i aktualizowanych automatycznie	20%

Maksymalne wartości poszczególnych etapów zostały określone następująco:

10% Cena za Etap 1 nie może przekroczyć 10% ceny całkowitej za realizację zamówienia.

50% Cena za Etap 2 nie może przekroczyć 50% ceny całkowitej za realizację zamówienia.

20% Cena za Etap 3 nie może przekroczyć 20% ceny całkowitej za realizację zamówienia.

20% Cena za Etap 4 nie może przekroczyć 20% ceny całkowitej za realizację zamówienia.

30% Cena za Etap 5 nie może przekroczyć 30% ceny całkowitej za realizację zamówienia.

W tym miejscu należy przytoczyć art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 dalej „uznk”) stanowi, iż:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 uznk jedynie przykładowo wymienione zostały działania kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Są nimi w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym, nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji zostały stypizowane w art. 5–17g uznk.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, 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.

Okoliczności niniejszej sprawy wskazują, iż cena 0,01 zł za wsparcie GMDP może nie uwzględniać faktycznych kosztów koniecznych do wykonania tej części zamówienia, wynikających wprost z przepisów powszechnie obowiązujących oraz minimalnych kosztów pracy, gdyż jak stanowiło rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. tj. Dz.U z 2022 r. poz. 1952:

§1. Od dnia 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3490 zł.

§2. Od dnia 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 22,80 zł.

§3. Od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł.

§4. Od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 23,50 zł.

W zestawieniu z powyższymi kosztami, cena 0,01 zł za wsparcie GMDP do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata wydaje się rażąco zaniżona.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kwestia możliwości zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji podlega obligatoryjnemu badaniu. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano na różne postaci czynów nieuczciwej konkurencji, m. in.: manipulowanie elementami oferty – cenami jednostkowymi oferty (wyr. KIO z 5.4.2011 r., KIO 640/11; wyr. KIO z 13.1.2012 r., KIO 2787/11; wyr. KIO z 18.1.2013 r., KIO 7/13); brak realności poniesionych kosztów np. w wyroku KIO z dnia 3.12.2015 r., KIO 2553/15: *"Działanie wykonawcy – profesjonalisty obowiązującego do należytego działania – polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Uczciwe konkutowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej"*.

W wyroku z dnia 26 listopada 1998 r. (sygn. akt I CKN 904/97) Sąd Najwyższy – Izba Cywilna stwierdził, iż: (...) wymienione czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu; za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5–17g ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji.

W wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że art. 3 ust. 1 uznk (...) pełni niewykluczające się trzy funkcje, określane powszechnie jako funkcja definiująca, uzupełniająca i korygująca. Pierwsza polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 ZNKU (a przykładowo wymienionych w art. 3

ust. 2 ZNKU) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ZNKU. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest to zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, to nie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Sprzeczność z prawem to zachowanie sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie lub rozporządzeniu. Natomiast o "naruszeniu dobrych obyczajów" wyraził się Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07, wskazując, że "fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z nimi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo".

Uznk nie definiuje także pojęć "interes" ani "zagrożenie". Pojęcie "interesu" może dotyczyć zarówno przedsiębiorcy (wykonawcy), jak też klienta (zamawiającego, na rzecz którego jest świadczona usługa) i należy rozumieć je szeroko. Interes klienta można interpretować jako określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla zamawiającego stanowić źródło korzyści rzeczywistych lub tylko oczekiwanych. Interesem

zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt I CSK 796/10 stwierdził, iż (...) istnienie interesu w dochodzeniu ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów uznk nie jest wystarczające do dochodzenia przewidzianej w niej ochrony, należy jeszcze wykazać naruszenie albo zagrożenie tego interesu. Zagrożenie powszechnie określa się w doktrynie jako fakt, zjawisko, zaistniałe w świecie zewnętrznym, które w dalszym toku wydarzeń może, choć nie musi, doprowadzić do wystąpienia szkody. Nie może być to tylko stan hipotetyczny, niebezpieczeństwo powstania szkody musi być bowiem skonkretyzowane co do realności wystąpienia, jak i osoby naruszciciela. Chodzi zatem o zespół faktów, który cechuje się tym, że pociąga za sobą zwiększone niebezpieczeństwo powstania szkody. Pojęcie zagrożenia występuje także w art. 439 kc, można się zatem odwołać do kryteriów w nim określonych, jakkolwiek istnieje wyraźna różnica, bowiem w art. 439 kc chodzi o bezpośrednie zagrożenie wystąpienia szkody, zaś w art. 3 i 18 uznk o bezpośredniości zagrożenia nie ma mowy. Niebezpieczeństwo nie może być jednak, jak wspomniano, tylko ewentualne, ale też nie jest wymagane wykazanie pewności jego wystąpienia. Ponieważ wystąpienia zagrożenia nie sposób udowodnić tak ściśle, jak w wypadku wystąpienia szkody, za wystarczające należy uznać przedstawienie faktów i dowodów, które stanowią o naruszeniu zasad konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji będzie zatem zawsze takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Sprzeczność z prawem należy przy tym rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Dobre obyczaje natomiast to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Nie każde jednak działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami będzie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż w analizowanym przypadku oferta wybranego wykonawcy budzi wątpliwości co do manipulowania ceną, co może stanowić przejaw nieuczciwej konkurencji. Należy wspomnieć o tym, iż wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji ma niejednokrotnie charakter ocenny. Stąd też ewentualne odrzucenie oferty powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy o stosowne wyjaśnienia i przedstawienie dowodów na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Nie każde jednak działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami będzie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które narusza lub zagraża interesowi innego

przedsiębiorcy lub klienta. Dlatego też w tych okolicznościach, zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do sposobu skalkulowania pozycji nr 3 oferty wykonawcy E. stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż w tym przypadku Wykonawca powinien wziąć pod uwagę m.in. kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę przy wycenie ww. pozycji oferty. Podobnie, wątpliwości budzi zaoferowanie ceny 0,01 zł za hosting, czyli zgodnie z dokumentami zamówienia, udostępnienie zasobów serwera lub serwerów, przestrzeni dyskowej, łącz internetowych, transferu danych, niezbędnymi licencjami wraz z administracją środowiska w celu udostępnienia GMDP, w okresie do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata, w kontekście ewentualnego manipulowania ceną, co może stanowić przejaw nieuczciwej konkurencji.

A zatem Zamawiający zobligowany był do wezwania wykonawcy E. do wyjaśnienia, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować utrzymanie i wsparcie geoportalu do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata za cenę 0,01 zł oraz usługę hostingu do 48 miesięcy nie mniej niż 3 lata za cenę 0,01 zł. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.