

WYROK

z dnia 25 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2019 r. przez wykonawcę **Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Pomorskie, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk**, przy udziale wykonawcy **COIG S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i:
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni** na rzecz zamawiającego - **Województwo Pomorskie, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Pomorskie ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa i wdrożenie systemu finansowo - księgowego oraz kadrowo-płacowego w Urzędzie Marszałkowskim oraz jednostkach budżetowych”, dalej zwane Postępowaniem. Nr ref nadany przez Zamawiającego: DAZ-ZP.272.23.2019. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.05.2019 r. nr 2019/S 099-239281.

Odwołujący: Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego w Postępowaniu oraz zaniechania czynności do których był on zobowiązany na podstawie ustawy polegających na:

- 1) wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy COIG S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice, dalej zwanego COIG, pomimo, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;
- 2) nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez COIG w trybie art. 90 pzp, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy COIG S.A, pomimo, że oferta COIG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej ceny dotyczącej utrzymania systemu lub zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy COIG S.A pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019r. poz. 1010 ze zm., dalej znku) - w przypadku potwierdzenia się okoliczności wskazanych w dalszej treści odwołania;
- 3) zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez COIG w trybie art. 90 pzp w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 pzp, przez nieprawidłową ocenę złożonych przez COIG wyjaśnień w trybie art. 90 pzp dotyczących rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty COIG, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej ceny dotyczącej utrzymania systemu;
- II. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty COIG pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu znku tj. stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego (jako innego przedsiębiorcy) i Zamawiającego (jako klienta) - w przypadku gdyby z złożonych przez COIG wyjaśnień w trybie art. 90 pzp dotyczących rażąco niskiej ceny lub informacji powziętych/stwierdzonych w toku postępowania odwoławczego wynikało, że COIG uwzględnił lub sztucznie przeniósł koszty związane z świadczeniem usług utrzymania w kosztach wdrożenia systemu co wypełnienia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji;

III. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znku przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez COIG w trybie art. 90 pzp w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pomimo faktu, iż COIG nie wykazał zasadności zastrzeżenia przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności polegających na:
 - a) unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) uznaniu za bezskuteczne (odtajnieniu) zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez COIG w trybie art. 90 pzp dotyczących rażąco niskiej ceny,
 - c) powtórzeniu czynności badania i oceny ofert,
 - d) odrzuceniu oferty COIG:
 - z uwagi na to, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej ceny dotyczącej utrzymania systemu,
 - lub z uwagi na to, że jej złożenie przez COIG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znku (w przypadku potwierdzenia się okoliczności wskazanych w zarzutach i dalszej treści odwołania),
 - e) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie systemu finansowo -księgowego oraz kadrowo-placowego w Urzędzie Marszałkowskim oraz jednostkach budżetowych.

2. System powinien się składać z następujących modułów (funkcjonalności):

- 1) Budżet, 2) Wieloletnia Prognoza Finansowa, 3) Baza Kontrahentów, 4) Rejestr Umów, 5) Księgowość, 6) VAT, 7) Obsługa Kasy, 8) Ewidencja rozrachunków, w tym należności, 9) Postępowanie egzekucyjne, 10) Wystawianie faktur, 11) Sprawozdawczość, 12) Analizy, 13) Kadry, 14) Płace.

W dniu 1 października 2019 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty spółki COIG jako najkorzystniejszej. W tym samym dniu Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu protokołu postępowania wraz m.in. z następującymi załącznikami: ofertą wykonawcy COIG oraz wezwaniami Zamawiającego do wszelkich wyjaśnień wraz z wyjaśnieniami Wykonawcy COIG. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 4 października 2019 r. przekazał skany wnioskowanych dokumentów, przy czym w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jakie złożył COIG w trybie art. 90 pzp nie przekazał ich treści ograniczając się do przesłania uzasadnienia COIG w zakresie zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W postępowaniu złożone zostały dwie oferty - przez COIG oraz Odwołującego. Ceny złożonych ofert z podaniem ich istotnych części składowych tj. ceny wdrożenia systemu i ceny utrzymania systemu przedstawiają się następująco:

Asseco Data Systems S.A. 5 999 940,00 złotych, w tym: Wdrożenie systemu: 3 293 940,00 zł Utrzymanie systemu: 2 706 000,00 zł

COIG S.A. Akcyjna Katowice 3 415 710,00 złotych, w tym: Wdrożenie systemu: 3 244 925,00 zł Utrzymanie systemu: 170 785,00 zł

Już samo wstępne porównanie cen, w tym ich istotnych części składowych wskazuje, że cena COIG w zakresie utrzymania systemu jest ponad piętnastokrotnie niższa od tej istotnej części składowej ceny dotyczącej utrzymania systemu wskazanej w ofercie Odwołującego. Co istotne COIG w swojej ofercie oświadczył, iż przedmiotowe usługi utrzymania będą świadczone przez tą spółkę przez okres 6 Lat (Odwołujący oświadczył, iż przedmiotowe usługi będzie świadczył przez okres 5 lat).

Tak niska cena wywołała wątpliwości Zamawiającego, który na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, wezwał COIG do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że za utrzymanie systemu, które będzie realizowane zgodnie z ofertą COIG przez okres 6 lat - COIG zaoferował cenę 170 785,00 złotych. Oznacza to, iż roczna cena za utrzymania przez COIG systemu wynosi 28 464,17 złotych. Cena ta budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania tego istotnego zakresu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że wyjaśnienia muszą być poparte stosownymi dowodami, z których będzie w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwościom wynikało, iż przedstawiona w ofercie cena szczególnie w odniesieniu do istotnej części składowej „utrzymanie systemu”, nie jest w sposób zamierzony zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia, w szczególności w zakresie opisanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 pzp.

Wyjaśnienia były w ocenie Zamawiającego niezbędne do ustalenia, czy oferta złożona przez COIG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej, jakim jest utrzymanie systemu.

Wezwanie COIG do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, było w ocenie Odwołującego zasadne, szczególnie biorąc pod uwagę koszt Utrzymania Systemu (Helpdesk, aktualizacje, poprawki, naprawa błędów, dostosowanie do przepisów prawnych) przyjęty przy szacowaniu przez Zamawiającego ceny do niniejszego Postępowania na maksymalny okres 84 miesiące (7 lat) wynoszący 1 400 000 złotych brutto. Za rok świadczenia usług utrzymania wychodzi więc kwota 200 000 złotych brutto. Zamawiający słusznie nabrał wątpliwości, co do możliwości wykonania przez COIG tego istotnego zakresu za kwotę 28 464,17 zł, czyli wynagrodzenia siedmiokrotnie niższego niż szacowane.

Zamawiający obecnie ponosi łączny koszt wynoszący ponad 150 000 zł rocznie za usługi utrzymania systemów z obszarów finansowo księgowego oraz kadrowo płacowego świadczonych przez jego obecnych dostawców systemów.

Dowód: 1) załącznik do protokołu - Wniosek o wszczęcie procedury wraz z załącznikami (w tym wycena wartości przedmiotu zamówienia) - w dokumentacji Postępowania.

W dniu 19 sierpnia 2019 r. COIG udzielił wyjaśnień, przy czym z uwagi na fakt, iż przedmiotowe wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującemu nie udostępniono 4 października 2019 r. ich treści. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień - gdyż nie jest możliwe wykonanie usługi utrzymania systemu przez okres wskazany za tak niską cenę. Zamawiający zaniechał czynności, do których był on zobowiązany na podstawie ustawy tj. odrzucenia oferty COIG ze względu na fakt, że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej ceny dotyczącej utrzymania systemu, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 pzp (wobec dokonania wyboru oferty, która podlega odrzuceniu).

W ocenie Odwołującego nie jest możliwe świadczenie przedmiotowych usług utrzymania w zakresie wskazanym w SIWZ za kwotę rocznie 28 464,17 zł, co daje 2 372,01 złotych m-c.

Odwołujący wskazuje, że świadczenie usług utrzymania ma dotyczyć systemu finansowo - księgowego oraz kadrowo - płacowego w Urzędzie Marszałkowskim (w 6 lokalizacjach) oraz 19 jednostkach budżetowych, złożonego z czternastu modułów (bardzo rozbudowanych funkcjonalnie).

Zgodnie z SIWZ (wzorem umowy Zał 9 do SIWZ) celem usług utrzymania jest zapewnienie poprawnego i nieprzerwanego działania Systemu oraz zapewnienie świadczenia innych usług wspomagających korzystanie z Systemu przez Zamawiającego. Zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru umowy Usługi Utrzymania obejmują (podkreślenia Odwołującego):

- 1) zapewnienie poprawnego i nieprzerwanego działania Systemu, w tym usuwanie Błędów, zgodnie z SLA.
- 2) świadczenie innych usług opisanych Umową,
- 3) zapewnienie wszelkich aktualizacji, wraz ze zmianą wersji głównych Oprogramowania udostępnianych przez producentów takiego oprogramowania.
- 4) świadczenie usług Help Desk,
- 5) prowadzenie prac mających na celu podniesienie jakości i funkcjonalności Systemu:
 - a) wprowadzanie do istniejących modułów Systemu nowych funkcji oraz usprawnień już istniejących funkcji stanowiących wynik rozwoju Systemu przez Wykonawcę,
 - b) współpraca z Zamawiającym w zakresie prac prowadzonych nad rozwojem Systemu w zakresie:
 - planowania rozwoju Systemu,
 - rozwiązywania problemów merytorycznych wprowadzanych w nowych wydaniach i nowych wersjach Systemu,
 - prezentowania technicznych aspektów rozwiązań wprowadzanych w nowych wersjach Systemu,
 - uwzględniania w planach rozwoju Systemu uwag Zamawiającego w zakresie wprowadzania nowych funkcji i modyfikacji istniejących przy planowaniu nowych rozwiązań,
- 6) dostosowywanie Systemu do potrzeb Zamawiającego (m.in. zmiany formy prawnej, zmian organizacyjnych, strukturalnych, lokalizacyjnych).

W ramach Usług Utrzymania Wykonawca ma zapewnić również usługi wsparcia przy instalacji aktualizacji.

Warto nadmienić, iż usługa usuwania Błędów ma być realizowana zgodnie z SLA określonym w umowie oraz wskazanym przez danego wykonawcę w ofercie (czas naprawy był jednym z kryteriów oceny ofert). Zgodnie z oświadczeniem COIG z oferty spółka ta zobowiązała się usuwać Błędy krytyczne w terminie 24 godzin, Błędy poważne w terminie 2 dni roboczych, Błędy niskiej kategorii w terminie 10 dni roboczych.

Zobowiązanie do zapewnienia zgodności Systemu z przepisami prawa obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej obejmuje dokonywanie zmian, modyfikacje istniejących modułów Systemu, a także rozbudowę Systemu o nowe moduły i funkcjonalności.

Istotny z punktu widzenia kosztów świadczenia jest wymóg wskazany w § 11 ust. 4 umowy, który stanowi, iż: „Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia Usług Utrzymania w miejscu aktualnej lokalizacji Systemu. Co prawda w § 11 ust. 5 dodano, że „Wykonawca może wykonywać Usługi Utrzymania przez zdalny dostęp do Systemu na warunkach określonych w niniejszej Umowie.”, ale warunkiem takiego działania jest zgoda Zamawiającego (zgodnie z § 4 ust. 4 zd. 1 umowy „Prowadzenie prac na środowiskach

Zamawiającego w oparciu o zdalny dostęp wymaga zgody Zamawiającego."). Powyższe oznacza, że wykonawca nie może więc założyć, że dostęp zdalny zawsze będzie dopuszczalny i powinien uwzględnić ewentualne koszty oddelegowania pracownika lub pracowników na miejsce aktualnej lokalizacji Systemu - Zamawiający bowiem z uwagi na rodzaj/charakter Błędu może przecież nie wyrazić zgody na zdalny dostęp. Mogą się również zdarzyć sytuacje, w których zdalne połączenie nie będzie możliwe.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego nie jest możliwe aby koszt świadczenia usług utrzymania w zakresie wskazanym w SIWZ mógł wynosić przez okres 6 lat 170 785,00 złotych brutto, czyli miesięcznie: 2372,01 złotych brutto.

Kwota 2372,01 złotych brutto miesięcznie nie pozwala nawet na zatrudnienie w pełnym wymiarze jednej osoby, która wykonywałby ww. usługi utrzymania w stosunku do systemu wdrożonego u Zamawiającego i jego jednostkach budżetowych za kwotę minimalnego wynagrodzenia (2250 zł brutto w 2019 r.), gdyż całkowity koszt zatrudnienia takiej osoby po stronie pracodawcy wynosi 2710,81 złotych czyli już przekracza ww. kwotę 2372,01 złotych. Nie mówiąc już o kosztach diety, delegacji itp. Oczywiście spółka COIG mogła podać w swoich wyjaśnieniach, iż świadczenie usług utrzymania w zakresie określonym w SIWZ jest możliwe przez jednego pracownika lub zleceniobiorcę w niepełnym wymiarze czasu pracy ale oznaczałoby to, że taka osoba musiałaby jednak pełnić jednocześnie kilka ról, w tym Koordynatora Utrzymania (wymóg wyznaczenia dwóch Koordynatorów Utrzymania mamy w § 7 ust. 5 pkt 2 umowy), konsultanta (obsługa Help-Desk), testera oraz programisty (usuwanie Błędów, wykonywanie modyfikacji, aktualizacji) i mimo niepełnego wymiaru zatrudnienia przyjmowałaby zgłoszenia w Godzinach Roboczych (godziny od 8:00 do 16:00). Takie założenie jest - biorąc pod uwagę zasady logicznego rozumowania - nieracjonalne nie tylko z fizycznej niemożności wykonania tylu jednoczesnych zadań ale również z uwagi na fakt, że wynagrodzenie w sektorze IT przekracza znacząco nie tyle ustawowe wynagrodzenie minimalne ale przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw, które w 2018 r. wynosiło 4852 złotych. Świadczenie usług utrzymania określonych w SIWZ wymaga w ocenie Odwołującego całego zespołu ludzi, których łączny wymiar czasu pracy przekracza wielokrotnie wymiar jednego etatu miesięcznie. Nie jest też możliwe pozyskanie pracownika/zleceniobiorcy z odpowiednim doświadczeniem za wynagrodzeniem wynoszącym ustawowe minima, a jak wskazała KIO w wyroku KIO 1563/18: „W przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny dotyczącej wyliczenia kosztów pracy ocenie podlega nie tylko spełnianie wymagań w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych, w tym kosztów urlopów wypoczynkowych, ale także realność pozyskania pracowników za wskazaną stawkę wynagrodzenia”.

Zarówno COIG jak i Odwołujący był zobowiązany uwzględnić wszystkie koszty, które będą konieczne do świadczenia usług utrzymania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uwzględnić i ująć je w podanej cenie, w tym też powinien również skalkulować ryzyko kontraktowe w przyjętej rezerwie ceny. W ocenie Odwołującego mając na uwadze ryzyka kontraktowe występujące w przypadku tego zamówienia takie jak np. przyjęcie zasady, że zgodnie z § 11 ust. 8 wzoru umowy „Wykonawca odpowiada na zasadzie ryzyka za działanie Systemu zgodnie z parametrami zdefiniowanymi w SLA, w szczególności zobowiązany jest do usuwania Błędów w Czasie Naprawy.”, czy też zastrzeżone w umowie kary umowne za opóźnienie w naprawie Błędów, przyjęcie wynagrodzenia na poziomie 2372,01 złotych brutto miesięcznie tego ryzyka nie uwzględnia (wystarczy kilka dni opóźnienia w usunięciu Błędu krytycznego aby przekroczona została ww. kwota).

Fakt, iż cena usług utrzymania wskazana przez COIG w swojej ofercie w niniejszym postępowaniu jest rażąco niska, czy też wręcz nierynkowa znajduje potwierdzenie również w tym, że spółka ta świadcząc analogiczne usługi dla swoich innych, obecnych Klientów w stosunku do tego samego systemu jaki zaoferowała w niniejszym postępowaniu tj. KSAT 2000i wycenia je już na zgoła odmiennym poziomie. Dla przykładu, zgodnie z umową z dnia 27.06.2018 r. zawartą pomiędzy COIG S.A. a Województwem Dolnośląskim - Urzędem Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego (udostępnioną Odwołującemu w ramach informacji publicznej), której przedmiotem jest świadczenie usług analogicznych do usług utrzymania a dokładnie usług serwisowych i bieżącej konserwacji w stosunku do systemu KSAT 20001 (który tak samo jak w przypadku niniejszego postępowania złożony jest z 14 modułów finansowo-księgowych i kadrowo płacowych), koszt utrzymania tego systemu wynosi miesięcznie już nie 2372,01 złotych brutto a 22 140,00 zł brutto - czyli niemal dziesięciokrotnie więcej.

Co istotne zakres usług jakie mają być wykonywane w ramach usług utrzymania zgodnie ze wzorem umowy w niniejszym postępowaniu oraz usług serwisowych i bieżącej konserwacji z umowy z Województwem Dolnośląskim - Urzędem Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego w zakresie głównych świadczeń pokrywa się, co obrazuje załączona tabela.

1. Usługa usuwania błędów.
2. Usługa aktualizacji systemu (zmiany prawne).
3. Usługa wsparcia dla użytkowników systemu „świadczenie usług Help Desk” „udzielania Użytkownikom Systemu telefonicznej pomocy konsultacyjnej i doradczej („hot-line”) związanej z funkcjonowaniem Systemu (...)"

Nawet w przypadku umów na utrzymanie/serwis systemu KSAT 2000i o znacznie węższym zakresie modułów np. ograniczającym się wyłącznie do modułów kadrowo - płacowych tak

jak to ma to miejsce w przypadku umowy z Województwem Lubelskim z 15 marca 2019 r. (dotyczy serwisu 4 modułów systemu KSAT 2000i) wysokość miesięcznego wynagrodzenia COIG S.A. wynosi 6396 złotych brutto.

Dowód:

1) Skan umowy z 27.06.2018 r. pomiędzy COIG S.A. a Województwem Dolnośląskim - Urzędem Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego o świadczenie usług serwisowych i bieżącej konserwacji (Załącznik 5 do odwołania);

2) Skan umowy z 15 marca 2019 r. pomiędzy COIG S.A. a Województwem Lubelskim o świadczenie usług serwisowych i bieżącej konserwacji (Załącznik 6 do odwołania).

Co także istotne, obie z wymienionych umów COIG z innymi klientami nie obejmują konserwacji oprogramowania operacyjnego i bazodanowego oraz wadliwego funkcjonowania systemu w wyniku nieprawidłowej pracy tego oprogramowania. Natomiast w przypadku niniejszego postępowania sytuacja jest zgoła odmienna, gdyż Zamawiający wprost we wzorze umowy (Załącznik 9 do SIWZ) wskazał, że (podkreślenia Odwołującego):

- w § 11 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy (Załącznik 9 do SIWZ): „Usługi Utrzymania obejmują: (.zapewnienie wszelkich aktualizacji, wraz ze zmianą wersji głównych Oprogramowania udostępnianych przez producentów takiego oprogramowania,“

Zgodnie z definicją z umowy „Oprogramowanie“ to: „całość lub dowolny element oprogramowania dostarczanego lub wykonywanego w ramach realizacji Umowy. W skład Oprogramowania wchodzi:

1) Standardowe Oprogramowanie Systemowe - oprogramowanie tworzące środowisko, w którym uruchamiane jest Oprogramowanie, w tym oprogramowanie systemowe lub bazodanowe. Standardowe Oprogramowanie Systemowe jest wymienione w Protokole Odbioru Etapu IV, o którym mowa w SOPZ.

2) Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne - oprogramowanie będące podstawą do stworzenia Systemu, istniejące i dystrybuowane przed zawarciem Umowy. Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne jest wymienione w Protokole Odbioru Etapu IV, o którym mowa w SOPZ.

3) Oprogramowanie Dedykowane - oprogramowanie tworzone na potrzeby Umowy, w tym rozbudowa lub modyfikacja Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego. Jeżeli dane Oprogramowanie nie zostało przypisane do Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego uważa się je za Oprogramowanie Dedykowane. Oprogramowanie Dedykowane jest wymienione w Protokole Odbioru Etapu IV, o którym mowa w SOPZ,

4) Oprogramowanie Open Source - oprogramowanie dystrybuowane na warunkach tzw. licencji otwartych.“

- w § 11 ust. 10 pkt 12 wzoru umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ):

„W przypadku stwierdzenia, że przyczyna Błędu leży w Standardowym Oprogramowaniu Systemowym, Wykonawca w Czasie Naprawy jest zobowiązany do wykonania Obejścia, a do usunięcia Błędu jest zobowiązany niezwłocznie po zapewnieniu odpowiedniej poprawki przez producenta Standardowego Oprogramowania Systemowego. W celu uniknięcia wątpliwości w takim przypadku wykonanie Obejścia w Czasie Naprawy stanowi należyte wykonanie Umowy i nie jest podstawą do naliczenia kar umownych z tytułu niedochowania Czasu Naprawy, co nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku usunięcia Błędu DO udostępnieniu odpowiedniej poprawki przez producenta oprogramowania.”

- w § 11 ust. 12 wzoru umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ):

„W przypadku jeżeli producent Standardowego Oprogramowania Systemowego udostępni jakiegokolwiek aktualizacje, nowe wersje, patche, zmiany itp. (dalej łącznie zwane aktualizacjami), Wykonawca w ramach Usług Utrzymania zapewni Zamawiającemu takie aktualizacje niezwłocznie po ich udostępnieniu. ”

Wykonawca, w tym COIG musi więc przy obliczaniu ceny wliczyć koszt polis serwisowych/asysty technicznej producentów Oprogramowania, w tym Standardowego Oprogramowania Systemowego.

Z treści oferty COIG wynika, że w ramach niniejszego postępowania spółka ta oferuje system KSAT 2000i (strona druga formularza ofertowego COIG) a zgodnie z informacjami dostępnymi publicznie na stronie spółki COIG opisującej ten system wprost wskazano (link:

<https://www.coig.pl/ksat2000i> dostęp z dnia 10.10.2019 r.): „Oprogramowanie

wykorzystuje technologie Oracle Database 11g R2, Oracle Weblogic 11g R1, Oracle Linux 6, Oracle VM 3.0 i jest gotowy do uruchomienia w środowisku Oracle Exadata Database Machine and Oracle Exalogic Elastic Cloud.”. Tym samym w przypadku zaoferowania przedmiotowego systemu KSAT 2000i konieczne jest uwzględnienie kosztów wykupienia asysty technicznej producenta ww. oprogramowania bazodanowego i systemowego tj. firmy Oracle. Brak wykupienia asysty uniemożliwiłby wykonawcy wykonanie ciężących na nim zobowiązań określonych w SIWZ (wzorce umowy).

Mając na uwadze powyższe i okres świadczenia usług utrzymania (6 lat) w ocenie Odwołującego nie jest możliwe wykonanie usług utrzymania za tak niską cenę, jaką zaoferował COIG chociażby z uwagi właśnie na konieczność uwzględnienia kosztu wykupienia asysty technicznej do oprogramowania bazodanowego, czy serwera aplikacyjnego na cały okres obowiązywania usług utrzymania. Wystarczy w tym zakresie sprawdzić koszt tej asysty dostępny na stronie producenta Oracle: <https://www.oracle.com/pl/corporate/pricing/> dla każdego dostarczanego przez wykonawcę rodzaju oprogramowania.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności w sposób wystarczający uprawdopodobniają, że cena lub koszt istotnej części składowej ceny w zakresie utrzymania systemu wskazana w ofercie COIG jest rażąco niska. Rażąco niska cena oznacza bowiem ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 4.06.2008 r., X Ga 127/08, „przepisy pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia «rażąco niska cena» (...). W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczynając procedurę wyjaśnienia (...). Zatem charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”. Jak wskazała KIO w wyroku KIO 416/17: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje. ”

Należy podkreślić, że to na Zamawiającym z mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp ciąży obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wskazanym w pkt 1 do 5 przepisu.

Z kolei przepis art. 90 ust. 2 ustawy pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wprowadzona regulacja odpowiada

m.in. dotychczasowej linii orzeczniczej Izby w tej materii (np. wyrok KIO 785/14; wyrok KIO 669/14), zgodnie z którą to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską. Jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2 pzp, zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy pzp).

Podsumowując w ocenie Odwołującego bez wątpienia należy wskazać, że cena usług utrzymania (czyli istotnej części składowej ceny, specjalnie wyszczególnionej przez Zamawiającego) spełnia ww. przesłanki, tj. jest ona nierealna, odbiegająca od wartości rynkowej, a wykonywanie zamówienia za tak rażąco niskie wynagrodzenie skutkować będzie dla tych podmiotów powstaniem strat finansowych, o ile nie zakończy się przerwaniem realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że świadczenie usług utrzymania ma być w stosunku do systemu finansowo-księgowego oraz kadrowo-płacowego, czyli wspierającego kluczowe obszary w zakresie działalności Zamawiającego. Z niniejszego Postępowania powinna zostać zatem wyeliminowana oferta COIG zawierająca rażąco niską cenę, gdyż leży to w interesie samego Zamawiającego.

Odwołujący wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 - pomimo, iż nie ujawniono mu treści wyjaśnień złożonych przez COIG w trybie art. 90 pzp - czyni to na wypadek potwierdzenia lub ustalenia przez Izbę, że wykonawca COIG uwzględnił koszty związane z świadczeniem usług utrzymania w cenie/kosztach wdrożenia systemu doprowadzając do sytuacji, w której to Zamawiający - nawet przy założeniu nieskorzystania w całości z usług utrzymania (zgodnie z SIWZ Zamawiający może wypowiedzieć niniejszą Umowę w odniesieniu do Usług Utrzymania z ważnych powodów) zobowiązany będzie pokryć koszty wykonawcy COIG, które zostały przeniesione do części wynagrodzenia z etapu wdrożenia systemu. Działanie to nazywane stosowaniem tzw. „inżynierii cenowej” jest przejawem niekorzystnej dla Zamawiającego manipulacji kosztami, która może doprowadzić Zamawiającego do zapłaty za nieponiesione przez CO IG koszty. W przypadku potwierdzenia, że COIG dokonując zniżenia wynagrodzenia ceny/kosztów usług utrzymania i przenosząc ich część do części wynagrodzenia z części dot. wdrożenia systemu dojdzie do sytuacji, w której Zamawiający został narażony na ryzyko zapłacenia wyższego wynagrodzenia za wdrożenie systemu. Powyższe działanie prowadzi również do naruszenia interesu Odwołującego, który dokonał rzetelnej wobec Zamawiającego wyceny przedmiotu zamówienia w zakresie wszystkich jego istotnych części. Sztuczne przerzucanie kosztów powoduje, że wysokość jednej z istotnych części składowych ceny jest nierealna i nie uwzględnia wszystkich elementów, które powinny

być zawarte w wycenie a druga sztucznie jest zawyżana co prowadzi do tego, że wzajemnie świadczenia wykonawcy i Zmawiającego przestają być już ekwiwalentne. Działania takie wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i ograniczają rynkowe reguły uczciwego konkurowania, stanowią wprost działania sprzeczne z dobrymi obyczajami naruszając zarówno interes Odwołującego (jako innego przedsiębiorcy) jak i Zamawiającego (jako klienta). Dlatego w przypadku gdy działania te znajdują potwierdzenie w treści wyjaśnień złożonych przez COIG w trybie art. 90 pzp lub wyjdą na jaw w toku postępowania odwoławczego winny skutkować odrzuceniem oferty COIG. Zaniechanie zaś odrzucenia oferty przez Zamawiającego w takiej sytuacji stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 pzp (wobec dokonania wyboru oferty, która podlega odrzuceniu).

Odwołujący po zapoznaniu się z uzasadnieniem treści zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień COIG dotyczących rażąco niskiej ceny wskazuje, że nie wykazują one ziszczenia się wszystkich trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem wyjaśnienia nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Znaczna część tych wyjaśnień obejmowała przytoczenie przepisów i poglądów doktryny na temat natury pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast nieliczne fragmenty, które można uznać za merytoryczne pozostają nad wyraz ogólne, lakoniczne i niejasne.

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. W ocenie Odwołującego COIG w sposób bardzo ogólny i niewystarczający opisał właśnie wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. COIG wskazał jedynie bardzo ogólnie, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają informację ukazującą sposób kształtowania stosowanej przez niego bliżej niezdefiniowanej „polityki cenowej” oraz „koncepcję realizacji zamówienia poprzez określenie ilości sztuk dostarczanych elementów i rozłożenie ceny na poszczególne elementy”. Nie wykazał przy tym wyjątkowego, czy też unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłaby go narazić na szkodę. W ocenie Odwołującego ocena tego, czy faktycznie mamy do czynienia z informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa winna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy.

Ogólne wskazywanie na okoliczność, iż ujawnienie informacji zawartych w treści wyjaśnień spowoduje, że podmioty konkurencyjne miałyby możliwość zapoznania się z przedmiotowym dokumentem i uzyskałyby informacje o tym, w jaki sposób kształtowane są ceny przez COIG, a tym samym zdobędą przewagę nad COIG bo poznają oferowane ceny jednostkowe,

marże, stosowane narzuty, możliwe do zastosowania przez COIG upusty, wyciągną wnioski o kosztach, które ponosi COIG oraz o zakładanym poziomie zysku z wykonywanych zamówień - w ocenie Odwołującego jest zbyt ogólne i lakoniczne. Wskazanie, zaś, że: „Po analizie tych informacji konkurent COIG w innym postępowaniu będzie w stanie zaoferować warunki cenowe minimalnie korzystniejsze i tym samym może pozbawić COIG szans na uzyskanie zamówienia, co niewątpliwie narazi COIG na szkodę.” nie poparto żadnymi dowodami. Ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za usługi w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamiane z ujawnieniem polityki cenowej wykonawcy, szczególnie, że, po pierwsze treść umów zawieranych przez COIG z podmiotami z sektora publicznego jest jawna i każda osoba jest w stanie poznać ceny stosowane przez tego wykonawcę, często w rozbiciu per dany moduł, po drugie, skoro jak wskazał COIG „kalkulacja została opracowana przez COIG wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania” oraz została „jednostkowo stworzona” to jak ma stać się podstawą do uzyskania przewagi dla konkurencji w innych postępowaniach. Powyższe twierdzenie Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, która w uzasadnieniu wyroku KIO 1602/17 i KIO 1614/17 wskazała, że „ wycena przez wykonawców ofert jest tak dalece zindywidualizowana w każdym postępowaniu, że dana, konkretna, wcześniejsza wycena, nie ma walorów o charakterze globalnym i generalnie nie rzutuje na sytuację w kolejnym postępowaniu, nie ma więc samodzielnej wartości gospodarczej”. COIG konstruując uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy treści swoich wyjaśnień nie wyjaśnił również dlaczego absolutnie cała treść tych wyjaśnień spełnia warunki zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów w trakcie postępowania stało się sposobem na pozbawianie konkurentów, w tym przypadku Odwołującego możliwości podważenia informacji /danych zawartych w złożonych przez COIG wyjaśnieniach i dokładniejszego uprawdopodobnienia dlaczego przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej ceny dotyczącej utrzymania systemu.

W ocenie Odwołującego, takie postępowanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 8 ust. 1- 3 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znku. Odwoływający podkreśla, że ogólną regułą obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Zastrzeżenie danych informacji przed uczestnikami postępowania może zachodzić wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, w których spełnione zostają kumulatywnie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 znku. Należy przy tym zaznaczyć, że zgodnie z dyspozycją przytoczonego przepisu, zastrzeżeniu podlegają nie same dokumenty, a informacje w nich zawarte. Wykonawcy powinni dokonać zatem utajnienia wyłącznie w

zakresie elementów, które będą stanowiły dla nich wartość gospodarczą, a elementy te powinny zawierać jednocześnie informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający bezzasadnie i sprzecznie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego odmówił przekazania odwołującemu dokumentu w postaci wyjaśnień COIG dotyczących rażąco niskiej ceny na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2019 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie, a z ostrożności o oddalenie odwołania.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania zamawiający wskazał, że odwołanie zostało wniesione z naruszeniem terminu. Odwołanie sprowadza się w zasadzie do zakwestionowania czynności zamawiającego, polegających na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez COIG S.A. w trybie art. 90 pzp oraz zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty.

Wezwanie było skierowane do tego wykonawcy dnia 12 sierpnia 2019 r., zaś odpowiedź wykonawcy na te wezwanie wpłynęła dnia 19 sierpnia 2019 r. Odwołujący nie był poinformowany o tych czynnościach, co oznacza, że termin do wniesienia przez niego odwołania w stosunku do tych czynności uregulowany jest w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 tego artykułu wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jest oczywiste, że kwestię rażąco niskiej ceny zamawiający musi zbadać niezwłocznie po otwarciu ofert, gdyż pierwszą czynnością zamawiającego jest zbadanie, które oferty podlegają odrzuceniu. Powołując się na stanowisko UZP (<https://www.uzp.gov.pl/bazawiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawozamowien-publicznych/procedura-uregulowana-w-art.-24aa-ustawy-pzp,-tzw.-procedura-odwrocona>): "Zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. (...) W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów

oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp".

W niniejszym postępowaniu zastosowano procedurę odwróconą, ale ma to wpływ jedynie na dalsze kroki (dokonanie oceny podmiotowej w oparciu o JEDZ dopiero po ocenie ofert). Niezmiennie pozostaje, że w obu procedurach (odwróconej i zwykłej) zamawiający najpierw dokonuje badania przesłanek odrzucenia ofert. Jednocześnie zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty. Skoro więc w pierwszym miesiącu po otwarciu ofert odwołujący nie otrzymał informacji, iż oferta wykonawcy COIG S.A. została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny, mógł, przy zachowaniu należytej staranności, uzyskać informację, że zamawiający nie zamierza dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Tymczasem od otwarcia ofert dnia 12 sierpnia 2019 r. do dnia 1 października 2019 r. wykonawca nie zapoznawał się z dokumentacją postępowania, nie prosił o informacje o wynikach zbadania przez zamawiającego kwestii rażąco niskiej ceny najtańszej oferty.

Zwlekanie ponad półtora miesiąca z zaskarżeniem czynności i zaniechania zamawiającego w sytuacji, gdy termin do złożenia odwołania wynosi 10 dni, należy uznać za niedochowanie należytej staranności przez odwołującego, skutkujące koniecznością odrzucenia jego odwołania.

Takie stanowisko legło u podstaw odrzucenia oferty na mocy postanowienia KIO 1627/17. W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym, czynność wezwania dwukrotnie Przystępującego w zakresie wyjaśnień odnośnie ceny rażąco niskiej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. W takim przypadku odwołanie - zgodnie ze wskazanym przepisem - wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Podkreślenia także wymaga, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. wydanej w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12 (dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl). Sąd Najwyższy rozstrzygając o kwestii wzajemnych zależności pomiędzy art. 182 ust. 3 i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp wyraził pogląd, że: „(...) gdy zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 pzp. Późniejsze przesłanie informacji

zasadniczo nie będzie prowadziło do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 pzp (...)

Konieczne jest zauważenie, że w przedmiotowym stanie faktycznym dysproporcja cenowa między ofertą wybraną a pozostałymi była nadzwyczaj widoczna. (...)

Jednocześnie owa widoczna dysproporcja - wynika także z samego stanowiska Odwołującego w odwołaniu, który kilka razy podkreśla istniejącą dysproporcję. Przywołuje to na str. 4 i 5 odwołania (pkt 4 i 14 istniejące różnice cenowe i ich skale - przywołane przy treści odwołania). W konsekwencji Odwołujący wiedzę w tym zakresie posiadał z datą otwarcia ofert i upublicznienia informacji w tym zakresie.

W niniejszej sprawie sytuacja przedstawiała się identycznie, gdyż cena COIG S.A. wynosiła 3.415.710 zł, zaś cena odwołującego 5.999.940 zł.

Dalej w wyroku stwierdzono: Izba podkreśla, że istniejące dysproporcje cenowe były nadzwyczaj widoczne, winny więc, jak wynika z odwołania były przedmiotem troski ze strony Odwołującego - tzn. zachowania należytej staranności. Jednakże mimo informacji, że taki stan rzeczy ma miejsce już na początku maja 2017 r. - nie podjął Odwołujący żadnych kroków celem weryfikacji działań Zamawiającego w zakresie między datą otwarcia ofert (4 maja 2017 r.) a 1 sierpnia 2017 r. (jak oświadczył w swoim wniosku Zamawiający, a co Izba potwierdziła weryfikując dokumentację postępowania). Inaczej mówiąc nie sprostął temu, że przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, tym bardziej że miał wiedze o istniejących okolicznościach już w dniu otwarcia ofert.

Tak samo sytuacja przedstawiała się w niniejszym postępowaniu. Odwołujący się nie dostał wezwania wysyłanego na mocy art. 26 ust. 1 pzp, a więc już z tego faktu winien wiedzieć, że oferta przystępującego nie została odrzucona. Dodatkowo to przystępującego, nie odwołującego, wezwano na prezentację systemu.

Należy dalej zacytować uzasadnienie powyższego postanowienia, które odpowiada stanowi niniejszej sprawy:

Należy także zauważyć, że w odwołaniu wprost jest zaskarżane wezwanie, a dokładnie oba wezwania z maja 2017 r. oraz zaniechanie odrzucenia, a formalnie także wybór.

W kwestii zaniechanie odrzucenia - Zamawiający zasadnie wskazał na art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp i konieczność po stronie Zamawiającego niezwłocznego informowania wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferta została odrzucona, powodach odrzucenia. Jeżeli więc od daty otwarcia ofert Odwołujący wiedział o istniejących dysproporcjach, a nie otrzymał informacji o odrzuceniu (należy zauważyć, że po nowelizacji odrzucenie nie musi być jednoczesne z informacją o wynikach), to winien dochować należytej staranności i wnieść o wgląd, tym bardziej, że czynności Zamawiającego odnośnie tego postępowania

przeciągały się i ostatecznie wynik został przekazany po trzech miesiącach - 26 lipca 2017 r. Wniosek o taki wgląd był więc jak najbardziej uzasadniony z punktu widzenia interesów Odwołującego także z punktu widzenia braku jakiegokolwiek informacji co do odrzucenia, czy też wyniku przez prawie 3 miesiące. Z niewiadomych przyczyn mimo upływu wskazanego okresu Odwołujący, jako profesjonalista, nie wykazywał woli w tym zakresie. (...) Izba przypomina, że protokół jest jawny od dnia otwarcia ofert. Zgodnie zaś z informacją z wniosku Zamawiającego - kwestia oceny charakteru zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej oraz samych wyjaśnień znajdowała się w protokole Komisji przetargowej z 16 maja 2017 r. Izba potwierdziła i zweryfikowała tą okoliczność. Nadto, należy zgodzić się z tezami Zamawiającego z posiedzenia, że skoro z kolejnych protokołów Komisji przetargowej (26 maja 2017 r., 30 maja 2017 r. i 2 czerwca 2017 r.) wynika dopuszczenie oferty Przystępującego i jej dalsza weryfikacja w zakresie konieczności dostarczenia dokumentów podmiotowych (wezwanie z 5 czerwca 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp "chyba że (...) oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...)") oznacza to, że Zamawiający nie dostrzegł podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej."

Wskazując na powyższe postanowienie należy uznać, że i w niniejszej sprawie istnieją podstawy do odrzucenia odwołania. Z kolejnych czynności zamawiającego wynikało, że przyjął on wyjaśnienia przystępującego i nie dokona odrzucenia jego oferty. Odwołujący od dnia otwarcia ofert 12 sierpnia 2019 r. do dnia 1 października 2019 r. (przekazanie informacji o wyniku postępowania), nie kierował do odwołującego żadnego pisma, co dobitnie świadczyło o tym, że badaniu podlega oferta drugiego wykonawcy.

Tymczasem odwołujący się postępował całkowicie biernie. Nie składał wniosków o wgląd w dokumenty postępowania, nie interesował się jego przebiegiem. W konsekwencji zaskarżenie czynności zaniechania odrzucenia oferty przystępującego dopiero pismem z dnia 10 października 2019 r. należy uznać za spóźnione.

Takie stanowisko wynika również z orzecznictwa KIO 61/14 stwierdziła:

W orzecznictwie przyjęto, że jeśli przedmiotem odwołania są zarzuty, które dotyczą czynności, które mogłyby stanowić samodzielny podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie to w tej sytuacji mamy do czynienia ze zgłoszeniem zarzutów po terminie i z tych względów nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni contra legem przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1-3 i art. 189 ust. 3 ustawy pzp, bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa.

W wyroku KIO 2714/13) stwierdzono: „I. Każdy wykonawca, zachowując należyta staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia, może powziąć z dniem otwarcia ofert, bądź w najbliższym terminie wyznaczonym przez zamawiającego — na wniosek

zainteresowanego wykonawcy, jako termin udostępnienia ofert wykonawcom. Z tymi też terminami należy wiązać rozpoczęcie biegu terminu wskazanego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp na złożenie środka odwoławczego do Izby.

2. W przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 pzp liczy się również od daty — przy zachowaniu należytej staranności — możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę.”

Podobnie sytuacja się przedstawia w przypadku czynności badania rażąco niskiej ceny, która to czynność jako związana z koniecznością odrzucenia oferty, musi być podjęta zaraz po otwarciu ofert, a przed ich badaniem podmiotowym i oceną.

Podobnie w wyroku z 6 lutego 2013 r. (KIO 150/13). Fakt, że odwołujący zorientował się, że oferta wykonawcy COIG S.A. nie została odrzucona dopiero z informacji o wyniku postępowania, nie ma znaczenia, dla terminu zaskarżenia przez niego czynności określonych w odwołaniu. Odwołujący się winien to zrobić w terminie wskazanym w art. 182 ust. 3 pzp.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania zamawiający wskazał, co następuje do odwołania.

I . W pierwszej kolejności, przed wykazaniem, że wyjaśnienia wykonawcy COIG S.A. w należyty sposób wykazały, że cena jego oferty nie była rażąco niska, wskazał, że w ogóle nie był zobligowany badać tej kwestii w świetle art. 90 ust. 1 a pkt 1 pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Oferta Wykonawcy nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający, chcąc dochować należytej staranności, wezwał jednak Wykonawcę do wyjaśnień z uwagi na niski koszt usługi utrzymania systemu, podany w ofercie.

Zamawiający postąpił tym samym zgodnie ze stanowiskiem zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17 grudnia 2018 r. (KIO 2520/18): Mimo, że nie zaistnieją okoliczności obligatoryjne do wezwania wynikające z art. 90 ust. 1a pzp, to jeżeli ceny jednostkowe w zakwestionowanych pozycjach wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz, zamawiający może wystosować wezwanie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny także jeśli różnice są poniżej 30%, dotyczy to także istotnych części składowych ceny, czyli cen jednostkowych.

Powyższe oznacza, że wyjaśnienia wykonawcy sprowadzały się w zasadzie do wykazania, dlaczego jeden z elementów ceny został ustalony na niskim poziomie. Jednocześnie należy jednak mieć na uwadze, że cena całkowita oferty, oceniana w ramach kryterium ceny, nie budziła wątpliwości zamawiającego.

2.

W konsekwencji wyjaśnień złożonych przez przystępującego zamawiający uznał, że wyczerpująco uzasadniają one sposób wyliczenia ceny przez wykonawcę. Zamawiający wziął pod uwagę duże doświadczenie biznesowe przystępującego i znajomość specyfiki procesów związanych z wdrożeniem i utrzymaniem systemu. Argumenty przystępującego świadczą o planowanym wykorzystaniu posiadanego obecnie kapitału ludzkiego i możliwości technicznych przy realizacji usług utrzymania dla nowego projektu.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący wśród kosztów realizacji usługi utrzymania winien uwzględnić koszty oddelegowania pracownika na miejsce lokalizacji systemu, gdyż wykonawca nie może założyć, że zamawiający będzie wyrażał zgodę na zdalny dostęp przy wykonywaniu usług utrzymania systemu.

Tymczasem założenie, iż zamawiający nie będzie takiej zgody wyrażał, jest niczym nieuzasadnione już w świetle § 11 ust. 5, zgodnie z którym wykonawca może wykonywać Usługi Utrzymania przez zdalny dostęp do Systemu na warunkach określonych w niniejszej Umowie.

Dodatkowo wskazać należy, iż zgodnie z SIWZ jednym z kryteriów wyboru oferty, był Czas Naprawy Błędu, co sugeruje, że dla zamawiającego jednym z ważniejszych elementów przy ocenie pracy systemu jest możliwie najszybsze usuwanie nieprawidłowości ze względu na konieczność zachowania ciągłości działania jego pracy. Wynika z tego, iż w interesie zamawiającego jest stałe udostępnienie zdalnego dostępu do prowadzenia prac na środowiskach zamawiającego, zaś brak dostępu byłby rzadkim wyjątkiem.

W wyroku KIO z 2 listopada 2017 r. (KIO 2155/17) stwierdzono, że nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. To, że zamawiający (jeśli poweźmie wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza, że ceny jednostkowe są podstawą odrzucenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny.

Dokładnie taka sama sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu. O ile cena jednostkowa budziła wątpliwości zamawiającego, o tyle wątpliwości te zostały rozwiane przez wyjaśnienia złożone przez przystępującego, zaś wysokość ceny łącznej wskazywała, że nie była ona rażąco niska.

W uzasadnieniu cytowanego orzeczenia KIO stwierdziła: „Odwołujący nie kwestionował możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za łączną cenę wskazaną w ofercie wykonawcy Sp. z o.o. zatem nie można uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy wystąpiły przesłanki pozwalające na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.”

Również w niniejszej sprawie odwołanie nie zmierza do wykazania, że cała cena oferty jest rażąco niska. Odwołujący wykazuje jedynie, że cena za usługi utrzymania systemu, a więc element składowy oferty, ma zbyt niski poziom.

Dodatkowo w orzecznictwie KIO wskazano, że co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty, jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2018 r., KIO 488/18). W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, zwłaszcza w świetle wyjaśnień przystępującego odnośnie sposobu wyliczenia elementów składowych ceny, że przedmiot zamówienia będzie mógł być wykonany za zaoferowaną cenę. Dodatkowo cena ta uwzględnia nawet rezerwę na wypadek wzrostu kosztów usługi utrzymania systemu na przestrzeni lat.

Jak podkreśla W. Dzierżanowski, w komentarzu do art. 90 ust. 1 pzp: Skutkiem braku wiarygodnego wyjaśnienia ceny składowej będzie przesądzenie, iż wywarła ona wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski charakter. Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7 Wydanie, Warszawa 2018, s. 703).

Wskazując na powyższe uznać należy, że w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego.

3.

Wskazane przez odwołującego dwa przypadki cen usług utrzymania systemu zasadniczo różnią się od rozpatrywanego w niniejszym odwołaniu i dlatego nie mogą być użyte jako dowód zastosowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny,

Przede wszystkim są to umowy tylko na świadczenie usług utrzymania systemu, przedmiot zamówienia nie obejmuje zaś usługi wdrożenia oprogramowania, która najprawdopodobniej została wykonana w latach poprzednich. Powoduje to niemożność uwzględnienia pewnych kosztów w ramach ceny usługi wdrożeniowej, jak to zrobił przystępujący w niniejszym postępowaniu. Sprawia to, że ceny oferowane przez wykonawców w postępowaniach wskazanych w odwołaniu są nieporównywalne w stosunku do ceny zaoferowanej przez przystępującego.

Ponadto cena oferowana w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Lubelskie nie została złożona w postępowaniu prowadzonym w trybie pzp, zaś cena oferowana w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Dolnośląskie została złożona w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki.

4.

Zarzut zastosowania przez przystępującego „inżynierii cenowej” jest nieuzasadniony, gdyż żaden przepis prawa nie narzuca wykonawcy sposobu ustalania cen jednostkowych realizowanego przez niego zamówienia.

W wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1523/17) stwierdzono: różny poziom cen jednostkowych był dopuszczalny na gruncie ustalonych w siwz zasad wyceny i znajdował uzasadnienia w wyjaśnieniach Wykonawcy HS będącego producentem. Zgodnym z doświadczeniem życiowym było przyjęcie, iż zarówno koszty jakie poniesie producent na etapie uruchomienia produkcji są większe, co przekłada się na wyższą cenę w pierwszym okresie realizacji zamówienia podstawowego, jak i to, że wraz ze wzrostem wolumenu zamówienia możliwe jest uzyskanie niższej ceny, w szczególności bezpośrednio u producenta.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2679/10 stwierdzić trzeba, że kalkulowanie cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy, a zarazem jego obowiązkiem. Wykonawca nie musi w taki sposób ustalać cen jednostkowych. aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność wykonania określonego elementu robót. Istotne jest, aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia, pokrywała koszty realizacji robót budowlanych oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku. (tak samo: wyrok KIO 985/14, wyrok KIO 1024/16, KIO 1030/16).

Dodatkowo w orzecznictwie KIO wskazywano, iż zamawiający nie może określać procentowego udziału kosztów poszczególnych robót branżowych w cenie oferty, narzucając wykonawcy rozkład tych kosztów w ramach ceny ofertowej (KIO 2747/13). Wnioskować więc z tego należy, że wykonawca jest odpowiedzialny za ustalenie wysokości cen jednostkowych w ramach łącznej ceny ofertowej.

Wskazując na powyższe należy uznać, że przystępujący miał prawo skalkulować ceny w sposób opisany w wyjaśnieniach.

5.

Odnosząc się do zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający, wbrew stanowisku odwołującego, nie widzi podstaw do odtajnienia oferty wykonawcy.

Nieprawdziwy jest zarzut, że wyjaśnienia przystępującego są bardzo ogólne, wskazują jedynie na bliżej niezdefiniowaną „politykę cenową” oraz „koncepcję realizacji zamówienia poprzez określenie ilości sztuk dostarczanych elementów i rozłożenie ceny na poszczególne elementy”, przez co nie wykazał on przy tym wyjątkowego, czy też unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej.

Przystępujący wskazał, że wartość gospodarczą mają zawarte w wyjaśnieniach ceny jednostkowe, marże, stosowane narzuty, możliwe do zastosowania upusty, które mogą umożliwić innym wykonawcom wyciągnięcie wniosków o kosztach, które ponosi przystępujący oraz o zakładanym poziomie zysku z wykonywanych zamówień.

Przy ocenie, czy powyższe informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa należy powołać się na wyrok KIO 1618/18 w sprawie, w której wyjaśnienia ceny zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez spółkę z grupy Asseco. Spółka ta również uzasadniając zastrzeżenie wskazała, iż wyjaśnienia zawierają informacje istotne z punktu widzenia handlowego i organizacyjnego Przystępującego, tj. koszt roboczogodziny, poziom marżowości, zakładany poziom ryzyk oraz elementy specyficzne dla Przystępującego wpływające na atrakcyjność zaoferowanej ceny, a również dane dotyczące pracochłonności oraz optymalizacji związanej z obsługą systemu. Zwróciła uwagę na istotność tych informacji, których pozyskanie przez konkurencję może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej.

W sprawie tej KIO uznała, że kluczowe informacje w zakresie kalkulacji ceny przedstawione w tych wyjaśnieniach zostały w ocenie Izby skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podobnie więc sytuację należy ocenić w niniejszym postępowaniu. Nie ma uzasadnienia, dlaczego w jednym postępowaniu informacje miałyby posiadać status tajemnicy przedsiębiorstwa, gdy tymczasem w niniejszym postępowaniu tego samego typu statusu tego należałoby im odmówić.

W innym wyroku KIO 908/13 stwierdzono: Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. (...) Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki

uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej (tak samo w wyroku KIO 228/11, KIO 2602/13, KIO 21 15/16).

Podsumowując powyższe zamawiający nie uznał ceny zaoferowanej przez przystępującego za rażąco niską.

W piśmie UZP z dnia 2 kwietnia 2015 r. nr UZP/DP/O/026/202/15/AG KW-3353/15 wskazano: Co do zasady, na podstawie złożonych wyjaśnień, przedłożonych dowodów i przeprowadzonych konsultacji z wykonawcą zamawiający będzie dokonywał oceny, czy niski poziom ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest uzasadniony i nie zagraża prawidłowej realizacji zamówienia.

Zamawiający uznał, że za zaoferowaną cenę przystępujący był w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie.

W wyroku KIO z dnia 23 marca 2017 r. (KIO 460/17) stwierdzono: W trybie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które prowadząc własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk, prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Fakt zatem zaoferowania wyższych cen przez konkurentów, nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej w najtańszej, spośród złożonych ofert. Postępowanie wyjaśniające prowadzone przez Zamawiającego ma na celu wyłącznie ustalenie, czy oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert oraz szacowanych przez Zamawiającego kosztów, nadal jest ceną realną umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i zyskiem. Wykonawca powinien zatem wykazać, jakie czynniki decydowały o kalkulacji kosztów, jak również to, iż znajdowały one uzasadnienie w obiektywnych okolicznościach, np. związanych z kosztami pracy specjalistów jako zasadniczego elementu prac projektowych.

Zamawiający w taki właśnie sposób dokonał analizy wyjaśnień przystępującego.

Wreszcie w wyroku z dnia 21 marca 2017 r. (KIO 392/17; KIO 394/17) KIO wskazała: Celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przedmiotowa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

Zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez przystępującego jest realna, wiarygodna i gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy.

Mając powyższe na uwadze, wniósł jak na wstępie.

Przystępujący: COIG S.A., przedstawił pismo procesowe ze stanowiskiem, iż wybierając jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy COIG S.A. Zamawiający nic naruszył żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp), a zarzuty podniesione przez Odwołującego są bezpodstawne.

I. Zarzut rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący postawił zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej ceny dotyczącej utrzymania systemu. Na takiej podstawie faktycznej Odwołujący żąda odrzucenia oferty COIG S.A. w oparciu o przepis 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie dostrzega jednak istotnej kwestii, a mianowicie, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż podstawą odrzucenia oferty może być rażąco niska cena lub koszt oferty, a nie rażąco niska cena części składowej (nawet istotnej). Przepis art. 90 ust. 1 ustawy PZP daje Zamawiającym możliwość wzywania wykonawców do składania wyjaśnień odnoszących się do części składowych ceny, niemniej jednak podstawa odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę pozostała bez zmian. W odwołaniu Asseco nie pojawia się natomiast zarzut ceny rażąco niskiej w stosunku do całej oferty COIG S.A. Argumentacja Odwołującego dotyczy tylko i wyłącznie utrzymania systemu. W odwołaniu nie ma żadnego uzasadnienia/argumentacji w jaki sposób cena utrzymania ma wpływać na rażąco niską cenę całej oferty. Odwołanie wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podlega rozpoznaniu w zakresie postawionych zarzutów (wiąże podstawa faktyczna), tymczasem w odwołaniu nie został postawiony zarzut, że COIG S.A. nie jest w stanie wykonać zamówienia za cenę z oferty wynoszącą 3 41 5 710,00 zł.

Z tego punktu widzenia, już z uwagi na brak zakwestionowania przez Asseco możliwości wykonania zamówienia za cenę oferty i brak przedstawienia w odwołaniu stosownej argumentacji, zarzut powinien zostać oddalony.

Odnosząc się do wskazywanej przez Asseco różnicy w kosztach utrzymania między ofertą COIG S.A. i Asseco, należy stwierdzić. Ze różnice są naturalne, zawsze występują. Różnica jest zdecydowanie mniejsza, jeżeli weźmie się pod uwagę ceny oferty jako całość. Porównanie samych kosztów utrzymania być może jest bardzo obrazowe, ale nieadekwatne, ponieważ:

- COIG S.A. nie wie jakich do wyceny przyjmowało Asseco;
- COIG S.A. nie wie jaki zysk z projektów zakłada Asseco.

Różnica w cenie utrzymania systemu wskazuje na zawyżenie ceny oferty przez Asseco — koszt 5-letniego utrzymania w ofercie Asseco w zasadzie odpowiada kosztom wdrożenia. COIG S.A. złożonych wyjaśnieniach przedstawił w jaki sposób wyliczona została cena.

Odwołujący Asseco w odwołaniu wskazuje na obecnie ponoszone przez Zamawiającego koszty utrzymania systemów. Brak jest jednak jakiegokolwiek związku tej informacji z zarzutami odwołania. Być może Odwołujący miał na celu spotęgowanie wrażenia poprzez zestawienie wartości 150 tysięcy i 28 tysięcy. Porównywane są jednak kwestie całkowicie nie nadające się do porównania, zatem dokonywanie takiego porównania jest bezprzedmiotowe. W zakresie podniesionej przez Asseco konieczności dostosowywania systemu do zmieniającego się prawa należy zauważyć, że COIG S.A. i tak zapewnia zgodność systemu z prawem. Wynika to z faktu, że system KSAT jest wdrożony i utrzymywany u wielu różnych klientów. Nie jest to zatem dla COIG S.A. koszt, który powstaje tylko w tym projekcie. COIG S.A. i tak dostosowuje system do zmian w prawie. Innymi słowy, nawet gdyby COIG S.A. nie pozyskał przedmiotowego zamówienia system KSAT i tak będzie dostosowywany do zmian w prawie.

Podniesiony przez Asseco argument, że konieczne jest świadczenie usługi utrzymania w miejscu aktualnej lokalizacji Systemu jest nietrafiony, ponieważ w pełni dopuszczalne było, aby założyć realizację usług w głównej mierze zdalnie. Doświadczenie COIG S.A. świadczy o tym, że usługi tego typu świadczy się zdalnie.

Cały wywód Asseco w przedmiocie kosztów pracowniczych jest całkowicie niezasadny. Koszty pracownicze wynikają ze złożonego przez COIG S.A. KTK (załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) i bynajmniej nie bazują na stawkach minimalnych.

Wskazane przez Asseco przykłady innych umów realizowanych przez COIG S.A. są całkowicie nieadekwatne. z uwagi na fakt:

- są to umowy tylko serwisowe, nie ma elementu Wdrożenia,
- w przypadku umowy kompleksowej (wdrożenie i utrzymanie) cenę ustala się inaczej (globalnie) - dla wykonawcy liczy się globalna wartość umowy i to jaki zysk osiągnie na całym projekcie, a nie na poszczególnych pozycjach.

Zgodnie z wiedzą COIG S.A. Asseco wystąpił do wielu klientów COIG S.A. z wnioskami o dostęp do informacji publicznej, a przedstawił tylko te, które pod kątem odwołania są mu na rękę. Nie przedstawił np. umowy z Województwem Opolskim, gdzie stawka ze utrzymanie wnosi ok. 3 tys. złotych.

Kwestia wyceny wsparcia dla standardowego oprogramowania systemowego - koszt tego wsparcia został uwzględniony w kosztach wdrożenia. Jest to koszt ponoszony na początku projektu — pakiety serwisowe kupuje się na ustalony z góry okres i opłaca się je z góry.

II. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.

Czyn nieuczciwej konkurencji w ocenie Asseco to przeniesienie części kosztów utrzymania systemu do kosztów wdrożenia. Asseco traktuje to jako stosowanie „inżynierii cenowej”, która jest przejawem niekorzystnej dla Zamawiającego manipulacji kosztami.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ustawa Znk):

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Działanie COIG S.A. z całą pewnością nie jest sprzeczne z prawem, ani dobrymi obyczajami. Nie może być sprzeczne z dobrym obyczajem (a tym bardziej sprzeczne z prawem) złożenie oferty, która jest zgodna z SIWZ. COIG S.A. wskazuje, że przeniesienie części kosztów było dopuszczalne, ponieważ:

„ z SIWZ nie wynikał zakaz przeniesienia:

- z SIWZ nie wynikał żaden narzucony podział procentowy, np. na utrzymanie nie mniej niż 30% / 50% kosztów wdrożenia;
- z SIWZ, nie wynikało, że każda pozycja ma być „samofinansująca się”

W przypadku kiedy zamawiającym zależy na trzymaniu się przez wykonawców jakiś z góry określonych podziałów/limitów to dają temu wyraz w SIWZ, ustanawiając jasno wymóg i sankcje za niespełnienie wymogu. W przedmiotowym Postępowaniu brak tego typu postanowień. W związku z tym COIG S.A. był uprawniony, aby skalkulować cenę zgodnie z przyjętym przez siebie modelem biznesowym.

W kwestii zagrożenia lub naruszenia interesów:

1) interesy przedsiębiorcy (w tym przypadku interesy Asseco) nie są zagrożone, ponieważ koszty utrzymania nie stanowiły np. kryterium oceny ofert. COIG S.A. nie wie na czym miałoby polegać naruszenie interesów Asseco, a sam Odwołujący tego nie wyjaśnia;

2) interesy klienta (Zamawiającego) również nie są zagrożone, ponieważ:

- sam Zamawiający nie widzi w działaniu COIG S.A. naruszenia swoich interesów. a niewątpliwie stanowisko klienta przy ocenie tego zagadnienia powinno być kluczowe,
- możliwość rozwiązania umowy na którą powołuje się Asseco jest hipotetyczna i w zasadzie nawet gdyby postanowień w tym przedmiocie nie było we wzorze umowy, to i tak Zamawiający zawsze może rozwiązać umowę w okolicznościach szczególnych (odstąpienie w części na podstawie przepisu art. 145 ust. 1 ustawy).

Wskazuje, że okoliczności dające Zamawiającemu możliwość rozwiązania umowy zgodnie ze wzorem umowy obowiązującym w Postępowaniu, to okoliczności, w których wykonawca świadczy usługi w sposób nienależyty. Wykonawca COIG S.A. przewiduje należyłą realizację umowy, zatem nie wystąpią przesłanki uprawniające

Zamawiającego do rozwiązania umowy. Z kolei postanowienie wzoru umowy koresponduje z przesłanką odstąpienia od umowy z art. 145 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie COIG S.A. w normalnym toku zdarzeń nie wystąpi konieczność rozwiązania umowy. Zamawiający nie ma natomiast uprawnienia do rozwiązania umowy w dowolnej chwili, bez żadnej konkretnej podstawy. Z dotychczasowego doświadczenia Przystępującego wynika, iż w pełni uprawnione jest założenie, że umowa będzie trwała przez cały okres na jaki została zawarta.

Brak zamiaru rozwiązywania umowy przed upływem okresu na jaki została zawarta pośrednio wynika z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień (pismo z dnia 4 lipca 2019r.):

Pytanie 72 dotyczy Rozdział II SOPZ pkt 26:

Pytający prosi o sprecyzowanie wymagania zgodnie z którym:

„System musi być rozwiązaniem otwartym, zapewniającym rozbudowę o nowe funkcje realizujące potrzeby użytkownika i integrację z innymi systemami”

W szczególności Wykonawca prosi o informacje jakie cechy będą wystarczające aby uznać, iż systemu jest „rozwiązaniem otwartym”, Odpowiedź:

Zamawiający oczekuje, że oferowany System będzie rozwijany i wspierany przez jego producenta, w stosunku do którego nie ma planów zakończenia jego wsparcia, minimum w okresie na który będzie zawarta umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

III. Zarzut niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Informacje dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny są informacjami, które zastrzegane są przez wszystkich wykonawców, z uwagi na ich charakter. Assecó również zawsze zastrzega tego typu informacje. Czynią tak również inni wykonawcy. Można już mówić o pewnej praktyce w tym zakresie. Spełnienie przesłanek z ustawy znk należy badać mając na uwadze charakter informacji jakie zostały zastrzeżone. W ocenie Przystępującego informacje zostały zastrzeżone prawidłowo — podano powód, dla którego informacje są zastrzegane oraz opisano środki ochrony jakie przedsięwzięto. Informacje zostały zastrzeżone w odpowiednim momencie. W ocenie Przystępującego COIG S.A. charakter zastrzeżonych informacji powinien być rozstrzygający przy ocenie skuteczności dokonanego zastrzeżenia.

Niezależnie od powyższego, z daleko idącej ostrożności COIG S.A. wskazuje, że nawet gdyby Skład oczekujący Izby uznał zastrzeżenie za nieskuteczne (czemu Przystępujący przeczy), to należy zauważyć, że ten zarzut i ewentualne jego uwzględnienie nie ma i nie będzie miało wpływu na wynik Postępowania. co oznacza, że odwołanie powinno zostać oddalone.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący zauważył, że dodatkowe szczegółowe uzasadnienie zarzutów jest utrudnione z uwagi na zastrzeżenie istotnych informacji dotyczących przedmiotu sporu jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Ocenia, że to zastrzeżenie ma na celu uniemożliwienie konkurentom weryfikację poprawności kalkulowania ceny oferty. Jednocześnie zauważył, że uzasadnienie decyzji o zastrzeżeniu tajemnicy jest sformułowane w sposób ogólnikowy. Na poparcie stanowiska wskazał wyrok KIO 1013/16. Zauważył, że sam zamawiający uznał iż koszt utrzymania systemu jest istotną częścią składową ceny ofertowej, dlatego też przeprowadził w tym zakresie postępowanie wyjaśniające wobec znacznych dysproporcji w wycenie tej części w porównaniu z ofertą konkurencyjną. Przypomnił, że zamawiający koszt utrzymania oszacował na 1 400 000zł.

W związku ze stanowiskiem zawartym w piśmie przystępującego złożył kopię umowy zawartą z Województwem Opolskim, w której przedstawiono rzeczywistą cenę miesięczną za usługi o analogicznym zakresie rzeczowym w kwocie 4735zł, a nie ok. 3 tys. zł.

Dodatkowo zauważył, że przy realizacji usługi utrzymania nie zawsze będzie możliwa zdalna obsługa systemu, co także ma wpływ na rzeczywiste koszty. Domniemuje, iż przystępujący nie uwzględnił kosztów utrzymania standardowego oprogramowania systemowego (Oracle). Stwierdził, że ewentualne przeniesienie części kosztów do składowej, którą jest wdrożenie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji, co również stanowi zarzut odwołania.

Wskazał, że SIWZ określa terminy realizacji umowy. Oceniał, że kalkulacja kosztów przyszłych na etapie początkowym jest działaniem na szkodę zamawiającego i ma charakter nieekwiwalentny. Przypomnił, że wyodrębnienie charakteru usług było uzasadnione i powinno znaleźć odzwierciedlenie w kalkulacji i cenie tych elementów składowych. Gdyby odwołujący wiedział o możliwości takiego sposobu kalkulowania, jak dokonał tego przystępujący, a uznał za poprawny zamawiający, złożyłby własną ofertę, zapewne korzystniejszą, szczególnie ze względu na sposób kalkulacji kosztów utrzymania oprogramowania standardowego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem przedstawionym w złożonych pismach. Stwierdził, że prowadził w stosunku do przystępującego postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia, jak została skonstruowana cena oferty w jej istotnej części składowej. Zauważył, że brak jest w odwołaniu wykazania związku między ceną utrzymania systemu, a ceną oferty. Przypomnił wielkość oszacowania przedmiotu zamówienia, która wynosiła 2100000 zł - koszty wdrożenia i 1400000 zł - koszty utrzymania, a w tym kontekście cena przystępującego nie jest rażąco niska w stosunku do oszacowania całego przedmiotu

zamówienia. Przypomniał, że cena w postępowaniu jest ryczałtowa. Stwierdził, że analiza przewidywanych kosztów osobowych dokonana przez odwołującego nie jest właściwa, nie ma bowiem wymogu zatrudnienia do obsługi umowy pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy. Czynności dokonują różne osoby, obsługujące również inne kontrakty.

Zauważył także, że łączy się stale dostępne co umożliwia wykonywanie zdalnej obsługi utrzymania. Stwierdził, że otrzymane wyjaśnienia zawierają także opis sposobu kalkulowania kosztów oprogramowania. Uznał także, iż przesunięcie części kosztów na etap wdrożenia nie powoduje, że cena jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący podtrzymał stanowisko z pisma. Wskazał na odmienny stan sprawy w zakresie zastrzeżenia tajemnicy w porównaniu z KIO 1013/16. Podkreślił zasadność zastrzeżenia tajemnicy i prawidłowość uzasadnienia tego zastrzeżenia. Wskazał na przepis ustawy, na podstawie którego odrzuca się ofertę z ceną rażąco niską, a nie niską składową ceny. Stwierdził, że planowane koszty umiejscowił w obu składowych ceny. Informacje dotyczące umowy z Województwem Opolskim ocenił jako nieistotne. Przypomniał, że w złożonym piśmie wskazał na uwzględnienie wyceny wsparcia w kosztach wdrożenia jako ponoszonych na początku realizacji projektu. Zauważył, że przedmiot zamówienia jest jeden, realizowany jest całościowo i nie ma charakteru etapowego. Podniósł, że niezależnie od metody skalkulowania ceny przy niezmiennej cenie oferty, cena jego jest korzystniejsza i nie ma podstaw do twierdzenia o naruszeniu interesu odwołującego w przedstawionej relacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego, treść wyjaśnień, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Rozpatrując wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego z naruszeniem terminu skład orzekający uznał wniosek za niezasadny wobec braku podstaw prawnych do jego uwzględnienia. W odwołaniu istotnie kwestionuje się czynności zamawiającego, polegające na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez przystępującego COIG S.A. w trybie art. 90 pzp oraz zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Jak zauważył zamawiający wezwanie o udzielenie wyjaśnień było skierowane do wykonawcy dnia 12 sierpnia 2019 r., odpowiedź na to wezwanie wpłynęła dnia 19 sierpnia 2019 r., a odwołujący nie był poinformowany o tych czynnościach. W ocenie zamawiającego w tej sytuacji termin do wniesienia odwołania w stosunku do tych czynności jako uregulowany w art. 182 ust. 3

pkt 1 pzp, wskazuje na wymóg wniesienia odwołania w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zgodnie z treścią art. 24aa ustawy pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy pzp. W niniejszym postępowaniu zastosowano procedurę, w której zamawiający najpierw dokonuje badania przesłanek odrzucenia ofert. Jak stwierdził zamawiający, skoro w pierwszym miesiącu po otwarciu ofert odwołujący nie otrzymał informacji, iż oferta wykonawcy COIG S.A. została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny, mógł, przy zachowaniu należytej staranności, uzyskać informację, że zamawiający nie zamierza dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy. „Tymczasem od otwarcia ofert dnia 12 sierpnia 2019 r. do dnia 1 października 2019 r. wykonawca nie zapoznawał się z dokumentacją postępowania, nie prosił o informacje o wynikach zbadania przez zamawiającego kwestii rażąco niskiej ceny najtańszej oferty. Zwlekając ponad półtora miesiąca z zaskarżeniem czynności i zaniechaniem zamawiającego w sytuacji, gdy termin do złożenia odwołania wynosi 10 dni, należy uznać za niedochowanie należytej staranności przez odwołującego, skutkujące koniecznością odrzucenia jego odwołania.”

Skład orzekający nie podziela poglądu zamawiającego w powyższym zakresie mając na uwadze, że ustalenie upływu dziesięciodniowego terminu wyznaczonego na wniesienie odwołania wymaga w pierwszym rzędzie określenia początku biegu tego terminu, tj. daty od której rozpoczął on bieg. Zakładając, że zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a także zawierającej cenę rażąco niską, niezbędne jest stwierdzenie momentu, w którym zamawiający zaniechał czynności, do której był on zobowiązany na podstawie ustawy.

W sprawie rozpatrywanej zdarzeniem, któremu można przypisać związek z decyzją o uchyleniu się od czynności odrzucenia oferty jest zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z ustawy nie wynika bowiem obowiązek wcześniejszego decydowania o odrzuceniu ofert, jakkolwiek uprawnieniem takim zamawiający dysponuje. Na

przedstawioną ocenę nie ma także wpływu sposób zachowania innych uczestników, w tym ewentualne akty staranności w postaci monitorowania przebiegu postępowania prowadzonego przez zamawiającego i kolejnych etapów badania i oceny ofert oraz spełniania warunków udziału przez wykonawców. Wymaga podkreślenia, że czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu podlegają, stosownie do art. 14 ustawy pzp przepisom kodeksu cywilnego, przez co należy rozumieć, że w stosunku do uczestników postępowania mają znaczenie czynności zobiektywizowane czyli uzewnętrznione stosownymi zawiadomieniami lub opisane w jawnej dokumentacji postępowania. W tym kontekście ewentualna ocena zamawiającego lub wykonawcy, że oferta powinna być odrzucona, mająca charakter wstępny, a nie będąca decyzją, nie jest zdarzeniem od którego można liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania.

W zakresie merytorycznym Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Jak ustalono, w toku badania ofert zamawiający wezwał wykonawcę – przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny istotnego elementu składowego tj. kosztu utrzymania, którego czas realizacji został zadeklarowany na 6 lat. W niniejszej sprawie istota zarzutów dotyczy nie ceny oferty, jako rażąco niskiej lecz jej istotnego elementu składowego. W tym zakresie niesporne jest, że wysokość należności za utrzymanie systemu jest w przypadku przystępującego wielokrotnie (wg wyliczenia odwołującego ok. piętnastokrotnie) niższa od kwoty przewidzianej przez odwołującego.

Przyznać należy rację zamawiającemu, że w sprawie nie zaistniały ustawowe przesłanki obligujące do zastosowania procedury wyjaśnienia ceny na podstawie art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oferta Wykonawcy nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia

powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Jednocześnie jednak uzasadnione było podjęcie czynności wyjaśniających w stosunku do istotnej części składowej oferty z uwagi na niski koszt usługi utrzymania systemu, podany w ofercie. Powyższe oznacza, że wyjaśnienia wykonawcy sprowadzały się w zasadzie do wykazania, dlaczego jeden z elementów ceny został ustalony na niskim poziomie. Jednocześnie można mieć na uwadze, że cena całkowita oferty, oceniana w ramach kryterium ceny, zasadniczo nie budziła wątpliwości zamawiającego jako nie odbiegająca od oszacowanej przez niego wartości przedmiotu zamówienia w kwocie brutto. Złożone wyjaśnienia przez przystępującego pozwalają w ocenie Izby na uznanie poprawności wyliczenia ceny w zakresie tego jej elementu, który jest istotą sporu. Niezależnie od powszechnie wykazywanych i ogólnych przesłanek uzasadniających określoną kalkulację ceny, jak doświadczenie biznesowe i znajomość specyfiki procesów związanych z wdrożeniem i utrzymaniem systemu, planowany sposób wykorzystaniu posiadanego kapitału ludzkiego i możliwości technicznych przy realizacji usług utrzymania dla nowego projektu elementem znaczącym jest przewidywana możliwość zdalnego dostępu przy wykonywaniu usługi utrzymania systemu, którą to metodę przewiduje się w projekcie umowy stron. Przy czym warto zauważyć, że wykonawca nie eliminuje w całości obsługi bezpośredniej.

W trakcie postępowania przystępujący wskazał ponadto w zakresie wyceny wsparcia dla standardowego oprogramowania systemowego, iż koszt tego wsparcia został uwzględniony w kosztach wdrożenia, zatem jest to koszt ponoszony na początku projektu – pakiety serwisowe kupuje się na ustalony z góry okres i opłaca się je z góry. (por. str. 3 pisma przystępującego z dnia 22 października 2019 r.). Rozwiązanie powyższe polegające na „przeniesieniu kosztu z części „utrzymanie” do części „wdrożenie” niewątpliwie wpływa znacząco na obniżenie kosztów utrzymania. Metoda jakkolwiek podawana w wątpliwość przez odwołującego z uwagi na zasady gospodarowania finansami publicznymi i ryzyko przekroczenia planowanych wydatków, w rozpatrywanej sprawie nie była kwestionowana.

Przeniesienie części kosztów utrzymania systemu do kosztów wdrożenia mające stanowić rodzaj manipulacji kosztami mogące wyrządzić szkodę zamawiającemu oraz konkurującemu wykonawcy nie stanowiło w ocenie składu orzekającego, wyżej wskazanej, czynu nieuczciwej konkurencji, jako że nie było działaniem sprzecznym z prawem, postanowieniami siwz lub dobrymi obyczajami.

Ponadto Izba zauważa, że informacje dotyczące wyjaśnień ceny ze względu na jej niski poziom, zastrzegane są przez wykonawców w znacznej liczbie przypadków w branży usług podobnych do przedmiotu zamówienia. Stan taki stanowiący często o próbie obejścia zasady

jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niekorzystny i nie leży w interesie stron przez utrudnienie możliwości skutecznego przedstawiania argumentów, realnego wdania się w merytoryczny spór i w konsekwencji doprowadzenia do orzeczenia opartego na stanowiskach przedstawianych w warunkach równości stron postępowania odwoławczego. Pomimo tego, w sprawie rozpatrywanej skład orzekający nie miał wątpliwości co do zasadności stanowiska wyrażonego w sentencji wyroku.

W efekcie końcowym zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej także w kryterium ceny, a cena tej oferty nie nosiła znamion rażąco niskiej.

Wskazując na powyższe uznać należy, że w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....