

**Sygn. akt: KIO 1573/17
KIO 1584/17**

**WYROK
z dnia 4 września 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18, 23, 28 i 30 sierpnia 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 31 lipca 2017 r. przez wykonawcę **A.P. Spółka Akcyjna** z siedzibą w (...) (sygn. akt KIO 1573/17);

B) w dniu 31 lipca 2017 r. przez wykonawcy **C.P. Spółka Akcyjna** z siedzibą w (...) (sygn. akt KIO 1584/17);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jana Pawła II nr 70 (00-175 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy **S. Spółka Akcyjna** z siedzibą w (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1573/17 i KIO 1584/17 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **C.P. Spółka Akcyjna** z siedzibą w (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1573/17 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **A.P. Spółka Akcyjna** z siedzibą w (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1584/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Oddała odwołanie wniesione przez A. P. S.A. (sygn. akt KIO 1573/17);

B. Oddala odwołanie wniesione przez C.P. S.A. (sygn. akt KIO 1584/17);

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Wykonawców: A. P. S.A. oraz C.P. S.A. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1573/17 oraz sygn. akt KIO 1584/17 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców: A. P. S.A. z siedzibą w R. (sygn. akt KIO 1573/17), C.P. S.A. z siedzibą w K. (sygn. akt KIO 1584/17), tytułem wpisów od odwołań;

2.2 zasądza od Wykonawców: A. P. S.A. z siedzibą w R. oraz C.P. S.A. z siedzibą w K. na rzecz Wykonawcy – S. S.A. (w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1573/17 i KIO 1584/17) kwotę **2.214 zł 00 gr.** (słownie: dwa tysiące dwieście czternaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów stron poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, w tym:

2.2.1 od A. P. S.A. (sygn. akt KIO 1573/17) kwotę **1.107 zł 00 gr.** (słownie: jeden tysiąc sto siedem złotych zero groszy);

2.2.2 od C.P. S.A. (sygn. akt KIO 1584/17) kwotę **1.107 zł 00 gr.** (słownie: jeden tysiąc sto siedem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę, wdrożenie i dostarczenie licencji stosu technologicznego systemu Hurtowni Danych wraz z usługami utrzymania i modyfikacji systemu oraz asysty technicznej dostarczonych licencji na okres 36 miesięcy* (nr postępowania: bPi7P.2610.27.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2017/S 043-078188 w dniu 2 marca 2017 r., wobec czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (S. S.A.), zostały wniesione w dniu 31 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: A. P. S.A. (sygn. akt KIO 1573/17), C.P. S.A. (sygn. akt KIO 1584/17).

O czynnościach Zamawiającego Wykonawcy zostali poinformowani w dniu 20 lipca 2017 r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

I. Sygn. akt KIO 1573/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1573/17 Odwołujący – A. P. S.A. (dalej jako Odwołujący A.) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez A. pomimo, iż treść oferty jest zgodna z treścią siwz;
- 2) Z ostrożności procesowej naruszenie art. 87 ust. 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty;
- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty A. pomimo, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) Z ostrożności, art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania szczegółowego wezwania do złożenia wyjaśnień przez A. w odniesieniu do elementów mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności w odniesieniu do żądania dowodów w postaci umów o pracę zatrudnionych do realizacji przedmiotowego zamówienia specjalistów;
- 5) Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S. S.A. pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 6) Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez S. S.A., jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu, a wybrana powinna być oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odrzucenia oferty S. S.A. i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający odrzucił ofertę A., jako niezgodną z treścią siwz, która dotyczyć ma:

- a) oprogramowania, które nie jest oprogramowaniem standardowym „z półki”, w części dotyczącej Hurtowni Danych oraz Systemu BI (poz. 1-5 wykazu, str. 57 oferty). Rozumienie pojęcia „oprogramowanie standardowe”, jakie przyjął Zamawiający nie bazuje na treści siwz, ale zostało ukształtowane na etapie oceny ofert. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający przywołał zapisy siwz (wzór umowy, § 2 ust. 1 pkt 26) oraz odpowiedź na pytanie nr 5 z dnia 23.03.2017 r., które definiują „oprogramowanie standardowe”. Zgodnie z wzorem umowy oznacza ono oprogramowanie na bazie którego zostanie wykonany na rzecz Zamawiającego system informatyczny, dodatkowo doprecyzowane w odpowiedzi na pytanie nr 5, w którym Zamawiający wskazał, iż jest ono rozumiane *jako oprogramowanie z półki (COTS akronim od angielskiego Commedal Off-The-Shelf Software), tj. oprogramowanie stanowiące produkt wytworzony na szeroki rynek, dla dużej liczby klientów, które jest dostarczane wielu klientom w identycznej postaci, przy czym Zamawiający nie wprowadza wymagania co do liczby autoryzowanych partnerów producenta w zakresie tego oprogramowania jak i liczby wdrożeń rozwiązania. Zamawiający nie wprowadza wymagania aby wszystkie komponenty zaoferowanego oprogramowania pochodziły od jednego producenta.*

Nowymi wymogami, jakie miał sformułować Zamawiający przy odrzuceniu oferty wynikać mają z tłumaczenia angielskiego zwrotu COTS, z którego jednoznacznie wynika, że oprogramowanie standardowe *jest to oprogramowanie komercyjne z półki sklepowej, znaczy istniejące, nieprojektowane specjalnie.* Zamawiający dalej, nawiązując do udzielonej odpowiedzi, dookreśla informacje, których wcześniej nie wskazał, co następuje po słowach: „a tym samym posiada co najmniej”. Zamawiający odnosi się do powszechnej dostępności dokumentacji (np. na portalu internetowym producenta) oraz szkoleń dla użytkowników, architektów/projektantów oraz administratorów oprogramowania, których to wymagań nie wskazywał w odpowiedzi na pytanie nr 5. Inaczej Zamawiający definiował „oprogramowanie standardowe” w innym postępowaniu (DZP-2618-1/2015), którego opis Odwołujący przywołał, a które zawierało między innymi

te elementy, o które obecnie Zamawiający próbuje rozszerzyć definicję, na potrzeby uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

- b) braku odesłania do strony internetowej w wyjaśnieniach A. z dnia 5 i 19 czerwca 2017 r., w których potwierdziło, że oferowane oprogramowanie spełnia wymagania zdefiniowane w siwz, ale nie załączyło nowej dokumentacji ani nie odesłało Zamawiającego do strony internetowej (gdzie Zamawiający mógłby samodzielnie wymagać). Odwołujący wskazał, iż składane wyjaśnienia dotyczyły zapisów oferty, o które dopytywał się Zamawiający i nie ma związku pomiędzy treścią wezwania, a tym że A. nie wskazało linku do strony internetowej z dokumentacją oprogramowania standardowego. Zamawiający pomija treść oferty oraz wyjaśnień, a domyślnie oczekuje wskazania strony internetowej, na której znajduje się szczegółowa dokumentacja;
- c) niedozwolonej zmiany treści oferty (doprecyzowaniu, uszczegółowieniu, uzupełnieniu) w odniesieniu do wymagania WR41 i WR 42. A. w piśmie z 19.06.2017 r., odpowiadając na pytanie nr 2 (str. 6 i 7) odnosiło się do załączonych i wymaganych dokumentów (umowy licencyjnej, umowy ATiK wraz z załącznikami), które nie zawierają wszystkich funkcjonalności produktów, a jedynie ich ogólną charakterystykę. Do oferty Odwołujący nie dołączył pełnej dokumentacji oprogramowania, na bazie której Zamawiający mógł samodzielnie zweryfikować wymagane parametry, gdyż takiego wymagania Zamawiający nie postawił w siwz. Stawianie zarzutu na tej podstawie, że wykonawca wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy po raz kolejny potwierdził, że oferta jest zgodna z siwz, jest bezzasadny;
- d) zaoferowaniu w poz. 1 wykazu (str. 57 oferty) frameworku do tworzenia i wdrażania oprogramowania na platformie JAVA za pomocą którego można budować aplikacje - w miejsce oprogramowania standardowego. Ustaleniom Zamawiającego mają przeczyć wyjaśnienia A. z dnia 5.06.2017 r. (str. 9) czytane w całości. Wskazywać mają na to: pakiety komponentów funkcjonalnych (tiret trzeci), wpisane do wzoru umowy licencyjnej moduły (oznaczenia 1.1, 1.2, 1.3) i gotowe komponenty funkcjonalne (oznaczenia 1.1.1-1.1.7), zapisy wzoru umowy – rozumienie oprogramowania standardowego (§ 1 pkt 26);
- e) brak zaoferowania dostarczenia licencji. Ustalenie to stoi w sprzeczności z treścią wyjaśnień z dnia 5.06.2017 r. (str. 9), w których A. wskazało, iż oprogramowanie standardowe, to między innymi pakiet komponentów funkcjonalnych dostarczających gotowe funkcjonalności (...) Funkcjonalności te objęte zostały umową licencyjną zaoferowaną przez A. (str. 77 oferty), a opis funkcjonalności modułów znajduje się na stronach 78-81 oferty. Uwzględniając powyższe, zarzut o niespełnianiu WA.6 i WA.7 jest bezzasadny, gdyż oferta uwzględnia dostarczenie licencji na gotowe oprogramowanie

standardowe wraz z graficznym interfejsem użytkownika. Oprogramowanie Standardowe A. „dostarcza gotowe funkcjonalności” – funkcjonalności dostępne po uruchomieniu danego modułu dla zalogowanych użytkowników. Moduł oprogramowanie z graficznym interfejsem użytkownika do budowy aplikacji w oparciu o Oprogramowanie Standardowe nie jest niezbędny dla wytwarzania oprogramowania dedykowanego, a jedynie ułatwia pracę. Sposób utrzymania, rozwoju systemu i oprogramowania bez tego modułu jest opisany w dokumentacji Oprogramowania Standardowego A. (fragment dokumentacji – w załączniku nr do odwołania, rozdział 1). Wymagania WA.6 i WA.7 są oczywiście spełnione bez wskazywanego modułu oprogramowania z graficznym interfejsem użytkownika;

- f) oprogramowanie z poz. 1-5 wykazu (str. 57 oferty) stanowić ma „dedykowane dla Zamawiającego”, a nie „standardowe”, co Zamawiający ustalił w oparciu o wyjaśnienia z 5.06.2017 r., w której A. wskazywało na Framework, a zatem posiadane funkcjonalności nie są standardowymi spełniającymi wymagania i mają być dopiero wytworzone po podpisaniu umowy w wersji dedykowanej Zamawiającemu, co jest niezgodne z siwz, w szczególności definicją Oprogramowania Standardowego typu COTS. Odwołujący potwierdził, iż system zostanie wykonany na bazie Oprogramowania Standardowego ale nie poprzez samą instalację, ale poprzez tzw. kustomizację (dostosowanie do wymagań z siwz). Zamawiający w siwz nie określił, które wymagania mają być spełnione jakim Oprogramowaniem Standardowym, ani żeby całe Oprogramowanie Standardowe pochodziło od jednego dostawcy (wtedy unikałby integracji).

Kolejną podstawą odrzucenia oferty A., jako niezgodnej z siwz, dotyczy wartości brutto Usługi Modyfikacji.

Z uwagi na odrębne zasady rozliczania budowy, wdrożenia i dostarczenia licencji stosu technologicznego systemu Hurtowni Danych, Usługi ATiK, Usługi Utrzymania i Usługi Modyfikacji, Zamawiający w ogłoszeniu (sekcja II.2.4) oraz siwz (rozdział I.1 pkt 3) zastrzegł, iż każda z nich jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w formularzu oferty. Zamawiający wskazał, iż *wartość brutto Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 58% ceny oferty. Realizacja Usług Modyfikacji będzie wynikała z bieżących potrzeb Zamawiającego.* Zamawiający odrzucił ofertę A., gdyż proporcja ta wynosi 57,9958%, co stanowi wartość mniejszą od 58%.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien zastosować zasadę zaokrągleń ustanowioną w odniesieniu do obliczenia ceny oferty, tj. zaokrąglenia ceny w formularzu ofertowym do dwóch miejsc po przecinku (poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe należy

zaokrąglić w górę), zgodnie z którą wartość brutto Usługi Modyfikacji stanowi 58% ceny oferty.

Zamawiający nie mógł odrzucić oferty, gdy niezgodność z treścią siwz jest w istocie omyłką określoną w art. 87 ust. 2 lit. c ustawy Pzp polegającą na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Omyłka nie ma istotnego charakteru – wartość, która powinna zostać „przesunięta” do Usług Modyfikacji jest na poziomie 500 zł brutto.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty A. ze względu na fakt, że ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający odrzuciło ofertę A., której łączna cena wyniosła 11.163 tys. zł. i była droższa od oferty wybranej S. (7.988 tys. zł.). Wartość kolejnych pięciu ofert wyniosła powyżej 12 mln złotych (dwie oferty), powyżej 14 mln złotych (jedna oferta) i 15 mln zł. (dwie oferty). Zamawiający odrzucił pięć droższych od oferty S. ofert (powyżej 14 i 15 mln złotych) oraz ofertę A., oceniając wyjaśnienia tych wykonawców jako niewiarygodne, ale jednocześnie za wiarygodne uznał wyjaśnienia S..

W odniesieniu do wyjaśnień A. Zamawiający wytknął brak informacji na temat pracochłonności poszczególnych usług i specjalistów, jak również rodzaju specjalistów i kosztów osobowych specjalistów mających brać udział w realizacji danych usług. Zamawiający uznał, iż *Wykonawca ograniczył się do głośłownych twierdzeń, że średni koszt pracownika wynosi daną wartość, a swe wyjaśnienia ukierunkował na przedstawieniu podziału kosztów pomiędzy swymi jednostkami organizacyjnymi (Pionami) a nie na wyjaśnieniu ceny oferty. Wykonawca w wyjaśnieniach nie przedstawił dowodów odnoszących się do konkretnych osób, które miałyby brać udział przy realizacji zamówienia. Za taki dowód nie można uznać oświadczenia własnego Wykonawcy dotyczącego średniego kosztu pracy w jednostce organizacyjnej Wykonawcy.* Odwołujący zakwestionował wezwanie Zamawiającego, w którym nie sprecyzował jakich konkretnie dowodów oczekiwał, a Wykonawca przedstawił dowody odnoszące się do uśrednionych zarobków osób w dwóch działach, które będą realizowały przedmiot zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę wskazał faktycznie na oczekiwanie przedstawienia umów o pracę, co stanowiło nadmierne żądanie, ukierunkowane na naruszenie przez wykonawców przepisów o ochronie danych osobowych (komunikat GIODO). Zamawiający pominął zasadniczą kwestię, czy uśredniona wartość za osobę w każdym z poszczególnych działów, w jego ocenie budzi uzasadnione wątpliwości co do jej realności.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty S. ze względu na rażąco niską cenę.

W ocenie Odwołującego niedoszacowaniu wartości grup zadań: „Zaprojektowanie, instalacja, konfiguracja, budowa i wdrożenie Systemu Informatycznego (SI)” – 580 000 zł. Zamawiający określił skład osobowy zespołu (łącznie 26 osób), w skład którego mogły być uwzględnione osoby o minimum 3 letnim doświadczeniu w realizacji systemów informatycznych klasy Business Intelligence z hurtownią danych (Kierownik Projektu z minimum 5 letnim doświadczeniem). Rozkładając zaangażowanie tych osób zgodnie z procesem wytwórczym oprogramowania, średnio przez cały okres realizacji tej grupy zadań powinno być zaangażowanych w pełnym wymiarze minimum 11-12 osób miesięcznie. Odwołujący wyliczył uśredniony koszt roboczodnia zespołu specjalistów o zróżnicowanych kompetencjach w wysokości 528 zł. netto, co daje 66 zł za godzinę. Wykonawca S. zobowiązał się do realizacji tego zadania maksymalnie 7-8 osobami miesięcznie. Przyjmując nawet najniższe wynagrodzenie koszty tej usługi zostały niedoszacowane, a cena uniemożliwia sfinansowanie prac w ramach tej grupy zadań. Za tą grupę zadań pozostali wykonawcy oszacowali koszty na poziomie pomiędzy 1 mln złotych, a dwoma milionami złotych (uśredniona wartość to 1.267.404,32 zł). Do oszacowania złożoności tych zadań A. w swoich wyjaśnieniach przyjął obiektywną metodę określania złożoności oprogramowania zgodnie z normą ISO/IEC 14143, tj. metodę IFPUG, którą Zamawiający wymaga w realizacji SI (do zwymiarowania SI i wymiarowania modyfikacji SI na etapie rozwoju). Również jednym z elementów ceny ofertowej jest cena za realizację jednego punktu funkcyjnego IFPUG. W swoich wyjaśnieniach A. oszacowało tą metodą ilość roboczodni. S. za kwotę 588 zł. netto ma możliwość zrealizowania maksymalnie 1090 dni roboczych dla tej grupy zadań, co stanowi 61,5% rzetelnie oszacowanej złożoności przez A.. Cena Wykonawcy S. stanowi od około 40% do około 50% minimalnej, niezbędnej ceny do realizacji tej grupy zadań, co czyni cenę oferty rażąco niską i jest niedoszacowana o około 590 000 zł. Biorąc pod uwagę, że wyjaśnienia S. zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący stawiając zarzut rażąco niskiej ceny bazował na pewnych założeniach. Koszt budowy systemu jest nieadekwatnie niski do zakresu jaki wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Na tę wartość składają się cena roboczogodziny pracowników przemnożona przez wyliczoną pracochłonność.

Dla usługi Zleceń Operacyjnych, S. wskazała kwotę 400 zł netto za dzień roboczy, ale jej zakres jest inny, gdyż realizuje się prostrze prace w ramach już istniejącego SI, a zatem nie jest wymagany wyższy poziom kompetencji niż dla osób, które mają uzgodnić system z Zamawiającym, zaprojektować, zbudować i wdrożyć.

II. Sygn. akt KIO 1584/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1584/17 Odwołujący – C.P. S.A. (dalej jako Odwołujący C.) zarzucił Zamawiającemu:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S. S.A. pomimo, że: cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; wskutek dokonania błędnej oceny złożonych wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami w trybie art. 90 ust. 1, która powinna prowadzić do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę; pomimo faktu, iż założenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 7 Pzp;
2. Zaniechania czynności odrzucenia oferty A. P. S.A. na podstawie dodatkowych, nieuwzględnionych przez Zamawiającego powodów: tj.: rażąco niskiej ceny; błędnej oceny złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, która powinna prowadzić do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę; której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszone zostały odpowiednio art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp.
3. Zaniechania odtajnienia dokumentów, czym naruszono art. 7 ust. 1, w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugiej ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych części ofert oraz dokumentacji postępowania pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa:
 - wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia załączonego do oferty S. i sporządzonego zgodnie z załącznikiem 4a i 4 do siwz (dokument oceniany w kryterium oceny ofert oraz potwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu);
 - informacje zawarte w korespondencji A. z Zamawiającym dotyczące ceny oferty i wyjaśnienia dotyczącego oferowanego oprogramowania standardowego (w tym wyjaśnienia z 19.06.2017);
- 4) dokonania niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty S., w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, czym naruszono art. 91 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert (w tym czynności wyboru oferty S.), dokonanie ponownej czynności oceny ofert, odrzucenie oferty S. S.A. oraz oferty A. na podstawie dodatkowych powodów, odtajnienie dokumentów/informacji wskazanych w petitum odwołania, dokonanie wyboru oferty C., jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na kwotę środków przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w wysokości 20 001 276,00 zł oraz wysokości cen zaoferowane przez siedmiu wykonawców (tabela) i ich rozpiętość od 9.825.633,60 zł. do 19.670.087,43 zł. (oferta C. – 14.778.922,32 zł.; oferta A. – 13.731.032,43 zł; oferta S. – 9.825.633,60 zł). Zamawiający w wyniku oceny ofert odrzucił oferty pięciu wykonawców poza ofertą S. i Odwołującego (różnica w punktacji pomiędzy tymi ofertami wystąpiła tylko w kryterium „cena”).

C. kwestionuje cenę za roboczodzień w wysokości 400,00 zł., jako rażąco niską. Analiza dokumentów dostępnych, w tym jednostkowe sprawozdanie finansowe za rok obrotowy od 1 października 2015 r. do 30 września 2016 r., sporządzone według Międzynarodowych Standardów Rachunkowości, sprawozdania półrocznego S. (do 31.03.2017 r.) wskazuje na wspólne wnioski, jakie płyną z kosztów i skali działalności firmy, bieżących kontaktów czy wielkości zatrudnienia. Dokonując przeliczenia kosztów pozapłacowych za ubiegły rok obrotowy (81.272.000 PLN) przez średnią liczbę dni roboczych (252) oraz liczbę pracowników pionu produkcji (677) Odwołujący otrzymał wartość roboczodnia równą 476 PLN. Jest to wysokość kosztów w przeliczeniu na roboczodzień, którą każdy pracownik produkcyjny S. musi wypracować aby pokryć koszty pozapłacowe. Oferując stawkę roboczodnia 400 zł S. nie pokryje nawet kosztów amortyzacji, zużycia materiałów, energii, podatków i opłat. Wyliczenie 476 PLN nie obejmuje wszystkich kosztów pozapłacowych działalności operacyjnej i wymagałoby wypracowania w każdym roboczodniu co najmniej 1347 PLN, do czego należy także doliczyć koszty wynagrodzeń wyliczonych dla 677 pracowników pionu produkcji. Realna stawka za roboczodzień pracownika S. powinna wynosić minimum 2029 PLN (nie uwzględniając zysku). Tyle bowiem wynosi suma kosztów operacyjnych 346 112 000 PLN, podzielonych przez liczbę pracowników pionu produkcji (677 osób) i podzielonych przez liczbę dni roboczych w roku.

Nie mogą być zatem rzetelne wyjaśnienia złożone Zamawiającemu odnośnie wyceny stawki roboczodnia. Fakt ich złożenia (ich objętość) wraz z dowodami nie zwalniała Zamawiającego od krytycznej oceny tych wyjaśnień, w świetle zasad doświadczenia życiowego, znanych cen rynkowych oraz dostępnych publicznie informacji o kosztach tego Wykonawcy.

Dodatkowym aspektem, jaki wpływa na ocenę wyjaśnień, w kontekście wytycznej badania wyjaśnień z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności dotyczących wykonawcy, jest zła kondycja finansowa S., rzutująca na ocenę realności oferowanej ceny, jak i oceny wyjaśnień. Informacje płynące z opinii biegłych rewidentów wskazują, na niepewność, co do zasadności przyjęcia założenia o kontynuacji działalności spółki w dającej się przewidzieć przyszłości oraz że zachodzi istotna niepewność mogąca budzić poważne wątpliwości co do zdolności Spółki do kontynuacji działalności. Odwołujący wskazał również na skutki dotychczasowej polityki ofertowej, której efektem jest zagrożenie wykonania aż 22 kontraktów publicznych, do czego doprowadziły zbyt optymistyczne założenia. Zamawiający nie uwzględnił tych okoliczności w toku oceny wyjaśnień złożonych przez S. pod kątem wykazania, że oferowana cena gwarantuje uczciwy i godziwy zysk w kontekście całościowej sytuacji finansowej w jakiej znajduje się ten Wykonawca.

Kwestionowana jest także cena za Usługę Utrzymania – „2000 zł usługę”, jako nierzetelnie skalkulowana. Praktycznie, identyczną wycenę S. przyjęło za poszczególne usługi, chociaż

cele i zakresy każdej z nich zostały przez Zamawiającego sprecyzowane, z uwzględnieniem różnego ich charakteru oraz kompetencji wymaganych do ich świadczenia. Zamawiający powinien zatem wnikliwie ocenić wyjaśnienia, w szczególności z uwzględnieniem pracochłonności poszczególnych usług. Przykładowo Odwołujący wskazał na różnice pomiędzy Usługą Instalacji (o charakterze technicznym) oraz Usługą Usuwania Wad (większy zakres), przy których zaoferowano jednakową stawkę, co ma świadczyć powierzchowności lub wadliwości wyjaśnień, które nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego. Właściwe oszacowanie pracochłonności (a więc i kosztu) świadczenia każdej z usług odrębnie jest szczególnie istotne, gdyż każda grupa usług może być przez Zamawiającego wypowiedziana zarówno ze względu na zaistnienie ściśle wymienionych okoliczności (po okresie 12 miesięcy) bez podania przyczyny. Skompensowanie nieoszacowanego kosztu świadczenia jednej Grupy Usług kosztami innych Grup Usług, po wypowiedzeniu świadczenia tej Grupy Usług przez Zamawiającego spowoduje, że będzie on do końca umowy ponosić zawyżone koszty świadczenia pozostałych Grup.

Zarzut dotyczący ceny za Usługi Administracji Systemem zaoferowanej w wysokości 2.700 zł. nie pokrywa kosztów realizacji usługi i/lub stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (jeżeli S. planuje pokrycie części kosztów usługi kosztami innych usług). Zgodnie z metodyką przyjętą przez Zamawiającego (wyliczenia pracochłonności przez przeliczenie cen z oferty przez stawkę wynagrodzenia podaną w ofercie za usługę zleceń operacyjnych – 400 PLN za roboczodzień) przewidywana przez S. pracochłonność wynosi 6,75 dni roboczych, czyli 2 h 34 min. dziennie (przyjmując średnią liczbę dni roboczych w miesiącu – 21). Należało przy wyliczeniu pracochłonności uwzględnić dane pochodzące z siwz, szczególnie znaczącą liczbę kont użytkowników, których bezpośrednio dotyczy omawiana usługa. Pracochłonność przyjęta przez S. nie pozwala na obsługę kont w całym wymiarze oczekiwanego świadczenia, tj. całego miesiąca, a koszty tej usługi będą musiały być kompensowane z cen innych usług. Przerzucanie kosztów świadczenia danej usługi kosztami innych stanowi niewątpliwie czyn nieuczciwej konkurencji.

Podstawy zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji C. upatruje w zaoferowaniu stawki roboczodnia na poziomie 400 zł, która może świadczyć bądź o skierowaniu do zespołu osób o niższych kwalifikacjach, a zatem i najniższym wynagrodzeniu, a zatem i najniższym wynagrodzeniu, w celu uzyskania najniższej ceny, bądź sztuczne dołożeniu do osób o wysokich kompetencjach i odpowiednio wysokim wynagrodzeniu, licznych osób o niskich lub najniższych kwalifikacjach, wyłącznie w celu uzyskania stosownej *średniej*. W obu sytuacjach stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji.

Argumentacja Odwołującego znajduje oparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. XXIII Ga 967/16.

Odwołujący wywodzi, iż złożone przez S. wyjaśnienia ceny w zakresie stawki za dzień roboczy (a w konsekwencji ceny za świadczenia będące pochodną tej stawki) zostały zmanipulowane i skonstruowane w taki sposób, aby poprzez sztuczne operowanie liczebnością zespołu i kategoriami kosztów ukryć fakt, że stawka 400 PLN za roboczodzień nie pozwala na pokrycie nawet podstawowych kategorii kosztowych, które są niezbędne do prowadzenia działalności. W przypadku S. średnie wynagrodzenie specjalistów pionów produkcji wynosi co najmniej 12 010 PLN miesięcznie (dane ze sprawozdawczości). Nie jest zatem możliwe skomponowanie z tak wysoko opłacanych specjalistów zespołu, którego dzienna stawka wniósłaby 400 PLN za roboczodzień. Wyjaśnienia winny odnosić się do danego zamówienia, wskazując dlaczego wskazany skład osobowy jest wystarczający.

Albo zatem S. nie oszacowało stawki za roboczodzień, czym dopuściło się rażącego niedbalstwa w obliczeniu ceny, składając ją na rażąco niskim poziomie, albo też złożyło cenę dumpingową z premedytacją zakładając, że cena będzie poniżej kosztów realizacji zamówienia, nie pozwalając na pokrycie podstawowych kosztów, takich jak wynagrodzenie czy infrastruktura, czym popełniło czyn nieuczciwej konkurencji, odrębnie zdefiniowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 znku, jak również czyn opisany w art. 3 ust. 1 znku.

S. kreuje dla Zamawiającego ryzyko wadliwego wykonania zamówienia, a także jego przedwczesnego zakończenia, bowiem umowa na takich cenach, jako nieopłacalna dla spółki nie będzie profesjonalnie realizowana. Zachodzi też ryzyko, iż będąca pochodną ceny za dzień roboczy usługi, prace wyceniane np. w punktach funkcyjnych, nie będą realizowane, również jako nierentowne dla Wykonawcy. Może to prowadzić do zawyżania oszacowania pracochłonności zamawianych modyfikacji, co może doprowadzić do szybkiego wyczerpania puli przeznaczonej na modyfikację Systemu. Skompensowanie nieoszacowanego kosztu świadczenia Usług Utrzymania lub Usługi Administracji Systemem Informatycznym kosztami innych usług może prowadzić do Sytuacji, w której po wypowiedzeniu danej usługi (Grupy Usług) przez Zamawiającego, będzie do końca umowy prowadzić do ponoszenia zawyżonych kosztów świadczenia pozostałych usług. Powyższe stanowi o zagrożeniu interesom Zamawiającego.

Również interesy innych konkurentów w postępowaniu zostały zagrożone. Gdyby cena oferty zawierała rzetelną wycenę, uwzględniającą koszty wynikające ze sprawozdań finansowych, byłaby ona wyższa od oferty Odwołującego. Manipulacja wyjaśnieniami ceny w połączeniu z utajnieniem wyjaśnień (co do zasady mogących zawierać dane wrażliwe), stanowi praktykę bezpośrednio ingerującą w proces udzielania zamówienia, negując sens i utrudniając uczciwym wykonawcom konkurowanie.

Zarzut dotyczący wyceny Wdrożenia – 580 000 PLN netto – poz. „Zaprojektowanie, instalacja, konfiguracja, budowa i wdrożenie Systemu Informatycznego”. Jeżeli przyjąć jako podstawę obliczenia kosztu roboczodnia, wartość zaoferowaną przez S. w pozycji *Usługi Zleceń Operacyjnych*, to tak obliczona cena jest rażąco niska, gdyż stawka 400 PLN za roboczodzień nie odzwierciedla kosztów jakie Wykonawca ponosi w związku z zapewnieniem pracownikom wynagrodzeń, miejsc pracy i zasobów do realizacji projektu. Zamawiający słusznie obliczał pracochłonność Usług Wdrożenia z wykorzystaniem stawki za roboczodzień wskazanej przy Usłudze Zleceń Operacyjnych (w odniesieniu do innych ofert). Jedyni przy zaniżonej stawce roboczodnia (400 zł) możliwe jest uzyskanie pracochłonności. Zestawiając zaniżony koszt roboczodnia z wyceną pozycji „Zaprojektowanie, instalacja, konfiguracja, budowa i wdrożenie SI” (580.000 zł), szacowana pracochłonność jest na poziomie zbliżonym do szacunku A., czy też Odwołującego (dla S. 1450 roboczodni, dla Odwołującego – 1186,47 roboczodni), co uwzględnia konieczny czas realizacji pozycji wynikający z siwz, tj. 7 miesięcy. Oznacza to, że w przypadku S. nad wdrożeniem pracowałby zespół od 9 do 10 osób, a w przypadku C. 8 osób. Pracochłonność ta w przypadku S. jest jednak pozorna, bowiem jest pochodną zaniżonej stawki dnia roboczego. Powyższe nakazuje uznać cenę wdrożenia również za rażąco niską, poniżej kosztów wytworzenia. Zastosowanie rzeczywistych kosztów roboczodnia wynikających ze sprawozdania finansowego (nie mniej niż 2.029 PLN) powodowałoby obniżenie pracochłonności do 285,85 roboczodni dla wykonania całego wdrożenia, co jest wielkością nierealistyczną.

Zarzuty dotyczące oferty A..

Analogicznie, jak w przypadku oceny wyjaśnień S., Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niewłaściwą ocenę wyjaśnień w zakresie stawki za realizację Usługi Administracji Systemem Informatycznym, która może być wypowiedziana przez Zamawiającego – 2764,00 zł. W ocenie Odwołującego stawka ta jest rażąco niska, nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji usługi i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (jeżeli A. planuje pokrycie części kosztów usługi kosztami innych usług). Odwołujący dokonał przeliczenia pracochłonności na poziomie 4,32 dni roboczych miesięcznie (w przeliczeniu na dzień roboczy – 1 godzina i 39 minut dziennie). W uzasadnieniu odrzucenia oferty A. Zamawiający nie odniósł się do tego aspektu. Wycena A. nie pozwoli na obsługę kont użytkowników w całym wymiarze oczekiwanego czasu świadczenia – tj. całego miesiąca. Skompensowanie nieoszacowanego kosztu innymi może prowadzić do sytuacji, w której po wypowiedzeniu świadczenia tej usługi, Zamawiający będzie do końca umowy ponosić zawyżone koszty świadczenia pozostałych usług. Powyższe spełnia przesłankę z art. 3 ust. 1 uznk.

Zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów składających się na ofertę S. i A..

O naruszeniu przepisów Ustawy w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów Odwołujący dowiedział się 20 lipca 2017 r. w dniu przekazania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. W odniesieniu do oferty S. Odwołujący zarzut ten odniósł do wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 4a do siwz (stanowiącego podstawę oceny w kryterium) oraz zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz (złożony na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

W odniesieniu do oferty A. zastrzeżone zostały informacje zawarte w korespondencji pomiędzy Zamawiającym a A. dotyczące ceny oraz oferowanego Oprogramowania Standardowego (w tym wyjaśnienia z 19.06.2017 r. oraz wykaz oprogramowania).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy w kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), protokół wraz z załącznikami, w tym ofert S. i A..

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiot zamówienia posiada rozbudowany zakres, który obejmuje: zaprojektowanie systemu zgodnie z wymaganiami i wytycznymi Zamawiającego oraz dostawę systemu wraz z przeprowadzeniem warsztatów dla użytkowników systemu (1), dostawę licencji oprogramowania standardowego (2), świadczenie usługi utrzymaniowych oraz ATiK (3), dostawę modyfikację systemu (4). Zamawiający w protokole postępowania wskazał, iż *Ze względu na rozbudowany przedmiot i charakter zamówienia (system będzie dopiero projektowany i budowany) nie jest możliwe, by wykonawcy skalkulowali i złożyli oferty częściowe. Technologia, w której zostanie wykonany system będzie znana dopiero z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem niemożliwe jest wydzielenie części (...) ze względu na fakt, że system nie został jeszcze wykonany, a zatem obecnie nie jest możliwe precyzyjne oszacowanie wielkości systemu oraz rzeczywistych kosztów jego utrzymania i rozwoju (pkt 2*

druk ZP-PN). Zamawiający w dniu 14.09.2016 r. dokonał ustalenia wartości zamówienia (potwierdzonej na dzień 20.12.2016 r.) na kwotę 24.391.800,00 zł w oparciu o analizę przedwdrożeniową oraz dane historyczne. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 20.001.276,00 zł.

W formularzu oferty Zamawiający określił na potrzeby wyceny Usługi Modyfikacji ilość jednostek – punktów funkcyjnych 7999 (wielkość szacunkowa służąca do porównania ofert. Faktyczna ilość wykorzystanych jednostek będzie wynikać z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. W umowie wskazane zostanie maksymalne wynagrodzenie łączne odrębnie dla Usług Modyfikacji i Usług Zleceń Operacyjnych, wynikające z ceny jednostkowej punktu funkcyjnego oraz roboczodnia).

Zamawiający w Rozdział X *Opis sposobu obliczenia ceny*, pkt 3 wskazał, iż *Ceny określone w Formularzu Ofertowym muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (wg zasady zaokrąglenia: poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).*

Formularz Ofertowy zawiera osiem tabel do wypełnienia dla poszczególnych usług: *Zaprojektowanie, Instalacja, konfiguracja, budowa i wdrożenie Systemu Informatycznego (SI) w oparciu o Oprogramowanie Standardowe, dostarczenie licencji Oprogramowania Standardowego i przeprowadzenie warsztatów z działania SI (Tabela I); Świadczenie Usługi ATiK przez okres 36 miesięcy od dnia podpisania przez Strony bez zastrzeżeń Protokołu Uruchomienia Usług (Tabela II); Świadczenie Usług Utrzymania w okresie 36 miesięcy (bez usługi Integracji i Certyfikacji) – Tabela III; Usługa Integracji i Certyfikacji (Tabela IV); Zwiększenie ceny za Usługi Administracji Środowiskami oraz Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności (Tabela V); Usługa Zleceń Operacyjnych (Tabela VI); Usługa Modyfikacji (Tabela VII).* Na łączną cenę oferty składają się wyceny wszystkich objętych tabelami od I do VII Usług. Usługi Utrzymania wyceniane są we wspólnej pozycji nr 3 (tabela VIII) jako łączna cena netto z Tabel III, IV, V, VI.

Zamawiający w załączniku nr 5 do siwz – wzór umowy w definicji Oprogramowania Standardowego (pkt 26) wskazał, iż *oznacza oprogramowanie, na bazie którego zostanie wykonany na rzecz Zamawiającego System Informatyczny, wskazane w Załączniku nr 1.7 do Umowy (na podstawie oferty złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) do czasu dostarczenia Końcowego Wykazu Oprogramowania Standardowego zgodnie z cz. 1 ust. 3 pkt 6) Załącznika nr 1.1 do Umowy albo oprogramowanie, na bazie którego został wykonany na rzecz Zamawiającego System Informatyczny, wskazane w Końcowym Wykazie Oprogramowania.* Na bazie oprogramowania standardowego wykonany ma być system informatyczny Business Intelligence, sparametryzowany i dostosowany do potrzeb Zamawiającego umożliwiający

przekształcanie danych z innych systemów informatycznych Zamawiającego (Systemów dziedzinowych) oraz ich prezentowanie zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr I.1 do Umowy, stanowiący integralną część Systemu Informatycznego (pkt 39). Na bazie oprogramowania standardowego ma być również wykonana baza danych (Hurtownia Danych), sparametryzowana i dostosowana do potrzeb Zamawiającego, umożliwiającą analizowanie zawartych w niej danych pochodzących z różnych źródeł i spełniającą warunki określone w Załączniku nr I.1 do Umowy, stanowiącą integralną część Systemu Informatycznego (pkt 18).

W załączniku nr I.1 do wzoru umowy w pkt 2 *Opis budowy i wdrożenia SI* elementem zobowiązania Wykonawcy, obok opracowań analitycznych i budowy SI, stanowi *dostarczenie Oprogramowania Standardowego wraz z Dokumentacją Oprogramowania Standardowego oraz wymaganymi licencjami w liczbie wynikającej z oferty złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu przetargowym, a także sporządzonymi w języku polskim ogólnymi warunkami licencyjnymi producenta Oprogramowania Standardowego (ppkt 3).*

W piśmie z dnia 23.03.2017 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 5 o treści *Czy Zamawiający jako „Oprogramowanie Standardowe” rozumie oprogramowanie typu COTS „Commercial off-the-shelf” przy założeniu, że co najmniej 10 firm w Polsce jest autoryzowanym partnerem producenta w zakresie tego oprogramowania a rozwiązanie jest wdrożone w przynajmniej 10 firmach/instytucjach posiadających powyżej 1000 pracowników? Dodatkowo, patrząc na zakres wdrożenia, potrzebę jego spójności, wydajności i bezpieczeństwa przechowywanych danych, prosimy o dodanie wymogu, aby wszystkie komponenty zaoferowanego oprogramowania pochodziły od jednego producenta. Zapis taki w znaczny sposób zmniejszy ryzyko nie wykonania przedmiotu umowy w terminie, a także zminimalizuje ryzyko niekompatybilności i wystąpienia błędów krytycznych, a w razie ich wystąpienia znacząco skróci czas ich usunięcia.* Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Oprogramowanie Standardowe” jest rozumiane jako oprogramowanie z półki (COTS akronim od angielskiego Commercial Off-The-Shelf Software) tj. oprogramowanie stanowiące produkt wytworzony na szeroki rynek, dla dużej liczby klientów, które jest dostarczane wielu klientom w identycznej postaci, przy czym Zamawiający nie wprowadza wymagania co do liczby autoryzowanych partnerów producenta w zakresie tego oprogramowania jak i liczby wdrożeń rozwiązania. Zamawiający nie wprowadza wymagania aby wszystkie komponenty zaoferowanego oprogramowania pochodziły od jednego producenta.*

W postępowaniu złożonych zostało siedem ofert z cenami brutto w wysokości od 9.825.633,60 zł. (S. S.A.); 13.731.032,43 zł. (A. P. S.A.); 14.778.922,32 zł (C.P. S.A.);

15.853.347,00 zł. (konsorcjum: A.P.N. P. S.A. i IT. Sp. z o.o.); 18.387.781,43 zł. (D.D.P. Sp. z o.o.); 18.846.013,75 zł. (konsorcjum: S.S.P. Sp. z o.o., S. P. Sp. z o.o.); 19.670.087,43 zł. (A.P. S.A.). Zamawiający odrzucił cztery oferty, między innymi na tej podstawie, że cena zaoficerowana jest rażąco niska: A. P. S.A, Konsorcjum A.P.N, D.D.P., Konsorcjum S.. Ofertę A.P. S.A. Zamawiający odrzucił, jako niezgodną z treścią siwz. Spośród pozostałych dwóch ofert Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty najtańszej, tj. oferty S. S.A. (dalej jako S.).

S. złożyło w piśmie z dnia 05.06.2017 r. wyjaśnienia dotyczące Oprogramowania Standardowego (I), dotyczące wymagania WR.23 (II) oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (III). Wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny Wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Jedynie ogólnie, bez naruszania poufności informacji przekazanych Zamawiającemu można wskazać, że Wykonawca odnosił się do pracochołności wraz z kosztami wynagrodzeń dla poszczególnych osób i ich ról przyjętych w zamówieniu. Wyjaśnienia dotyczą szczegółów założeń przyjętych do kalkulacji poszczególnych usług wraz z dowodami (m.in. ofertami, umowami), z uwzględnieniem przyjętego stosu technologicznego.

A. złożyło wyjaśnienia w piśmie z dnia 05.06.2017 r., zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty A. Zamawiający odniósł się do tych elementów, które wskazywały na niezgodność jej treści z wymaganiami opisanymi w siwz dotyczącymi oferowanego, jako oprogramowania standardowego, tj. oprogramowania do budowy i wdrożenia Systemu Informatycznego (SI), a także braku zachowaniu proporcji ceny Usługi Modyfikacji do ceny oferty, która zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, sekcja II.2.4) pkt 5 musi stanowić minimum 58% ceny oferty. Ponadto, Zamawiający uznał, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy ponieważ zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako niewystarczające i wskazał na brak przedstawienia w nich informacji na temat pracochołności poszczególnych usług (za wyjątkiem budowy i wdrożenia SI), pracochołności danych specjalistów przy realizacji poszczególnych usług, wskazania rodzaju specjalistów, którzy będą brać udział w realizacji usług oraz kosztów osobowych danych specjalistów. Zamawiający uznał, iż same twierdzenia Wykonawcy (bez przedstawienia dowodów odnoszących się do konkretnych osób) nie były wystarczające aby na ich podstawie możliwe było zweryfikowanie zaoficerowanej ceny.

A. w załączniku nr 1 do formularza ofertowego – Wykaz Oprogramowani Standardowego zaoficerował między innymi oprogramowanie własnej produkcji występujące pod nazwą PUMA i Meta Menager (moduły). Informacja o produkcie została pierwotnie zastrzeżona w ofercie,

jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero na rozprawie Odwołujący ujawnił nazwy produktów własnych zaoferowane jako oprogramowanie standardowe.

Zamawiający w odpowiedzi na oba odwołania uwzględnił zarzuty skierowane wobec oceny oferty S. i dokonania jej wyboru w sytuacji, kiedy zaoferowana cena jest rażąco niska. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca S. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w obu odwołaniach.

A. podtrzymało odwołanie w całości. Odwołujący C. na rozprawie zdecydował się wycofać zarzut dotyczący zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykazu osób złożonego w ofercie S., a w pozostałym zakresie odwołanie podtrzymał.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Oba odwołania podlegają oddaleniu.

Z uwagi na częściową zbieżność zarzutów, w zakresie dotyczącym oferty S. i podnoszonej podstawy do jej odrzucenia związanej z oceną wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, w tej części stanowisko Izby odniesienie ma do obu odwołań i prezentowane jest jako pierwsze.

Z uwagi na objęcie klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących kalkulacji ceny ofertowej S., w uzasadnieniu Izba nie dokonała przywołania fragmentów wyjaśnień, ani dowodów przedstawionych Zamawiającemu przy wyjaśnieniach z dnia 05.06.2017 r. W części argumenty prezentowane na rozprawie prowadzonej z wyłączeniem jawności w dniu 30.08.2017 r. Izba również pominęła, skupiając się w uzasadnieniu wyłącznie na tych elementach, których omówienie nie prowadziło do ujawnienia informacji niejawnych.

Oddalając oba odwołania w części zarzutu zaniechania odrzucenia oferty S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy Izba uznała, iż okoliczności prezentowane przez Odwołującego C., dotyczące sytuacji finansowej Spółki S. oraz wypowiedzi Członków Zarządu tej Spółki o sytuacji finansowej, nie mogły uzasadniać potrzeby zweryfikowania wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy w kontekście wyników finansowych przedsiębiorcy. Taki sposób oceny wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej za konkretny zakres prac objęty ofertą spotkał się z krytyczną oceną Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 31 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1901/16, KIO 1903/16 i KIO 1904/16), uwzględniającą opinię Prawą Prezesa UZP, którą Izba w całości podziela. Przywołując fragmenty z uzasadnienia Izba wskazuje, że *Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej*

kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Nie ma normatywnych podstaw do traktowania przepisów ustawy pzp związanych z badaniem ceny oferty jako instrumentu służącego z jednej strony kompleksowej weryfikacji kondycji ekonomicznej wykonawcy, a z drugiej zabezpieczeniu zamawiającego przed niewykonaniem zamówienia z powodu jego nieopłacalności dla wykonawcy. Powyższa instytucja rażąco niskiej ceny zabezpiecza jedynie pośrednio oraz tylko na poziomie kosztów wykonawcy związanych bezpośrednio z wykonaniem danego zamówienia, a na dodatek górną granicę możliwości ich badania ogranicza rynkowa wartość przedmiotu zamówienia. Zawsze konieczne jest bowiem, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w postępowaniu ceny nie należało dokonywać w kontekście wyników finansowych Wykonawcy za ostatni rok obrotowy, a także pierwszy kwartał bieżącego okresu rozliczeniowego, a na tych danych Odwołujący C. opierał konstrukcję zarzutu, w szczególności kwestionując cenę roboczo-dnia (400 zł). Również Zamawiający uwzględniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty S. z powodu rażąco niskiej ceny odnosił się w przeważającej części swojej wypowiedzi na rozprawie do sytuacji finansowej, w jakie znajduje się obecnie Spółka, prezentując wnioski podobne do wniosków C., o potrzebie skalkulowania ceny oferty w taki sposób, aby zapewnić wyższą rentowność dla tego zamówienia i zniwelowania ryzyka niewykonania zamówienia. Zamawiający oraz Odwołujący

C. prezentując dowody na okoliczność zmiany polityki ofertowej Spółki oraz trudną sytuację finansową, dążyli do przekonania, iż Wykonawca powinien był dokonać wyższej wyceny prac, niż wynikająca z zakresu rzeczowego zamówienia i nakładów potrzebnych do jego wykonania, tak aby wypracować bezpieczny zysk, pozwalający na złagodzenie skutków części nierentownych zamówień realizowanych lub zrealizowanych. Takie założenie w ocenie Izby nie mogło być uznane za dopuszczalne na gruncie procedury zmierzającej do wyjaśnienia kalkulacji ceny ofertowej i ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wnioski Odwołującego C. oraz Zamawiającego zmierzały do tego aby przyjąć, iż nawet kalkulacja rynkowa przedmiotu zamówienia potwierdzona wyjaśnieniami, w świetle sytuacji finansowej tego Wykonawcy, miałyby prowadzić do oceny wyjaśnień jako niewystarczających, a tym samym do stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Takie wnioski pomijają jednak faktyczny cel składanych wyjaśnień, jakim jest przekonanie Zamawiającego i wskazanie na te okoliczności dotyczące Wykonawcy, które pozwalają obniżyć koszty związane z wykonaniem tego konkretnego zamówienia. Argumentacja Odwołującego C. faktycznie zmierzała do przekonania o potrzebie zawyżenia rzeczywistych kosztów związanych z tym zamówieniem. Należy stanowczo podkreślić, iż wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy nie mają na celu wykazania wpływu zamówienia na sytuację finansową Wykonawcy w tym znaczeniu, aby móc stwierdzić, że ewentualne straty na innych kontraktach nie zagrażają realizacji tego zamówienia. Kondycja finansowa Wykonawca jest przedmiotem badania pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu i służyć ma ocenie, czy sytuacja Wykonawcy pozwala uznać, iż jest on zdolny do wykonania zamówienia, a więc że znajduje się w sytuacji, która nie zagraża realizacji zamówienia. Oceny tej dokonuje się w oparciu o inne dokumenty, niż wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny, wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym, zasadnicza argumentacja C., którą podzielał Zamawiający, nie mogła zmieniać kontekstu oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. Z tych też przyczyn Izba pominęła dowody zgłoszone na okoliczność wykazania złej sytuacji finansowej Spółki S. oraz podejmowanych kroków, które mają umożliwić dalsze funkcjonowanie na rynku. Należy zauważyć, iż Izba oceniając czynności Zamawiającego w postępowaniu bierze pod uwagę wyjaśnienia złożone w toku postępowania wraz z dowodami (jeżeli takie zostały złożone), które Zamawiający miał możliwość przeanalizować podejmując decyzję o odrzuceniu oferty lub jej wyborze. Tym samym Izba oceniła wyjaśnienia pod kątem elementów ceny, których wysokość kwestionowali obaj Odwołujący.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych wobec przyjętej przez S. stawki 400 zł. roboczodnia za Usługę Zleceń Operacyjnych, którą C. opierał na wykazaniu niedopuszczalności przedstawiania w wyjaśnieniach uśrednionej stawki wynagrodzenia,

która ma umożliwić manipulowanie doбором personelu na potrzeby kalkulacji ceny, tracił on na mocy w zestawieniu ze stanowiskiem C. prezentowanym, jako przystępujący. W ocenie Izby, sprzeczność stanowiska C., który na potrzeby własnego odwołania wskazywał na niedopuszczalność posługiwania się w wyjaśnieniach uśrednioną wartością wynagrodzenia, ale już jako przystępujący po stronie Zamawiającego do odwołania A., w piśmie procesowym z 18.08.2017 r. wskazywał, iż *Można było też przykładowo przypisać poszczególnych pracowników (wraz z wymiarem etatu) do poszczególnych części formularza cenowego i podać średnie wynagrodzenie w każdej z grup* (str. 6 pisma), pozbawia obiektywizmu oceny prezentowanej w odwołaniu. Ponadto analiza tylko tej składowej ceny nie dawała obrazu wyceny prac, gdyż zgodnie z siwz Usługa Zleceń Operacyjnych ujęta w tabeli nr VI składała się na cenę *Usługi Utrzymania* wycenianą w pozycji nr 3 (tabela VIII) jako łączna cena netto z Tabel III, IV, V, VI. Również krytycznie należało odnieść się do wywodzenia ze stawki roboczogodziny zaniżenia wyceny prac związanych z budową i wdrożeniem systemu informatycznego (SI). Odwołujący C. w oparciu o własne założenie uznał, iż stawka 400 zł wskazana dla Usług Zleceń Operacyjnych, stanowić powinna odniesienie do obliczenia kosztów innego zakresu prac. Już tylko z tej przyczyny, argumentacja o niedoszacowaniu pracochłonności dla tej części usługi była nieprzekonująca. Kolejnym aspektem wyceny S., do którego odnosił się Odwołujący A. jak i Zamawiający było podważenie szacowanej pracochłonności dla poszczególnych elementów prac związanych z Usługą zaprojektowania, instalacji, konfiguracji, budowy i wdrożenia SI, chociaż jak Zamawiający przyznał na rozprawie, wytycznych dla takiego szacowania, nie zawarł w siwz. Również uzasadnienie jakie Zamawiający wskazał w protokole postępowania (druk ZP) w celu wyjaśnienia przyczyn, dla których nie dopuścił składania ofert częściowych, wskazuje na brak możliwości ustalenia w sposób wiążący dla każdego z wykonawców pracochłonności, *ze względu na fakt, że system nie został jeszcze wykonany, a zatem obecnie nie jest możliwe precyzyjne oszacowanie wielkości systemu oraz rzeczywistych kosztów jego utrzymania i rozwoju*. Powyższe miało ten skutek, że każdy z Wykonawców, kierując się doświadczeniem własnym w realizacji tego rodzaju kontraktów określał koszty pracownicze, jak również szacował pracochłonność. Również nie była przekonująca argumentacja A., co do konieczności badania pracochłonności i jej wliczenia metodą punktu funkcyjnego. Przede wszystkim takie wytyczne musiałyby być zawarte w siwz, aby następnie móc weryfikować wyjaśnienia w oparciu o ten element, a jak wskazano powyżej Zamawiający nie podjął się oszacowania pracochłonności, pozostawiając wykonawcom skalkulowanie kosztów. Wyliczenia A. prezentowane w odniesieniu do tego elementu kalkulacji wykonania systemu SI, uwzględniały wycenę punktu funkcyjnego prezentowaną w Tabeli VII dla Usługi Modyfikacji. Z uwagi na wiążący wykonawców zapis dotyczący procentowego udziału kosztów tej usługi w całości ceny oferty (minimum 58%), wycena punktu funkcyjnego musiała być w pewien

sposób wypadkową kalkulacji pozostałych elementów prac, składających się na cenę oferty brutto.

Zasadniczo w trakcie rozprawy, Zamawiający prezentował argumentację daleko wykraczającą poza podstawę faktyczną zarzutów związanych z oceną wyjaśnień Wykonawcy S., wskazaną w odwołaniach. Miało to co prawda uzasadnienie w tym, że Zamawiający miał szerszą wiedzę wynikającą z treści wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogło to jednak prowadzić do faktycznego rozszerzenia rozpoznania zarzutów ponad zakres wynikający z okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniach. W ocenie Izby, fakt uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego nie zwalnia Izby z zakazu orzekania poza podniesiony zarzut, tu w odniesieniu do tych elementów wyceny, na jakie wskazali obaj Odwołujący. Jeżeli Zamawiający kieruje się inną perspektywą, z uwagi na pełną znajomość wyjaśnień wykonawcy (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), to powyższe może ewentualnie stanowić podstawę nowych czynności w postępowaniu, które Zamawiający może podejmować do chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie można bowiem dopuścić do takiej sytuacji, w której Zamawiający faktycznie dopiero na etapie rozprawy, po uwzględnieniu zarzutu podnosiłby okoliczności, które mogłyby prowadzić do stwierdzenia wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty/wykluczenia wykonawcy, innych niż te na jakie wskazali Odwołujący. Ocena wyjaśnień wprawdzie musi mieć charakter kompleksowy, ale w niniejszej sprawie Odwołujący kwestionowali wybrane składniki ceny i tylko w tym zakresie Izba mogła ocenić zasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty S..

W świetle powyższego zarzuty dotyczące oferty S. Izba pominęła nowe okoliczności prezentowane przez Zamawiającego na niejawniej części rozprawy i oddaliła w tym zakresie oba odwołania.

W dalszej części, zachowując kolejność spraw połączonych do wspólnego rozpoznania, Izba uznała, iż oba odwołania należy oddalić.

Odwołanie A.

Odwołanie A. w zakresie pozostałych zarzutów nie mogło prowadzić do zmiany czynności odrzucenia tej oferty, dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, jako niezgodnej z siwz. Izba podzieliła ocenę Zamawiającego w części dotyczącej ustalenia, że zaoferowane oprogramowanie produkcji A., składające się na system SI nie jest Oprogramowaniem Standardowym, jak również że cena Usługi Modyfikacji, mniejsza niż 58% stanowi o niezgodności treści oferty z siwz. Izba podzieliła jedynie zarzut dotyczący oceny wyjaśnień tego Wykonawcy, które doprowadziły do uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską, co

jednak nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania, gdyż pozostałe podstawy odrzucenia oferty potwierdziły się. Tym samym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, w którym oferta A. nie mogła być wybrana.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu uwzględnionego należy zauważyć, iż wyjaśnienia Wykonawcy zostały przez Zamawiającego uznane za niedostateczne przede wszystkim z uwagi na brak dowodów potwierdzających wyliczenie kosztów, dla których najistotniejszym były koszty pracy. Oceny Zamawiającego miała charakter zero jedynkowy, tj. tam gdzie nie było dowodów uznawał, iż cena jest rażąco niska, niezależnie nawet od jej wysokości, co doprowadziło do sytuacji, w której najtańsza oferta została wybrana (do wyjaśnień załączone zostały dowody). Choćby oceny wyjaśnień należy dokonywać indywidualnie przy uwzględnieniu okoliczności dotyczących danego wykonawcy, to nie można tracić z oczu efektów oceny, które mają prowadzić bądź do uznania ceny za rażąco niską, bądź uznania jej za rynkową. Zestawienie cen ofert dla zamówienia o tak dużej skali i wartości, zasadniczo podważa wniosek, iż cena oferty A. była rażąco niska. Mieściła się ona bowiem w średnim przedziale cen zaoferowanych w tym postępowaniu. Można również wskazać, iż porównywanie ceny do szacowanej wartości zamówienia nie miało dla tego postępowania decydującego znaczenia, gdyż suma środków, jaką Zamawiający przewidział na jego sfinansowanie, była o ok. 20 % niższa od szacunków Zamawiającego. Ponadto, sam Zamawiający w protokole postępowania wskazał, iż nie było możliwe prawidłowe oszacowanie zakresu prac z uwagi na brak wiedzy co do rozwiązań, jakie będą przyjmowali wykonawcy. Tym samym, to oferty jakie złożyli wykonawcy wyznaczały rzeczywisty poziom cen możliwych do uzyskania na rynku. W odniesieniu do dwóch ofert droższych, cena oferty A. w zasadzie nie odbiegała znacząco i mieściła się w przedziale 7– 13%. Dodatkowa okoliczność wskazywana przez Przystępującego C. była oparta na przeliczeniu pracochołności Usługi Administracji Systemem Informatycznym (4,32 dni roboczych) i zaoferowanej stawki 2 764,00 zł., jako niewystarczającej na obsługę kont użytkowników w całym wymiarze oczekiwanego czasu świadczenia, tj. całego miesiąca. W ocenie Odwołującego stawka ta jest rażąco niska, nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji usługi i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (jeżeli A. planuje pokrycie części kosztów usługi kosztami innych usług). Skompensowanie nieoszacowanego kosztu innymi może prowadzić do sytuacji, w której po wypowiedzeniu świadczenia tej usługi, Zamawiający będzie do końca umowy ponosić zawyżone koszty świadczenia pozostałych usług. Oddalając w tym zakresie zarzut C. Izba miała na względzie szacowaną przez Zamawiającego pracochołność na poziomie 75 dni roboczych w skali całego zamówienia. Uwzględniając wyliczoną przez C. wielkość 4,32 dni roboczego, w skali całego zamówienia A. przyjęło pracochołność na poziomie 155,52 dni, a zatem zarzut Odwołującego C. nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zasadnicza kwestia, która decydowała o wyniku rozstrzygnięcia, dotyczy zgodności oferty A. z siwz i ustalenia, iż zaoferowane oprogramowania PUMA oraz Meta Menadżer nie są Oprogramowaniem Standardowym w rozumieniu siwz. Izba zajęła stanowisko bez konieczności zasięgnięcia opinii biegłego, o co wnosił Odwołujący, gdyż rozstrzygnięcie sprowadzało się faktycznie do ustalenia zakresu znaczeniowego definicji wskazanej w siwz. Sama teza dowodowa została w ten sposób skonstruowana, że Odwołujący oczekiwał, aby biegły ocenił zgodność oferty z siwz, nie wskazując nawet na pełny zakres dokumentacji oprogramowania, na bazie którego biegły mógłby wydać opinię. Faktycznie bowiem istota spory sprowadzała się do oceny, czy koniecznym dla uznania oprogramowania za Oprogramowanie Standardowe było, aby dokumentacja techniczna istniała w momencie wniesienia oferty, tak aby możliwe było zweryfikowanie właściwości oferowanego produktu. Chociaż w opisie Oprogramowania Standardowego (wzór umowy) nie została zamieszczona wprost informacja o potrzebie istnienia dokumentacji gotowego produktu, który mógłby być dostarczony jako gotowy, o posiadanych znanych rozwiązaniach, to dostarczenie tej dokumentacji stanowi istotny element przedmiotu zamówienia opisany jako element świadczenia wymagany w ramach zawartej umowy. Stąd, nawet brak wskazania w odpowiedzi na pytanie nr 5 na istniejącą (opublikowaną i powszechnie dostępną) dokumentację, którego to elementu opisu definicji oprogramowania typu COTS faktycznie pytanie nie dotyczyło nie oznaczało, że możliwe było zaoferowanie oprogramowania, które jest w trakcie opracowywania, nieznanego powszechnie jako produkt standardowy. Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż dokumentacja dotycząca produktów A. została udostępniona w części już po złożeniu oferty, co zostało podyktowane zmianą strategii sprzedaży przyjętą dla tego produktu. Nie można również pominąć oświadczeń A. złożonych w pismach procesowych, w których przyznała, iż oprogramowanie PUMA wcześniej było frameworkiem. Już samo zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa nazwy produktów PUMA oraz Meta Menadżer podważało możliwość uznania ich za Oprogramowania Standardowe, dostarczane w identycznej postaci szerokiemu gronu podmiotów. Wiedza o produktach standardowych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynym uzasadnieniem dla takiego działania, w ocenie Izby, było dążenie do uniemożliwienia wniesienia odwołania przez konkurentów, gdyż zaoferowany produkt nie jest produktem typu COTS. Odwołujący dopiero na rozprawie, składając dowody zdecydował o odtajnieniu nazwy produktu (rzekomo stanowiącego oprogramowanie standardowe typu COTS).

Również kwestia dotycząca niezgodności oferty A. z siwz i dotycząca braku zachowania wymaganego procentowego udziału wartości brutto Usługi Modyfikacji w cenie oferty, tj. minimum 58% ceny oferty, znajdowała uzasadnienie w treści wymagań siwz. Odwołujący A. Usługę Modyfikacji wycenił w kwocie 7.963.425,90 zł brutto (Tabela VII), co w odniesieniu do

ceny oferty (13.731.032,43 zł) stanowi kwotę niższą niż wymagane 58% ceny oferty (tj. 7.963.998,8094 zł). Zamawiający wyliczył, iż kwota wskazana w Tabeli VII stanowi faktycznie 57,9958% ceny oferty. Powyższe, w świetle zapisu zamieszczonego w formularzu oferty przy opisie Tabeli VII *Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, Sekcja II.2.4) pkt 5, Cena brutto Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 58% ceny oferty*, wskazywało na brak zapewnienia wymaganego procentowego parytetu i stanowiło o niezgodności oferty z siwz. Odwołujący nie zaprzeczał faktom, jednocześnie wyjaśniając przyczyny tej niezgodności zaokrągleniami w przeliczeniu ceny, co może mieć znaczenie na etapie rozliczenia w trakcie świadczenia usługi. W ocenie Odwołującego, w zaistniałej sytuacji należało zastosować zasadę zaokrąglenia opisaną w siwz na potrzeby obliczenia ceny (Rozdział X, pkt 3 siwz), a Zamawiający powinien dokonać sprostowania niezgodności z siwz na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Odnosząc się do tak opisanej podstawy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Izba uznała, iż Zamawiający w sposób zgodny z ustalonymi w siwz zasadami dokonał czynności odrzucenia oferty A.. Fakt istnienia niezgodności oferty jest oczywisty, bez względu na wyjaśnienia prezentowane przez Odwołującego, gdyż zaoferowana w Tabeli VII kwota 7.963.425,90 zł brutto była mniejsza, niż kwota stanowiąca 58% ceny oferty - 7.963.998,8094 zł. Zachodziła zatem potrzeba ustalenia, czy niezgodność ta mogła być usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Odwołujący z ostrożności formułował taki wniosek odsyłając do zasady zaokrągleń opisanej w rozdziale X siwz. *Ceny określone w Formularzu Ofertowym muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku*. Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba podobnie jak Zamawiający uznała, iż zasada zaokrągleń nie odnosiła się do wyliczenia proporcji pomiędzy ceną oferty a ceną Usługi Modyfikacji. Zasada ta miała jedynie zastosowanie do wyliczenia ceny Usługi Modyfikacji, która miała być wskazana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i tak została przez Odwołującego podana w formularzu ofertowym. Odnosząc tą zasadę na wyliczenie ceny Usługi Modyfikacji, aby zachować wymagany udział procentowy 58% do ceny oferty, cena w tabeli VII nie mogła być mniejsza niż 7.963.998,8094 zł, co przy uwzględnieniu zasady zaokrągleń powinno być podane w kwocie 7.963.998,81 zł. Dopiero tu można byłoby mówić o zastosowaniu zasady zaokrąglenia kwoty do dwóch miejsc po przecinku. To po stronie Odwołującego leżało zachowanie tej proporcji i właściwe wskazanie ceny jednostkowej, tak aby po przeliczeniu przez szacowaną ilość jednostek (7 993) cena brutto Usługi Modyfikacji nie była mniejsza niż 7.963.998,81 zł. Zamawiający nie miał możliwości poprawienia samodzielnie ceny oferty w tabeli VII w sposób w jaki prezentował to Odwołujący A. (przez zwiększenie o 0,06 zł ceny za punkt funkcyjny), gdyż faktycznie Zamawiający musiałby zmienić cenę jednostkową, a ta stanowić ma podstawę do rozliczenia zakresu prac podyktowanego rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Ponadto, zmiana ceny jednostkowej musiałaby być połączona ze zmianą ceny brutto ustalonej dla tej usługi,

stanowiącej maksymalne wynagrodzenie dla tego zakresu prac, co mogłoby być już kwalifikowane, jako prowadzenie niedozwolonych negocjacji w zakresie ceny. Zamawiający nie miał faktycznej i prawnej możliwości zmiany oferty Odwołującego A., która prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Nie chodzi tu o samą kwotę wyliczonej różnicy ceny (572,91 zł), ale o ingerencję w podstawę wyceny prac wskazanych kwotą ryczałtową. Zamawiający nie miał dostatecznych wytycznych z oferty do tego aby ustalić który ze składników ceny należy zmienić, stąd stawianie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy nie mogło odnieść skutku w postaci nakazania przywrócenia do oceny oferty A..

Odwołanie C..

Również odwołanie C. w zakresie pozostałych zarzutów nie zasługiwało na uwzględnienie. Odwołujący cofnął zarzut zaniechania odtajnienia wykazu osób w ofercie S..

Odnosnie braku odtajnienia korespondencji A. z Zamawiającym dotyczącej ceny oferty i wyjaśnienia dotyczącego oferowanego Oprogramowania Standardowego (w tym wyjaśnienia z 19.06.2017), zarzuty te nie mogły zasadniczo wpłynąć na wynik postępowania. Zarzut dotyczący bezpodstawnej odmowy udostępnienia części oferty w zakresie oprogramowania typu COTS wraz z wyjaśnieniami, potwierdził się w świetle decyzji A. o odtajnieniu tej informacji na rozprawie. Pozostałe zarzuty kierowane wobec oferty A. Izba oddaliła, gdyż ich celem miało być wskazanie na dodatkowe podstawy do odrzucenia tej oferty, a która to czynność została przez Izbę oceniona jako prawidłowa z przyczyn wskazanych powyżej.

W świetle powyższego oba odwołania Izba oddaliła.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 oraz § 6 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.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego w obu sprawach po stronie Zamawiającego, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów, w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przez zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołujących.

Przewodniczący:

