

**Sygn. akt: KIO 1256/15**

**Sygn. akt: KIO 1328/15**

**WYROK**

**z dnia 9 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 12 czerwca 2015r. przez **Billennium Sp. z o.o., ul. Tagore'a 3, 02-674 Warszawa** (Sygn. akt: KIO 1256/15)
- B. w dniu 22 czerwca 2015r. przez **IT.expert Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 176, 02- 486 Warszawa** (Sygn. akt: KIO 1328/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławskie Centrum Badań EIT+ sp. z o. o., ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław**

przy udziale:

- A. **IT.expert Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1256/15 po stronie zamawiającego,
- B. **Comarch Polska SA, ul. J.Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 1256/15 oraz sygn. akt KIO 1328/15 po stronie zamawiającego
- C. **Billennium Sp. z o.o., ul. Tagore'a 3, 02-674 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1328/15 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołania,**

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących: **Billennium Sp. z o.o., ul. Tagore'a 3, 02-674 Warszawa oraz IT. expert Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących się tytułem wpisów od odwołań,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1256/15**

**Sygn. akt: KIO 1328/15**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wrocławskie Centrum Badań EIT+sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wdrożenie wraz z dostawą systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów (EOD) jako kluczowego elementu Zintegrowanego Systemu Informatycznego służącego do zarządzania Wrocławskim Centrum Badań EIT+ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w ramach projektu pn. Dolnośląskie Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskie Centrum Badań EIT+, współfinansowanego ze środków UE w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka – działanie 2.2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4.04.2015 pod poz. 2015/S 067-119730.

**Sygn. akt: KIO 1256/15**

W dniu 12.06.2015 roku Odwołujący – Billennium Sp. z o.o. (dalej Billennium), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Comarch z zastosowaniem innych kryteriów oceny ofert, niż te które zostały określone w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta nie powinna uzyskać największą ilość punktów. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Comarch S.A., dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego, przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz treści złożonej oferty i korespondencji między Zamawiającym a Odwołującym.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 3.06.2015 roku, kiedy odebrał pismo Zamawiającego informujące o sposobie interpretacji treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z jej treścią. Następnie, w dniu 12.06.2015 roku, Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą w postępowaniu wybrał ofertę Comarch S.A. Odwołujący przywołał postanowienia SIWZ dotyczące opisu kryteriów oceny ofert i podniósł, że w podkryterium 1.1 Cena za całość oferty, przyznając punktację należy brać pod uwagę cenę za wdrożenie EOD, a nie jak przyjął Zamawiający cenę za wdrożenie, Asystę i Wsparcie. Zdaniem Odwołującego, wskazany przez niego sposób przyznawania punktów jest jedynym prawidłowym, gdyż w innym przypadku tj. przyznawania punktów w podkryterium 1.1 za CC i pod kryterium 1.2 za CU) Zamawiający dwukrotnie przyznawałby punkty za cenę utrzymania systemu, gdyż cena CU jest wliczona do CC.

Odwołujący wskazał ponadto, że w rozdziale 28. pt. Wybór oferty i zawiadomienie o wyniku postępowania SIWZ, Zamawiający wyraźnie określił, że przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający stosował będzie wyłącznie zasady i kryteria określone w niniejszej SIWZ. Ponadto Zamawiający wskazał, że udzieli zamówienia Wykonawcy, który spełni warunki udziału w postępowaniu i uzyska największą liczbę punktów. Zatem sposób przyznawania punktów w poszczególnych podkryteriach nie może ulec zmianie na etapie oceny ofert w odniesieniu do definicji zawartych w SIWZ. Zamawiający pismem z dnia 3 czerwca 2015 roku zajął stanowisko sprzeczne z treścią wcześniej opublikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. wskazał, że w podkryterium 1.1 (CC) Cena za całość oferty jako podstawę do obliczenia weźmie łączną cenę za wdrożenie, asystę i wsparcie. Następnie pismem z dnia 12 czerwca 2015 poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Comarch S.A., pomimo iż ta oferta nie jest najkorzystniejsza biorąc pod uwagę ilości punktów przyznane za poszczególne kryteria oceny ofert obliczone zgodnie z SIWZ. Odwołujący przedstawił tabelaryczne porównanie cen ofert i przyznanej poszczególnym ofertom punktacji, przy założeniu ceny za całość, obejmującej wdrożenie, Asystę i wsparcie oraz przy założeniu, że cena za całość oznacza cenę wdrożenia.

#### **Sygn. akt: KIO 1328/15**

W dniu 22.06.2015 roku Odwołujący – It.expert Sp. z o.o. (dalej It.expert), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia ofert Comarch Polska S.A. (dalej Comarch) oraz Billennium sp. z o.o. (dalej Billennium), pomimo, że treść ich ofert nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ:
2. czynności prowadzenia między Zamawiającym a Comarch oraz Billennium zakazanych negocjacji dotyczących treści oferty i w ich wyniku przyjęcia, że oferty zawierają:
  - a. skanery, o których mowa w pkt. 5.1. str. 13 OPZ - chociaż ich oferty tej części przedmiotu zamówienia nie obejmują;
  - b. zaoferowanie dostarczenia 36-miesięcznej wsparcia producenta (w tym gwarancji i aktualizacji) na wszystkie elementy Systemu, pomimo konieczności ich zaoferowania wynikającej m.in. z pkt 1.5.2. OPZ (str. 7 OPZ), - chociaż ich oferta tego nie obejmuje;
3. czynności przyjęcia, że Comarch i Billennium mogli złożyć więcej niż 1 ofertę,
4. zaniechania odrzucenia oferty Comarch, pomimo, że ocena wyjaśnień Comarch wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. zaniechania odrzucenia oferty Comarch, która jest nieważna, ponieważ Comarch zaoferował świadczenie niemożliwe w myśl przepisów kodeksu cywilnego,
6. zaniechania odtajnienia części wykazu zamówień oraz referencji publicznych Comarch, chociaż są jawne i dostępne na podstawie informacji publicznej,
7. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty Comarch,
8. czynności niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. prowadzenie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch i Billennium, pomimo, że treść ofert złożonych przez tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie między Zamawiającym a Comarch oraz Billennium negocjacji dotyczących treści oferty Comarch i Billennium oraz przyjęcie w ich wyniku, że Comarch oraz Billennium zaoferował w swojej ofercie:
  - a. skanery, o których mowa w pkt. 5.1. str. 13 OPZ,
  - b. dostarczenie 36-miesięcznej wsparcia producenta (w tym gwarancji i aktualizacji) na wszystkie elementy Systemupomimo braku ich zaoferowania w ofercie, a dopiero zaoferowania ich w wyjaśnieniach udzielonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego,
3. w przypadku uznania przez Izbę, że zarzut z pkt 2 jest nieuzasadniony, ponieważ Zamawiający nie prowadził negocjacji dotyczących treści oferty Comarch i Billennium, zarzucamy naruszenie art. 82 ust. 1 Ustawy i przyjęcie, że Comarch i Billennium mogli złożyć uzupełnienie oferty,
4. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo, że ocena wyjaśnień Comarch wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, chociaż jest niezgodna z ustawą, z uwagi na to, że Comarch zaoferował świadczenie niemożliwe. Comarch w ofercie wskazał wąski zakres pod wykonawstwa, a w wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny wskazał szerszy zakres pod wykonawstwa. Wg Odwołującego Comarch jest związany swoim zobowiązaniem do świadczenia z oferty. Jednak z wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny wynika, że jest niemożliwe wykonanie zobowiązań z oferty Comarch bez szerszego zaangażowania podwykonawcy/ niż to wskazał w ofercie.

6. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia części wykazu zamówień oraz referencji dotyczących zamówień publicznych Comarch, chociaż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa.
7. art. 91 ust. 1 Ustawy przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej IT.expert,
8. w konsekwencji ww. zarzutów, Odwołujący zarzuca także naruszenie ww. artykułów w zw. zw. z art. 7 ust 1 Ustawy poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu i uwzględnienie odwołanie przez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia ofert Billenium i Comarch, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, Odwołujący podniósł, że Comarch i Billenium nie zaoferowały skanerów, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Comarch i Billenium w tabeli nr 3 Formularza ofertowego wpisali wyłącznie oprogramowanie. Skoro Comarch i Billenium ich nie wpisali, oznacza to, że ich nie zaoferowali. Tylko wpisanie skanerów w ofercie umożliwiłoby Zamawiającemu zweryfikowanie oferencji: (a) zaoferowali sprzęt, (b) czy zaoferowali sprzęt zgodny z SIWZ czy nie. Oferta miała być złożona w formie pisemnej, więc nie można przyjąć, że Comarch, Billenium zaoferował skanery np. w pozycji „wdrożenie”. Zamawiający w wyjaśnieniach z 24 kwietnia 2014 r. doprecyzował rozumienie SIWZ i było jasne, że w nim należy wpisać wszystkie płatne elementy składające się lub niezbędne do uruchomienia i wdrożenia Systemu, a nie tylko licencje. Skanery są płatnym elementem, trzeba je albo wyprodukować albo nabyć. Comarch, Billenium nie umieścił danych o nazwie, ilości czy cenie skanerów w ofercie, pomimo że skanery bez wątplenia stanowią płatne elementy mające posłużyć do uruchomienia i wdrożenia Systemu.

Odwołujący podniósł także, że Comarch i Billenium, nie zaoferowali wsparcia na elementy systemu (licencje i sublicencje) , co było wymagane w pkt 1.5.2 OPZ. Brak sporządzenia wyceny za okres udzielenia licencji i sublicencji przez danego wykonawcę oznacza, że taki wykonawca w ogóle nie zamierza zapewnić udzielenia licencji i sublicencji na wymagany przez Zamawiającego okres 36 miesięcy. W Ofertach złożonych przez nie ma informacji na temat kosztów udzielenia 36 miesięcznego okresu wsparcia producenta i aktualizacji licencji i sublicencji na dostarczone oprogramowanie. Wszyscy wykonawcy poza Odwołującym zignorowali wymogi SIWZ i nie zaoferowali w swych Ofertach odpowiedniego wsparcia. Zgodnie z polityką producenta Oracle (dotyczy Comarch) i ABBYY (dotyczy Billenium) - producenci oferują wyłącznie odrębnie: odpłatnie licencje i odrębnie do licencji asystę. Istnieje możliwość wyłącznie oddzielnego zakupu danej licencji i wsparcia technicznego do

niej - ale producenci wyceniają produkty oddzielnie, każdy jest płatny. Zakup samej licencji bez wsparcia nie pozwala na wykonanie migracji, aktualizacji, zgłaszanie problemów itd., tj. czynności, które są wymagane na podstawie wzoru umowy na świadczenie usług serwisowych i opieki nad systemem.

Oferty Comarch i Billennium nie obejmują, między innymi, ww. wsparcia, które wyłącznie producent oferowanego oprogramowania może zapewnić, ponieważ nie wynika to z ich treści. Comarch nie wskazał niezbędnego do bazy danych pakietu rozszerzającego licencję o gwarancję i możliwość aktualizacji ani nie wskazał na jaki okres taki pakiet zakupi (dla oprogramowania Red Hat również nie wskazał na jaki okres zakupi gwarancją i możliwość aktualizacji). Billennium nie wskazał pakietu rozszerzającego dot. oprogramowania ABBYY. Obaj oferenci wskazali wyłącznie licencje w swoich ofertach.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Comarch nie zaoferował również 36 miesięcznego wsparcia „A”, które jest wymagane przez § 6 wzoru Umowy Serwisowej. Z wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny wynika, że Comarch nie ujął w swojej ofercie „Wsparcia A”. Comarch stwierdza w wyjaśnieniach: *„Wymiar Asysty i/lub usług Wsparcia (zamienne) narzucone przez Zamawiającego to łącznie 200 osobodni, tj. 1600 h.”* Wskazana przez Comarch ilość osobodni 200, wyczerpuje wymaganą przez Zamawiającego ilość Asysty i Wsparcia B, co oznacza, w ocenie Odwołującego, że wykonawca nie uwzględnił w ofercie wsparcia A i gwarancji z § 18 umowy bazowej, w tym reżimów czasowych naprawy.

Wg Odwołującego, skoro oświadczenia wykonawców o zaoferowaniu skanerów, wsparcia A (Comarch) i 36 –miesięcznego wsparcia co do licencji oprogramowania Oracle, ABBYY, nie wynikają z treści oferty a dopiero skoro nie wynikają ww. oświadczenia z treści oferty, a dopiero z treści ww. wyjaśnień, to doszło tym samym do negocjacji treści oferty i jej rozszerzenia. W braku przyjęcia, że doszło do negocjacji treści oferty, należy przyjąć, że doszło faktycznie do uzupełnienia treści oferty i rozszerzenia jej o ww. elementy.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Comarch, mimo, że ocena wyjaśnień Comarch wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia ceny oferty Comarch pokazują, że wykonawca ten: 1. nie wycenił 2 skanerów, wymaganych przez OPZ., 2. nie wycenił i nie zaoferował Wsparcia A - co najmniej 36 miesięcznego, 3. nie wycenił gwarancji z §18 wzoru umowy bazowej, 4. nie wycenił i nie zaoferował wsparcia producentów oprogramowania Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters oraz Oracle Database Standard Edition one, w szczególności na okres po podpisaniu umowy do protokołów odbioru iak i na późniejszy 36 miesięczny okres. Ponadto Comarch: nie udowodnił, że wartość wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jest wyższa od minimalnego. Comarch nie załączył dowodów na tę okoliczność. Jedynym dowodem jaki złożył Comarch Poland jest oferta od podwykonawcy Comarch SA, poza nią

nie ma żadnych dowodów w sprawie. W związku z tym należy uznać, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a Comarch nie wykazał wbrew ciężącemu na nim ciężarowi dowodu (art. 90 ust. 2), że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, wskazał, że w ofercie Comarch zobowiązał się wykonać całe zamówienie sam, w wyjątkiem części dotyczącej prac analitycznych, wdrożeniowych systemu EOD, które zamierza powierzyć Comarch S.A. Tymczasem z oferty handlowej podwykonawcy, załączonej do udzielonych wyjaśnień, wynika, że Comarch S.A. (podwykonawca) wykona prace wdrożeniowe oraz dostarczy licencje EOD i licencje dodatkowe. Zdaniem Odwołującego, wynika z tego, że Comarch Poland nie jest w stanie zrealizować zamówienia sam w zakresie co najmniej części zamówienia dot.: licencji EOD oraz licencji dodatkowych Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters Database Standard Edition one.

Odnosnie zarzutu zaniechania odtajnienia części wykazu zamówień oraz referencji w ofercie Comarch, Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień co do tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że Comarch utajnił wykaz i referencje w części dotyczącej zamówień publicznych. Ponieważ dokumenty dotyczą zamówień publicznych, powinny być odtajnione. Utrzymywanie w tajemnicy informacji dot. zamówienia wykonanego dla zamawiającego publicznego uniemożliwia kontrolę oferty i skonstruowanie odwołania w tym zakresie. Skoro każdy może uzyskać informację publiczną - wgląd do treści umowy łączącej zamawiającego publicznego z Comarch (lub podmiotu udostępniającego mu zasoby), to tym samym należy przyjąć, że utajnianie wykazu i referencji w tym zakresie jest niedozwolone, co Izba wielokrotnie rozpatrywała i stwierdzała w swoich wyrokach.



**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające każdego z Odwołujących do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

**Odwołanie Billenium Sp. z o.o. o Sygn. akt KIO 1256/15**

Izba ustaliła, co następuje:

W dziale 24 Kryteria oceny ofert, jak również w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4.04.2015 pod poz. 2015/S 067-119730, Zamawiający wskazał, że oceni złożone oferty wg następujących kryteriów:

- 1.1. (CC) Cena za całość oferty (Wdrożenie oraz Asysta i Wsparcie) – waga kryterium 90%,
- 1.2. (CU) Cena za utrzymanie systemu (Asysta i Wsparcie) – waga kryterium 5%,
- 1.3. (CH) Cena za godzinę pracy specjalisty ponad wymiar przysługującej ilości godzin wynikającej z Umowy – waga kryterium 3%,
- 1.4. (SE) Sieć partnerów na obszarze Polski mogących samodzielnie utrzymać oferowany system EOD – waga kryterium 2%.

W pkt 1.1 (CC) Cena za całość oferty (Wdrożenie oraz Asysta i Wsparcie) – waga kryterium 90% według wzoru:

Oferta z najniższą zaoferowaną przez Wykonawcę ceną wdrożenie: otrzyma 90pkt, pozostałe oferty proporcjonalnie wg wzoru:

$$CG = \text{Cena minimalna} \setminus \text{cena badana} \times (90) \text{ waga} = \dots \text{punktów.}$$

W formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do siwz, Zamawiający wymagał podania:

(CC) cena za całość oferty (wdrożenie oraz Asysta i Wsparcie), (CU) cena za utrzymanie systemu (Asysta i Wsparcie), (CH) cena za godzinę pracy specjalisty ponad wymiar przysługującej ilości godzin wynikającej z Umowy oraz (SE) sieć partnerów na obszarze Polski mogących samodzielnie utrzymać oferowany system EOD.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Comarch S.A. z zastosowaniem innych kryteriów oceny ofert, niż te które zostały określone w treści siwz i ogłoszeniu.

Zarówno w treści ogłoszenia jak i w treści siwz, podano, że ocena ofert w podkryterium 1.1. dotyczy całości ceny oferty CC, obejmującej wdrożenie, Asystę i wsparcie. Odrębnie w podkryterium 1.2 poddana ocenie została cena za utrzymanie systemu, obejmująca Asystę i wsparcie. Sformułowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert: cena za całość oferty CC; cena za utrzymanie systemu CU; cena za godzinę pracy specjalisty (..) CH; sieć parterów na obszarze Polski, mogących samodzielnie utrzymać oferowany system EOD SE, są spójne i korelują z wymaganiami wynikającymi z treści formularza ofertowego, gdzie wykonawcy mieli podać te informacje, które służyły następnie do przyznania punktacji w poszczególnych kryteriach.

Istotnie w treści siwz, w opisie podkryterium 1.1. odwołano się do jednokrotnie do pojęcia „cena wdrożenia”, jednak mając na uwadze całokształt dokumentacji postępowania przygotowanej przez Zamawiającego, w tym treść siwz, załączników oraz ogłoszenia o zamówieniu, nie ulega wątpliwości, w ocenie Izby, że kryterium 1.1. określone jako CC dotyczy ceny za całość oferty, obejmującej wdrożenie i utrzymanie systemu. Jednokrotne – omyłkowe - użycie w treści siwz sformułowania „cena wdrożenia”, nie przesądza o sposobie przyznawania punktów w tym kryterium. Należy bowiem zauważyć, iż w samym wzorze posłużono się skrótem CC, oznaczającym cenę za całość.

Za takim stanowiskiem przemawia także zasada racjonalności wydatkowania środków publicznych. Przyjęcie bowiem za słuszne stanowiska Odwołującego i uznanie, że w podkryterium 1.1. ocenie podlega wyłącznie cena za wdrożenie, oznaczałoby wybór oferty, która w efekcie proponuje realizację zamówienia za najwyższą cenę całkowitą. Analiza cen zaproponowanych przez wykonawców, pokazuje, że jedynie Odwołujący zaproponował cenę za wdrożenie ponad trzykrotnie niższą od ceny za utrzymanie.

Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, w sposób logiczny, że jego działanie polegające na „dwukrotnym” przyznawaniu punktów za utrzymanie systemu (jako jeden z elementów ceny całkowitej CC oraz jako odrębne kryterium CU) jest świadome i celowe, bowiem dąży on do wyboru oferty proponującej najniższą cenę całkowitą i jednocześnie, z uwagi na przewidywane zawarcie odrębnej umowy na świadczenie usług serwisowych (załącznik nr 8 do umowy), zależy mu na wyborze oferty, która oferuje najniższą cenę za utrzymanie systemu. Zamawiający dokonał zatem wyboru oferty w oparciu o określone uprzednio w

ogłoszeniu i siwz kryteria oceny ofert, które pozostały niezmiennie od dnia ogłoszenia postępowania a oferta Comarch uzyskała najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów, zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego wagami procentowymi.

### **Odwołanie IT.Expert Sp. z o.o. o Sygn. akt KIO 1328/15**

#### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert Comarch i Billennium, mimo że ich treść nie odpowiada treści siwz.

Zamawiający opisał szczegółowo przedmiot zamówienia w Załączniku nr 8 do siwz (OPZ), gdzie na stronie 2 OPZ podał, że w ramach realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany będzie do m.in.: a. dostarczenia licencji na oferowany system oraz oprogramowanie niezbędne do prawidłowego jego funkcjonowania: systemy operacyjne, silniki baz danych itp. jak również dwóch skanerów, j. świadczenia innych usług wdrożeniowych niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, k. udzielenia co najmniej 36- miesięcznej rękojmi, od momentu produkcyjnego uruchomienia całego systemu, l. świadczenia usług asysty przez okres min. 6 miesięcy od odbioru końcowego oraz usługi wsparcia przez okres min. 36 miesięcy zgodnie z warunkami Umowy będącej załącznikiem do siwz. W pkt 5.1. załącznika nr 8 Zamawiający wymagał dostarczenia dwóch skanerów o parametrach nie gorszych niż (...).

W pkt 3 załącznika nr 1 do siwz – wzór formularza oferty, Zamawiający podał: W wynagrodzeniu całościowym zawarte są poniższe składniki: cena za licencje EOD, cena jednostkowa za 1 licencje dla 1 użytkownika, cena za licencje dodatkowe (serwery, bazy danych itp.), cena za wdrożenie EOD.

W tabeli „Cena za licencje dodatkowe (serwery, bazy danych itp.) Zamawiający wymagał podania: nazwy, ilości, ceny netto, brutto, wartości).

W odpowiedzi na pytanie z dnia 20.04.2015 dotyczące załącznika nr 1 do siwz – wzór Formularza Oferty pkt 3. Tabela Cena za licencje dodatkowe (serwery, bazy danych itp.) o potwierdzenie, że do tabeli mają zostać wpisane wyłącznie komercyjne (płatne) moduły składające się na System, Zamawiający wskazał, że „do tabeli mają zostać wpisane wyłącznie płatne elementy składające się na lub niezbędne do uruchomienia i wdrożenia Systemu”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferty Comarch oraz Billennium winny zostać odrzucone z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz polegającą na braku zaoferowania skanerów.

Z analizy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynika, że Zamawiający nie wymagał podania w ofercie nie tylko nazw, modeli oferowanych skanerów ale także nie wymagał ich wpisania w treści formularza oferty, na który wskazuje Odwołujący. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego oraz Przystępujących Comarch i Billennium, że tabela z pkt 3 formularza oferty, gdzie zdaniem Odwołującego winny być wymienione skanery, dotyczy jedynie licencji dodatkowych (serwerów, baz danych) i należało w niej podać jedynie, zgodnie z nazwą kolumny, nazwę oprogramowania. Oznacza to, że w tabeli tej nie było konieczności wskazywania jakiegokolwiek sprzętu czy usług świadczonych w ramach realizacji umowy. Należało podać jedynie licencje na serwery, systemy baz danych i inne dodatkowe oprogramowanie niezbędne do uruchomienia i korzystania z systemu EOD.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, konieczność wskazania w tabeli z pkt 3 Formularza oferty serwerów, nie wynika także z treści udzielonej w dniu 24.04.2015 roku, odpowiedzi na pytanie nr 1 (pismo Informacja nr 3 z dnia 24.04.2015 r.). Zarówno pytanie jak i udzielona odpowiedź odwołują się do komercyjnych (płatnych) modułów składających się na system czyli licencji na oprogramowanie dodatkowe, w żadnym miejscu odpowiedzi nie mówi się o sprzęcie, co jest zbieżne z treścią tabeli nr 3 formularza ofertowego, która pozostała niezmienna i dotyczy jedynie licencji a nie sprzętu.

Skoro Zamawiający nie wymagał w żadnym miejscu składanej oferty potwierdzenia co do zaoferowania skanerów, to należy oprzeć się w tym zakresie na ogólnym oświadczeniu wykonawców co do spełniania wymagań siwz i zagwarantowania wykonania całości zamówienia zgodnie z treścią siwz, wyjaśnień oraz jej zmian. Oświadczenie tej treści wykonawcy złożyli w Formularzach ofertowych. Brak zatem podstaw, aby twierdzić, że wymagane przez Zamawiającego skanery nie zostały ujęte w cenie ofert złożonych przez Przystępujących Comarch i Billennium.

Identyczną argumentację należy podnieść odnośnie zarzutu braku ujęcia w ofertach Comarch i Billennium usług wsparcia na elementy systemu odnośnie licencji Oracle (Comarch) oraz ABBYY (Billennium). Ponownie należy wskazać, że w tabeli nr 3 formularza oferty, należało wpisać jedynie oprogramowanie a nie sprzęt czy usługi jakimi są usługi wsparcia. Zatem nie wpisanie w treści formularza oferty usług wsparcia, w świetle braku takiego wymagania w siwz, nie może świadczyć o tym, że usługi wsparcia nie zostały zaoferowane i ujęte w cenie oferty. W świetle powyższego, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu pozostają złożone przez Odwołującego dowody w postaci umowy licencji i usług Oracle oraz korespondencji mailowej z ABBYY, które wskazują na

konieczność odrębnego zakupu danej licencji i wsparcia technicznego i odrębną wycenę tych produktów.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Comarch, mimo braku zaoferowania 36 miesięcznego wsparcia A.

W tym zakresie Izba ustaliła, że zgodnie ze wzorem umowy serwisowej (załącznik nr 8 do umowy), Zamawiający wymaga świadczenia Asysty, Wsparcia A i Wsparcia B. Usługa Asysty, opisana w § 5 obejmuje: weryfikowanie modelowania i implementacji procesów biznesowych oraz zasilania danych a także wizyty konsultacyjno-instruktażowe. Usługi Asysty świadczone będą na bieżąco, przez cały okres to jest przez 6 miesięcy od dnia Odbioru Końcowego przedmiotu Umowy Bazowej. Kwartalny wymiar Usługi Asysty to 10 (dziesięć) osobodni konsultanta Wykonawcy, co kwartalnie przelicza się na 80 jednostek. Zgodnie z § 6 umowy serwisowej Wsparcie A jest świadczenie w okresie od dnia podpisania protokołu Odbioru Końcowego przedmiotu Umowy Bazowej przez okres 36 miesięcy na rzecz Zamawiającego usług helpdesk dla użytkowników końcowych, helpdesk dla administratorów i osób zarządzających, aktualizacji Systemu (upgrade). Z kolei Wsparcie B, opisane w § 7 umowy serwisowej, obejmuje usługę rozbudowy Systemu i/lub świadczenie innych usług Wsparcia według indywidualnych potrzeb Zamawiającego w zakresie przez niego zleconym. Niezależnie od świadczeń objętych zakresem Asysty oraz Wsparcia A Wykonawca w okresie od dnia podpisania protokołu Odbioru Końcowego przez okres 36 m-cy zapewni Zamawiającemu usługi Wsparcia B w kwartalnym wymiarze 15 osobodni Konsultanta Wykonawcy co kwartalnie przelicza się na 120 Jednostek.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Nieuzasadnionym jest zarzut Odwołującego, że oferta Comarch nie obejmuje 36 miesięcznego wsparcia A. Twierdzenie Odwołującego w tym zakresie zostało oparte wyłącznie na udzielonych w toku postępowania wyjaśnieniach Comarch z dnia 27.05.2015 roku co do elementów mających wpływ na wysokość ceny, gdzie Comarch na stronie 3 podał cyt. „wymiar Asysty i /lub usług wsparcia (zamiennie) narzucone przez Zamawiającego to łącznie 200 osobodni tj. 1600h”. Z wyliczeń Odwołującego wynika, że podana ilość wyczerpuje ilość osobodni wymaganą przez Zamawiającego na usługi Asysty i wsparcia B. Zadaniem Odwołującego, okoliczność ta świadczy o tym, że w ofercie nie ujęto usług wsparcia A. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Po pierwsze podnieść należy, że odnośnie wsparcia A – odmiennie niż w zakresie wsparcia B oraz Asysty - Zamawiający nie podał limitu co do ilości osobodni czy godzin, które należy ująć w cenie oferty. Tym samym dopuścił zastosowanie własnej wyceny usług wsparcia A (zdalnego helpdesku) przez każdego z wykonawców, nie wymagając jednocześnie precyzyjnego podania jego kosztów.

Po drugie, podnieść należy, że z treści wzoru umowy na świadczenie usług serwisowych jak również z samej konstrukcji Formularza ofertowego wynika, że usługi wsparcia A i B były przez Zamawiającego rozumiane łącznie. Zgodnie z definicją z pkt 11 §2 umowy serwisowej przez „Wsparcie A/B” należy rozumieć usługi świadczone w ramach Asysty i Wsparcia, a zatem zarówno wsparcie A jak i wsparcie B. Obie te usługi (wsparcia A i B) są traktowane łącznie, nie będą odrębnie fakturowane a w Formularzu oferty należało podać łącznie cenę za Wsparcie. Okoliczności te powodują, że nie można wykluczyć sytuacji, że cena za Wsparcie, podana w Formularzu ofertowym Comarch, wynosząca 135 000 brutto jest ceną za wsparcie A i B a w kalkulacji ceny opartej na ilości osobodni ujęto wszystkie koszty Asysty i Wsparcia. Podobnie, nie można wykluczyć że prawo do aktualizacji Systemu (upgrade) jest ujęte, jak twierdzi Comarch, w cenach za licencje EOD oraz tzw. licencje dodatkowe. Odwołujący nie przedstawił w toku rozprawy żadnych dowodów, które mogłyby podważyć taki sposób kalkulacji ceny oferty.

Zdaniem Izby, udzielone przez wykonawców Comarch i Billennium wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zmieniają treści złożonych ofert a jedynie potwierdzają, że w cenie oferty ujęto wszystkie niezbędne do realizacji zamówienia elementy. Zwrócenie się o wyjaśnienie treści złożonych ofert, nastąpiło na skutek pisma Odwołującego złożonego w toku postępowania, w którym sygnalizował on brak ujęcia w ofertach Przystępujących i innych wykonawców niezbędnych do realizacji umowy elementów. Działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest przejawem należytej staranności w dążeniu do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości powstałych w toku oceny ofert. Niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że w toku postępowania doszło do negocjacji treści ofert czy modyfikacji ich treści. Udzielone wyjaśnienia w sposób jednoznaczny potwierdzają jedynie, że wykonawcy ujęli w swoich ofertach wszystkie niezbędne elementy przedmiotu zamówienia. Za nieuzasadnione należy uznać twierdzenie Odwołującego, iż udzielone przez wykonawców w toku postępowania wyjaśnienia stanowią uzupełnienie oferty. Każdy z wykonawców złożył w toku postępowania jedną ofertę, która nie została uzupełniona a udzielone przez Comarch i Billennium wyjaśnienia nie zmieniły treści złożonych ofert.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Comarch, mimo, że ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie Izba ustaliła, że pismem z dnia 27.05.2015 roku Comarch, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.05.2015 roku, udzielił wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz załączył kalkulację ceny oferty oraz ofertę cenową podwykonawcy Comarch S.A. z dnia 30.04.2015 roku.

Analiza treści pisma Comarch z dnia 27.05.2015 roku skłania do twierdzenia, że cena oferty jest ceną realną, obejmującą wszystkie niezbędne do realizacji zamówienia elementy. Udzielone przez Comarch wyjaśnienia są spójne, logiczne i konkretne, a załączony przez niego dowód w postaci oferty handlowej z dnia 30.04.2015 roku podwykonawcy Comarch S.A. potwierdza możliwość zaoferowania korzystnych cen nabycia licencji EOD, licencji dodatkowych oraz wdrożenia, które to elementy mają istotny wpływ na kalkulację całkowitej ceny oferty. W wyjaśnieniach wskazano na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Comarch Polska S.A., polegające na tym, że Comarch S.A. (podwykonawca) jest producentem oferowanego systemu EOD, co sprawia, że Comarch może uzyskać korzystne ceny na zakup licencji i ich wdrożenie. Ponadto w odniesieniu do podwykonawcy, istnieją wyjątkowe okoliczności tj. funkcjonowanie na terenie specjalnej strefy ekonomicznej „Krakowski Park Technologiczny”, co uprawnia do korzystania z pakietu pomocy publicznej, w tym do określonych zwolnień od płacenia podatku dochodowego od osób prawnych. Słusznie zauważa Odwołujący, że Comarch złożył w toku wyjaśnień tylko jeden dowód w postaci oferty handlowej podwykonawcy. Niemniej jednak, w ocenie Izby, jest to dowód istoty, gdyż zaoferowana przez podwykonawcę cena licencji i wdrożenia ma duży wpływ na całkowitą cenę oferty. Cena oferty Comarch mieści się z przedziale 30% od średniej arytmetycznej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i główny wpływ na wysokość ceny ma cena za licencje systemu EOD -46 125 zł brutto, która w stosunku do cen innych ofert jest istotnie ceną niską.

Zarzut Odwołującego co do braku przekonujących wyjaśnień odnośnie elementów, mających wpływ na cenę oferty Comarch oparty jest wyłącznie na twierdzeniu, że skoro w cenie oferty nie skalkulowano 2 skanerów, wsparcia typu A, gwarancji z §18 wzoru umowy oraz wsparcia producenta na okres po podpisaniu umowy do protokołów odbioru jak i na późniejszy 36 miesięczny okres, to cena oferty jest ceną rażąco niską. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, mając w szczególności na uwadze argumentację przedstawioną powyżej w uzasadnieniu, że elementy na które wskazuje Odwołujący np. skanery, wsparcie producenta czy wsparcie typu A nie były elementami, które należało wpisać (wymienić literalnie) w jakimkolwiek miejscu oferty. Wobec braku takiego wymagania nie sposób uznać, że nie są one ujęte w cenie oferty, co powoduje, że nieuzasadnionym jest twierdzenie, że brak tych elementów ma wpływ na zaniżenie ceny oferty. Stanowisku takiemu przeczy treść samego oświadczenia wykonawcy złożona w Formularzu oferty, że cena zawiera wszystkie niezbędne elementy systemu a także oświadczenia złożone w wyniku wezwania do

wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, nie przedstawił żadnych dowodów, który mogłyby podważyć prawdziwość złożonych przez Comarch oświadczeń.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387§ 1 kodeksu cywilnego przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, mimo że jest ona niezgodna z ustawą. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 12 Formularza ofertowego Comarch złożył oświadczenie, że zamierza powierzyć podwykonawcy Comarch S.A. prace analityczne, wdrożeniowe systemu EOD. W udzielonych w dniu 27.05.2015 roku wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, Comarch oświadczył, że „współpracując z firmą Comarch S.A. (...) ma możliwość zaoferowania korzystnych i rzetelnych cen dotyczących: wdrożenia systemu EOD oraz licencji na oprogramowanie objęte zakresem przedmiotu zamówienia. Z załączonej do wyjaśnień oferty handlowej Comarch S.A. wynika, że oferuje on wdrożenie, licencje EOD oraz licencje dodatkowe.

Mając na uwadze powyższe, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że ze wskazanych dokumentów wynika, że Comarch nie jest w stanie zrealizować sam zamówienia w zakresie co najmniej części zamówienia dotyczącej licencji EOD oraz licencji dodatkowych Red Hat Enterprise Linux (...).

Nie można odmówić racjonalności stanowisku zaprezentowanemu przez Comarch, że zakres podwykonawstwa wskazany w treści oferty, jaki ma być powierzony Comarch S.A., został podany w sposób dość ogólny („prace analityczne, wdrożeniowe systemu EOD”), co nie wyklucza sytuacji, że podwykonawstwo obejmuje także dostarczenie licencji EOD i licencji dodatkowych.

Niezależnie do tego, nawet gdyby przyjąć to stanowisko za błędne, to: po pierwsze- należy zgodzić się z Zamawiającym, że dostawa licencji na rzecz wykonawcy Comarch, który następnie dostarczy te licencje Zamawiającemu nie może być traktowana jako podwykonawstwo; po drugie – wskazać należy, że nawet ewentualny brak podania w ofercie pełnego zakresu podwykonawstwa nie wywołuje żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, gdyż brak ustawowej przesłanki obligującej do odrzucenia oferty wykonawcy, który podał niepełny zakres podwykonawstwa bądź wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Za zupełnie niezasadny Izba uznała zarzut niemożliwości świadczenia, o której mowa w art. 387§ 1 kodeksu cywilnego.

Wobec oświadczenia Odwołującego o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odtajnienia części wykazu zamówień oraz referencji dotyczących zamówień publicznych Comarch, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.



Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....