

WYROK
z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 stycznia 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 stycznia 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: 1) Ericpol Sp. z o.o., ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź (Lider Konsorcjum), 2) R-Data Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 9, 30-303 Kraków (Partner Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera: ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Naczelną Sąd Administracyjny, ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5, 00-011 Warszawa**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Pentegy S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2) MCSI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, 4) Rekord SI Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Felińskiego 25, 01-555 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) Ericpol Sp. z o.o., ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź (Lider Konsorcjum), 2) R-Data Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 9, 30-303 Kraków (Partner Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera: ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) Ericpol Sp. z o.o., ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź (Lider Konsorcjum), 2) R-Data Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 9, 30-303 Kraków (Partner Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera: ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Wykonanie i wdrożenie w Naczelnym Sądzie Administracyjnym, wszystkich wojewódzkich sądach administracyjnych oraz ośrodkach zamiejscowych tych sądów odpowiedniego systemu informatycznego do obsługi postępowania sądowniczo-administracyjnego”, nr sprawy: PO-1/2014, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 162-290602 z 26.08.2014 r., przez Naczelnego Sąd Administracyjny, ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5, 00-011 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 07.01.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Firm: 1) Pentegy S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2) MCSI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, 4) Rekord SI Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Felińskiego 25, 01-555 Warszawa zwany dalej: „Konsorcjum Pentegy” albo „Przystępującym”. W dniu 02.01.2015 r. (faxem) poinformowano o zastrzeżeniu wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odmówił ich udostępnienia.

W dniu 16.01.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm 1) Ericpol Sp. z o.o., ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź (Lider Konsorcjum), 2) R-Data Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 9, 30-303 Kraków z adresem dla siedziby lidera: ul. Targowa 9A, 90-042 Łódź zwane dalej: „Konsorcjum Ericpol” albo „Odwołującym” wniosło odwołanie na w/w czynności i zaniechania. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.01.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zaskarżył czynność Zamawiającego, polegającą na:

- zaniechaniu czynności ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przez Konsorcjum Pentegy pomimo tego, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako objęte tajemnicą zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”,

- zaniechaniu czynności odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców Konsorcjum Pentegy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 4 Pzp oraz
- uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum Pentegy Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
 1. art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przez Konsorcjum Pentegy pomimo tego, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako objęte tajemnicą zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp,
 2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Pentegy, pomimo tego, że złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami naruszające interes innego przedsiębiorcy (Odwołującego) poprzez utrudnianie dostępu do rynku, oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy, tj. przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców,
 3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Pentegy, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 4. art. 91 Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum Pentegy pomimo tego, iż oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. pkt 3 i 4 Pzp. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
 1. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
 2. ujawnienie treści wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przez Konsorcjum Pentegy,
 3. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Pentegy;
 4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu złożył odwołanie w dniu 12.12.2014 r. zarzucając zamawiającemu między innymi zaniechanie wystąpienia z wezwaniem do wyjaśnień Konsorcjum Pentegy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w zakresie podejrzenia wystąpienia tzw. rażąco niskiej ceny Odwołanie zostało rozstrzygnięte wyrokiem (KIO 2648/14) z 07.01.2015 r. KIO uznało rację Odwołującego w zakresie zaniechania przez zamawiającego wezwania Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które nastąpiło już po złożeniu odwołania w tym zakresie przez Odwołującego i odbyło się w sposób niezgodny z przepisami Pzp. KIO nakazało Zamawiającemu dokonanie powtórnie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Zamawiający w rozstrzygnięciu wyniku postępowania z 07.01.2015 r. ponownie wybrał jako

najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Pentegy i wskazał, że zachował się zgodnie z wyrokiem KIO, tj. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym z dokumentacji wynika, że wzięte zostały pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Pentegy z 31.12.2014 r. Wymaga szczególnie podkreślenia, że KIO w sprawie KIO 2648/14 nie rozstrzygało podstawowego zarzutu, tj. rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Pentegy oraz jej złożenia jako czynu nieuczciwej konkurencji. Zarzuty te zostały uznane przez Izbę za przedwczesne ze względu na konieczność wcześniejszego przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1) i wzięcia pod uwagę wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie. Należy zatem uznać, że Odwołujący de facto w niniejszej sprawie podnosi te zarzuty po raz pierwszy. Co więcej, po rozstrzygnięciu z 07.01.2015 r. powstała całkowicie nowa sytuacja faktyczna, gdyż Konsorcjum Pentegy złożyło wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które rzekomo zostały wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie oferty. Tymczasem prawidłowa ich ocena powinna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 3 i 4 Pzp. Rodzi to zatem uzasadnione wątpliwości co do rzetelności podjętych przez zamawiającego działań, mających na celu upewnienie się, że zaoferowana cena jest ceną realistyczną. Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez wykonawcę ma bowiem charakter nierealny, nie gwarantujący prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, co zostanie wykazane w dalszej części pisma.

Na wstępie wskazał, że z protokołu z postępowania wraz z załącznikami wynika, że Konsorcjum Pentegy mogło złożyć wyjaśnienia po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W dniu 22.12.2014 r. Zamawiający w dwóch pismach wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień; w trybie art. 87 ust. 1 Pzp które dotyczyło udziału podwykonawców w wykonaniu zamówienia, oraz w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Termin składania wyjaśnień został wyznaczony na dzień 29.12.2014 r. g. 12:00, następnie na prośbę Konsorcjum Pentegy został przesunięty na dzień 31.12.2014 r. g. 12:00. Zgodnie z wiedzą Odwołującego oba pisma zostały złożone tego samego dnia, tj. 31.12.2014 r. (choć mają datę wcześniejszą o jeden dzień). Brak jest jednak jakiegokolwiek dowodu, że dokumenty wpłynęły przed wyznaczoną godziną. Rodzi to podejrzenie, że mogły wpłynąć po terminie i wówczas nie powinny zostać uznane za skutecznie złożone. Zamawiający powinien udowodnić, że wyjaśnienia wpłynęły w wyznaczonym terminie gdyż w przeciwnym razie oferta Konsorcjum Pentegy powinna zostać odrzucona już na tej tylko podstawie.

Ponadto, z dokumentacji postępowania wynika, że Konsorcjum Pentegy de facto dwukrotnie składało wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Notatka Zamawiającego sporządzona odręcznie stwierdza: „*Pismo Pentegy z dnia 22.12.2014 r. zawierające stanowisko w/s odwołania, w tym stosowane przy kalkulacji stawki; Tajemnica przedsiębiorstwa*”. W dalszej kolejności w dokumentacji z postępowania znajduje się kolejna

notatka odręczna: „Wyjaśnienia Pentegy S.A.; Tajemnica przedsiębiorstwa” z 30.12.2014 r. Po pierwsze zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp i powszechnie przyjętym poglądem orzecznictwa, Zamawiający może wystąpić o wyjaśnienia tylko raz. Dwukrotne wzywanie wykonawcy stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. art. 7 ust. 1 Pzp. Ponadto, powyższe powoduje, iż niejasnym jest czy zamawiający oceniając realność ceny ofertowej wykonawcy brał pod uwagę oba te pisma (tj. z 22.12.2014 r. i 30.12.2014 r.) czy tylko jedno z nich. Nie wiadomo czy pisma te się wzajemnie uzupełniają i czy są ze sobą spójne.

W tym miejscu Odwołujący podkreślił, że nie uzyskał dostępu do treści wyjaśnień ze względu na ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi, iż ma podstawy sądzić, że tajemnica została zastrzeżona w sposób prawnie bezskuteczny. Należy zauważyć, że pismo ujawnione przez zamawiającego (z 31.12.2014 r.) w zakresie wyjaśnień dotyczących udziału podwykonawców w wykonaniu zamówienia, zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób wadliwy. Konsorcjum Pentegy w lewym górnym rogu pisma (str. 1) zawarto ogólną formułkę o treści: „*UWAGA: PENTEGY S.A. zastrzega treść niniejszego pisma oraz jego załączników; jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z postanowieniami SIWZ wyjaśnienia nie mogą być udostępniane innym Wykonawcom w postępowaniu*”. W przypadku tego pisma okazało się, że nie zawiera ono żadnych informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i Zamawiający ujawnił je w całości. Odwołujący zakłada, że pismo dotyczące wyjaśnień elementów wpływających na ukształtowanie ceny (które nie zostało ujawnione) zawiera identyczną formułkę i nic ponad to. Jeżeli tak jest w istocie, to takie zastrzeżenie jest bezskuteczne. Odwołujący nie wyjaśnił bowiem co konkretnie stanowi tajemnicę i dlaczego.

Nie wskazał jaki rodzaj tajemnicy zawiera pismo. Powołał się na art. 11 ust. 4 uoznk. Konsorcjum Pentegy nie wskazało, czy i jaki rodzaj informacji zawiera pismo (techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą). Brak jest zatem wskazania dlaczego zastrzeżone informacje zasługują na ochronę. Nie ma znaczenia w tym kontekście, że badane postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie ostatniej nowelizacji Pzp, gdyż już wcześniej, jak wynika z przytoczonego poniżej orzecznictwa, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wymagało przynajmniej konkretnego wskazania co w danym dokumencie i dlaczego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wskazanie tego rodziło co najmniej obowiązek Zamawiającego wyjaśnienia tej kwestii, tj. wezwania wykonawcę do przedstawienia szczegółowego uzasadnienia. W przeciwnym razie mogło dojść do naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp, tj. zasady jawności postępowania. Na poparcie wskazał na wyrok KIO z 11.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1535/14, wyrok KIO z 19.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1400/10; KIO/UZP 1401/10 oraz wyrok KIO z 08.08.2014 r., sygn. akt:

KIO 1542/14. W związku z powyższym Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia Konsorcjum Pentegy w zakresie elementów cenotwórczych nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i powinny podlegać ujawnieniu lub przynajmniej powinno się ujawnić określone fragmenty wyjaśnień. Wskazał na stanowisko KIO zaprezentowane w wyroku z 09.01.2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2932/13. Dodatkowo przywołał, że zgodnie z wyrokiem KIO z 03.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2875/12.

Innymi słowy, uznanie przez Zamawiającego danych informacji za skutecznie chronionych przed ujawnieniem, nie zwalnia go z obowiązku wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu przez Izbę ujawnienia treści wyjaśnień w zakresie objętym wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. lub ich ujawnienie przez Izbę w toku rozprawy. Zdaniem Odwołującego cena zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy *stanowi cenę rażąco niską* w rozumieniu art. 90, tj. nierealną, za którą nie jest możliwe prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia a jej złożenie *stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji* w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami naruszające interes innego przedsiębiorcy (Odwołującego) poprzez utrudnianie dostępu do rynku, oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy, tj. przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Co więcej, zgodnie z wzorem umowy § 1 ust. 6: *„Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji poprzez zlecenie Wykonawcy wykonania dodatkowych prac modernizacyjnych Systemu, w okresie 36 miesięcy od dnia dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy, na zasadach określonych w § 12”*. W § 12 ust. 4 wskazano: *„Łączne koszty wykonania modyfikacji w ramach prawa opcji nie mogą przekroczyć 10% wartości brutto przedmiotu umowy określonego w § 8 ust 3 umowy”*. W konsekwencji powoduje to trwałe ograniczenie rynku dla konkurencji przez okres realizacji umowy oraz w okresie gwarancji przy zastosowaniu zaniżonej ceny. Ujawnienie treści wyjaśnień z 31.12.2014 r. pozwoli bez żadnych wątpliwości powyższą tezę potwierdzić, choć nawet bez dostępu do tego pisma Odwołujący przedstawi poniżej wywód, z którego wynika, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy nie może być uznana za realną.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przedstawia w charakterze dowodu opinię sporządzoną przez niezależnego rzeczoznawcę Pana A. K. z Polskiego Towarzystwa Informatycznego (zwanego dalej: „PTI”), z której wyraźnie wynika, że cena Konsorcjum Pentegy ma charakter rażąco niski.

W opinii przyjęto jako podstawę minimalne ceny rynkowe, rozumiane jako ceny najniższe z cen powszechnie znanych w typowych transakcjach (rozd. II, pkt. 2 ppkt 6). Uwzględniono wszystkie wymania SIWZ. W rozdz. IV wskazano na prawidłowe powiązanie

kosztu z pozycją z Formularza ofertowego. Wynika z tego, że oferent miał obowiązek przypisać dostarczane produkty do pozycji kosztowych z formularza, *kierując się charakterem produktu*. Wskazano, że „*czym innym jest oprogramowanie dedykowane a czym innym oprogramowanie bazowe, a oba typy oprogramowania nie są infrastruktura techniczną*”. W rozdz. IV podkreślono, że „*wycena poszczególnych pozycji kosztowych powinna odzwierciedlać faktyczne koszty ponoszone przez wykonawcę na wykonanie zadań związanych z tą pozycją*” oraz (pkt. 3 i 4), że „*Kalkulacja kosztów powinna zawierać wszystkie przewidywane składniki kosztów oraz uwzględniać „realne koszty nabycia towarów i usług niezbędnych do realizacji umowy*”. Powyższe przesądza, że wykonawca miał obowiązek wycenić odrębnie pełne koszty dla każdej z pozycji formularza ofertowego, podając realne ceny. W rozdz. V Opinii wskazano, jakie pozycje kosztowe powinny zostać ujęte w pkt. 1-5 formularza ofertowego, w tym w zakresie poz. 5, że obejmują one: „*koszty szkoleń użytkowników ze wszystkich jednostek NSA, koszty szkoleń administratorów, koszty zarządzania projektem, koszty świadczenia gwarancji jakości*”. W rozdz. VI wskazano minimalny poziom kosztów usług w zakresie szkoleń wskazanych w pozycji 5 w dwóch wariantach. Pierwszy z nich przyjął jako założenie stawkę dzienną kosztu wykładowcy na kwotę 1230 zł brutto, ustaloną przez Odwołującego. Przy uwzględnieniu wszystkich pozostałych kosztów szkoleń na poziomie minimalnym dało to w sumie koszt w wysokości 1 290 060,00 zł brutto. Szczególnie istotne jest jednak, że opiniujący w drugiej kalkulacji (str. 18 Opinii) przyjął ustaloną przez siebie „*niezwykle niską*” stawkę 369 zł brutto za wykładowcę. W takim wariantcie łączny koszt szkolenia użytkowników wyniósł 773 460,00 zł. a więc w dalszym ciągu znacznie wyższy niż kwota 461 250,00 zł brutto przyjęta przez Konsorcjum Pentegy w swojej ofercie. Warto zwrócić uwagę, że w/w kalkulacje odnoszą się tylko do szkoleń, pomijając inne elementy, które zgodnie z rozdz. V Opinii powinny zostać skalkulowane w dla poz. 5 Formularza ofertowego. Zdaniem Odwołującego, *z powyższego w sposób obiektywny i nie budzący wątpliwości wynika, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy jest rażąco niska*. Nie uwzględnia ona wszystkich wymaganych elementów lub znacznie zaniża ich koszt.

Podkreślił, że Konsorcjum Pentegy zdaje się stać na stanowisku, z którego ma wynikać, że Konsorcjum zastosowało *sui generis* inżynierię finansową przy kształtowaniu ceny ofertowej. Miałyby ona polegać na „*przerzuceniu kosztów*” pomiędzy poszczególnymi pozycjami. W efekcie prowadzi to zdaniem Konsorcjum do uznania, że cena oferty nie jest zaniżona, gdyż część kosztów, które powinny zostać ujęte w poz. 5 zostały przeniesione do innych pozycji (1-4). Zdaniem Odwołującego jest to argumentacja stworzona jedynie w celu przesłonięcia faktu znacznego zaniżenia ceny, w tym przede wszystkim w pozycji nr 5 formularza ofertowego. W poz. 5 jest to w każdym razie najwyraźniej widoczne. Pozycja ta obejmuje w szczególności przeprowadzenie szkoleń i wdrożeń i została wyceniona przez

Konsorcjum Pentegy na 461 250,00 zł brutto (kolejna oferta Odwołującego przewiduje 3 417 727,20 zł brutto). Zaoferowana przez Konsorcjum Pentegy cena oferty jest w tym zakresie nierealistyczna i nie uwzględnia wszystkich kosztotwórczych składników ceny oferty zamówienia. Stanowi ona jedynie niewielką część kosztów niezbędnych do zrealizowania tych usług. W konsekwencji powoduje to rażąco niską cenę całej oferty, nie zapewniającą wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty i zgodnie z SIWZ. Brak jest jednocześnie jakichkolwiek dowodów na to, że jakiegokolwiek koszty, które powinny znaleźć się w pozycji nr 5 formularza oferty zostały przeniesione do innych pozycji i zdaniem Odwołującego nie miało to miejsca. W formularzu ofert zamawiający przewidział pięć rozdzielnych elementów, które należało wycenić odrębnie. Odwołujący podkreśla, że jego zdaniem nie może być tu mowy o cenach jednostkowych. W analizowanym przypadku mamy do czynienia z *odrębnymi elementami* przedmiotu zamówienia, które należało wycenić tak aby można było stwierdzić jaką cenę za każdy z nich oferuje wykonawca. Należy też wskazać, że koszt analizy systemowej czy koszty oprogramowania i infrastruktury (pkt. 1 - 4) zależą od sposobu wdrożenia, natomiast koszty z pozycji 5 mają charakter sztywny. Nie można tymi kosztami manipulować tj. zawierać ich w innych pozycjach z formularza gdyż dotyczą one zupełnie odrębnych kwestii. Przykładowo koszt szkoleń zależy od sytuacji na rynku, i w danym czasie jest niezmienny w ramach określonych „widełek” cenowych. Składają się na niego ceny wynajmu sali, cateringu, wynajmu projektora, komputera itp. Przeniesienie kosztów szkoleń np. do pozycji wytworzenia oprogramowania dedykowanego (czy innych z pkt. 1- 4 formularza oferty) powoduje, że wycena nie jest dokonana prawidłowo i zgodnie z SIWZ. Potwierdza to opinia PTI, do której Odwołujący odwołał się wyżej.

Co więcej, można zadać pytanie, co się stanie jeżeli zamawiający zdecyduje się odstąpić od umowy zgodnie z § 17 wzoru umowy bądź na innej podstawie. Praktyka rynku IT pokazuje, że częstym przypadkiem jest, iż wykonawca nie chce kontynuować umowy po dokonaniu analizy systemowej, kiedy to okazuje się że skala przedsięwzięcia jest większa niż się spodziewał i w związku z tym nieopłacalna za zaoferowaną cenę. Przyczyna odstąpienia może być oczywiście inna w tym wliczając art. 145 Pzp. Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić za już wykonane usługi. W przypadku pozycji nr 1 formularza oferty (wykonanie analizy systemowej i projektu) wykonawca oszacował koszt na kwotę 783 510,00 zł. brutto. Jeżeli przyjmiemy, że doszło do przerzucenia kosztów pomiędzy pozycjami, w tym umieszczanie kosztów szkoleń czy wdrożeń w innych pozycjach niż pkt. 5 formularza ofertowego, to w efekcie zamawiający odstępując od umowy będzie zmuszony zapłacić kwotę, która obejmuje elementy z pkt. 5 formularza oferty, które nie zostały i nie będą wykonane przez wykonawcę na skutek odstąpienia. Zdaniem Odwołującego, będzie to stanowiło złamanie zasady z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Podsumowując, formularz oferty nie pozostawiał wątpliwości, co należy wycenić dla poszczególnych pozycji

i zdaniem Odwołującego Konsorcjum Pentegy sporządziło ofertę nieprawidłowo, co w konsekwencji doprowadziło do rażącego zaniżenia ceny. Odwołujący zastrzega sobie prawo do złożenia w toku rozprawy dowodów w postaci kosztorysów bądź wyliczeń kosztów sporządzonych w oparciu o obiektywne dane z rynku.

Zamawiający w dniu 16.01.2015 r. (faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.01.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Pentegy zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 23.01.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W ZAKRESIE ZANIECHANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO CZYNNOŚCI UJAWNIENIA TREŚCI WYJAŚNIEŃ DOTYCZĄCYCH ELEMENTÓW MAJĄCYCH WPŁYW NA WYSOKOŚĆ ZAOFEROWANEJ PRZEZ KONSORCJUM CENY. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zarzuty w tym przedmiocie zostały wniesione przez Odwołującego po terminie. Pismem z 31.12.2014 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem, czy Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, oraz z wnioskiem o przesłanie treści tych wyjaśnień. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień wskazując w piśmie z 02.01.2015 r., doręczonym Odwołującemu w tym samym dniu, że zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Powołał się na następujące dowody: 1) pismo Odwołującego z 31.12.2014 r. zawierające wniosek o udostępnienie wyjaśnień Konsorcjum „dotyczących rażąco niskiej ceny oferty; 2) pismo Zamawiającego dnia 02.01.2015 r. informujące, że ww. wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; 3) dowód doręczenia pisma, wymienionego w pkt 2, Odwołującemu w dniu 02.01.2015 r. Stwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO termin na wniesienie odwołania od nieujawnienia zastrzeżonych informacji, w sytuacji, gdy Zamawiający na wezwanie Wykonawcy jeszcze przed ogłoszeniem wyniku postępowania odmawia ich udostępnienia, rozpoczyna swój bieg od dnia tej odmowy. Wskazał na wyrok KIO z 29.03.2013 r., sygn. akt: KIO 633/13, wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1380/14, wyrok KIO z 27.01.2014 r., sygn. akt: KIO 95/14. W niniejszym postępowaniu Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego wprost o udostępnienie „*wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty*”, zaś Zamawiający wyjaśnień tych nie ujawnił, wskazując, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, o czym poinformował Odwołującego w dniu 02.01.2015 r.

Wobec powyższego termin na wniesienie odwołania od nieujawnienia treści wyjaśnień upłynął w dniu 12.01.2015 r. Wspomnieć przy tym należy, że stosownie do uchwały SN z 28.02.2013 r., sygn. akt: III CZP 107/12. Niezależnie od powyższego twierdzenia Odwołującego nie polegają na prawdzie. Złożone wyjaśnienia wpłynęły do Zamawiającego w wyznaczonym terminie, to jest w dniu 31.12.2014 r. do godz. 12.00, zarówno bezpośrednio na Biurze Podawczym Zamawiającego, jak i za pośrednictwem faksu. Wskazał na dowód: wydruk faksu z oznaczoną datą i godziną „2014-12-31 09:11”. Zamawiający tylko raz, pismem z 22.12.2014 r., wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający, będący naczelnym organem władzy sądowniczej, nie ma natomiast podstaw do odmowy przyjęcia korespondencji składanej przez jakikolwiek podmiot z własnej inicjatywy. Działanie takie, polegające na wstępnym cenzurowaniu napływającej korespondencji i weryfikowaniu, czy może zostać ona złożona do NSA, podważałoby fundamentalne zasady funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i administracji publicznej. Z powyższych względów złożone przez Konsorcjum stanowisko w sprawie toczącego się wówczas postępowania odwoławczego zostało przez Zamawiającego również załączone do akt postępowania, pomimo, iż Zamawiający nie wzywał Konsorcjum do jego złożenia. Wskazał na dowód: wezwanie z 22.12.2014 r. Stwierdził, że konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach szczegółowo uzasadniło zastrzeżenie wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując zarówno przesłanki faktyczne, jak i prawne stojące za tym zastrzeżeniem. Wskazał na dowód: str.- 8 wyjaśnień Konsorcjum z 30.12.2014 r. Podniósł, że w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum przedstawiło konkretną kalkulację oferowanej ceny oraz wskazało na inne okoliczności mające wpływ na te wyliczenia, w tym w szczególności w zakresie przyjętych stawek oraz rozwiązań technicznych. W świetle orzecznictwa KIO oraz przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) możliwość zastrzeżenia tego typu informacji nie budzi żadnych wątpliwości. Przywołał wyrok KIO z 14.05.2013 r., sygn. akt: KIO 908/13, wyrok KIO z 16.05.2013 r., sygn. akt: KIO 984/13; KIO 991/13, wyrok KIO z 02.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1446/13 oraz wyrok KIO z 18.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2572/13.

Zamawiający stwierdził, że nie ograniczył się do bezkrytycznego przyjęcia złożonych przez Konsorcjum oświadczeń w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz dokonał wnikliwej oceny zasadności tych zastrzeżeń, o czym najlepiej świadczy fakt ujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w zakresie udziału w postępowaniu podwykonawców. Wskazał na dowód pismo Zamawiającego z 07.01.2015 r. w sprawie odtajnienia wyjaśnień Zauważył, że Odwołujący, na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przykładał dużą wagę do przestrzegania swojej tajemnicy przedsiębiorstwa, obejmując tą tajemnicą w całości szereg dokumentów i podnosząc przy tym, że *„Nawet niewielka wartość jest bowiem*

wartością", jak wskazuje wyrok KIO z 08.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1106/11. Wskazał na dowód: pismo Odwołującego z 29.09.2014 r. Respektowanie prawa Odwołującego do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym odmawianiu takiego uprawnienia Konsorcjum, w sytuacji gdy w obu przypadkach zastrzeżenie tajemnicy zostało należycie umotywowane przez Wykonawców, prowadzioby w efekcie do ich nierównego traktowania w prowadzonym postępowaniu.

WZGLĘDEM ZARZUTU DOTYCZĄCEGO CZYNU NIEUCZLIWEJ KONKURENCJI, JAKO ŻE OFERTA TA ZAWIERA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ, ORAZ UZNANIA TEJ OFERTY ZA NAJKORZYSTNIEJSZĄ. Zamawiający stwierdza, że w dalszej części odwołania Odwołujący podnosi, iż oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, na dowód czego Odwołujący przedstawia *„opinię sporządzoną przez niezależnego rzeczoznawcę Pana A. K. z Polskiego Towarzystwa Informatycznego”*. Zamawiający podkreślił, że złożona przez Odwołującego opinia zawiera 22 strony, przy czym na żadnej z nich nie pada stwierdzenie, jakoby oferta Konsorcjum zawierała rażąco niską cenę. Podkreśla, że Rzeczoznawca, po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania, sformułował kilka zasadniczych tez, które Zamawiający podziela, mających fundamentalne znaczenie dla niniejszej sprawy:

- 1) Rzeczoznawca wskazał, iż *„sposoby obliczania kosztów realizacji projektów nie są zestandaryzowane i firmy, w zależności od swej wielkości i stopnia zorganizowania, stosują różne modele obliczeniowe”*. (str. 8 opinii)
- 2) Rzeczoznawca wskazał również, iż złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty cechują się *„stosunkowo zrównoważonym rozkładem cen ryczałtowych”*. (str. 6 opinii)
- 3) Rzeczoznawca sformułował pytanie o *„cel umieszczenia w formularzu tak szczegółowej wyceny, skoro zgodnie z zapisami SIWZ po spełnieniu warunków dopuszczających ofertę o przyznaniu zamówienia decyduje wyłącznie cena ryczałtowa całego systemu”*, zastrzegając przy tym, iż kwestia ta nie będzie rozważana w opinii. (str. 6 opinii)

Powyższe kwestie, słusznie zauważone przez Rzeczoznawcę, podnosił również Zamawiający w poprzednio prowadzonym w niniejszej sprawie postępowaniu odwoławczym.

Sposoby obliczania kosztów realizacji projektów nie są zestandaryzowane i firmy, w zależności od swej wielkości i stopnia zorganizowania, stosują różne modele obliczeniowe. Określając wartość szacunkową zamówienia Zamawiający przyjął, że w postępowaniu mogą zostać zaoferowane różne rozwiązania, które będą wykorzystywały różne technologie, różniące się znacząco kosztami. Wartość szacunkowa ustalona została w sposób ostrożny i zakładający, że w postępowaniu mogą zostać złożone oferty znacząco niższe niż ta wartość. W orzecznictwie wielokrotnie podkreśla się, że wartość szacunkowa jako punkt odniesienia do rozważań, czy cena nie ma charakteru rażąco niskiej albo czy nie zachodzą okoliczności uzasadniające wezwanie do jej

wyjaśnienia na podstawie art. 90 ustawy, musi być traktowana z rezerwą. Wskazał na wyroku KIO z 27.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2181/13. Stwierdził, że należy przy tym mieć na względzie, że Zamawiający - szacując wartość zamówienia dla prowadzonego postępowania - zmuszony był do teoretycznego skalkulowania cen produktów i usług, z natury rzeczy nie mogących uwzględniać własnych zasobów i potencjału przyszłych oferentów oraz ich stosunków handlowych z potencjalnymi kooperantami. Rynek informatyczny nie cechuje się bowiem (w przeciwieństwie np. do robót budowlanych, gdzie stosuje się katalogi nakładów rzeczowych (KNR)) obiektywną standaryzacją usług i stawek. Przywołał wyrok KIO z 21.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13. Między innymi z tych względów Zamawiający w SIWZ dokonał opisu funkcjonalnego przyszłego systemu, nie narzucając konkretnych rozwiązań technologicznych dla oferowanego sprzętu i oprogramowania. Oznacza to w szczególności, że Wykonawcy mogli uwzględnić w tworzonych ofertach sprzęt i oprogramowanie różnych producentów i różnego rodzaju (niekiedy znacząco różniące się pod względem cenowym), w tym również tzw. oprogramowanie otwarte dystrybuowane na zasadzie nieodpłatnej, a także uwzględnić własny potencjał i posiadane stosunki handlowe. W wyniku podnoszonej powyżej możliwości oferowania różnorodnych rozwiązań i korzystania z wielu technologii, jak również z uwagi na brak standaryzacji usług informatycznych, oferowane na rynku usług informatycznych ceny charakteryzują się dużym zróżnicowaniem. Znajduje to również swój wyraz w orzecznictwie KIO, gdzie wskazuje się wprost na znaczne rozbieżności cenowe na rynku usług informatycznych, podkreślając, iż w tej sytuacji decydujące znaczenie ma ocena sytuacji w zakresie innych postępowań w podobnym zakresie lub też realia rynkowe w zakresie elementów lub usług tego samego rodzaju. Zamawiający otrzymując oferty w tym postępowaniu poddał analizie ceny ofert, w tym porównał je do cen oferowanych w innych postępowaniach mających za przedmiot systemy informatyczne dedykowane dla rozproszonych jednostek, obejmujące obsługę procesów realizowanych w tych jednostkach oraz obieg dokumentów. Wynik tej analizy prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez Konsorcjum cena nie jest ceną odbiegającą od cen za tego rodzaju zamówienia. 3. Złożone w prowadzonym przez Naczelnego Sądu Administracyjnego postępowaniu oferty cechują się stosunkowo zrównoważonym rozkładem cen ryczałtowych. Jak wskazuje zawarty w opinii Rzecznawcy rysunek 1, Rzecznawca dokonując analizy dokumentacji postępowania przyjął, podobnie jak Zamawiający, że oferta nr 2, przekraczająca ponad dwukrotnie cenę każdej z pozostałych ofert, nie powinna stanowić punktu odniesienia dla wnioskowania o rażąco niskiej cenie. Sporządzona przez Rzecznawcę tabela odnosi się bowiem wyłącznie do ofert złożonych przez trzech Wykonawców. Wskazał na rysunek 1 w opinii Rzecznawcy. W prowadzonym przez Naczelnego Sądu Administracyjnego postępowaniu wpłynęły cztery oferty: 1) na kwotę 12 151 662,00 zł; 2) na kwotę 35 721 894,00 zł; 3) na

kwotę 17 024 430,00 zł; 4) na kwotę 15 620 615,01 zł. Z podanych powyżej względów oferta nr 2, jako „rażąco wysoka”, nie może być brana pod uwagę jako podstawa do wnioskowania w zakresie cen pozostałych złożonych ofert. W myśl ukształtowanego orzecznictwa punkt odniesienia dla oceny ewentualności wystąpienia rażąco niskiej ceny mogą stanowić pozostałe oferty, zbliżone do siebie pod względem cenowym, które wynoszą odpowiednio 12,15 mln, 15,62 mln i 17,02 mln zł. Zgodnie bowiem z jednolitym stanowiskiem Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał na wyrok SO w Poznaniu z 4.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08. Średnia arytmetyczna wynikająca z tych trzech ofert wynosi 14.932.235,67 zł, zaś oferta Konsorcjum, wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, stanowi 81,38% tej średniej. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do wnioskowania, jakoby złożenie oferty przez Konsorcjum stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji - po „odrzućeniu” oferty skrajnej, w wysokości przekraczającej 35,7 mln złotych, pozostałe oferty są bowiem zbliżone do siebie pod względem cenowym.

Zgodnie z zapisami SIWZ po spełnieniu warunków dopuszczających ofertę o przyznaniu zamówienia decyduje wyłącznie cena ryczałtowa całego systemu. Zgodnie z zapisami w sekcji III ust. 1 oraz sekcji XV ust. 1 SIWZ zawierana z przyszłym wykonawcą umowa ma charakter umowy rezultatu, dotyczącej wykonania i wdrożenia systemu informatycznego do obsługi postępowania sądowo-administracyjnego, nie zaś jakiegokolwiek systemu informatycznego, czego dalszą konsekwencją jest obowiązująca forma wynagrodzenia ryczałtowego. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego (wyrok SN z 20.11.1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97). Ceny za poszczególne elementy realizacji przedmiotu umowy stanowią zaś przy wynagrodzeniu ryczałtowym jedynie merytoryczne uzasadnienie oferowanej kwoty wynagrodzenia (wyrok SA w Poznaniu z 06.03.2001 r., sygn. akt: I ACa 1147/00) i nie mogą stanowić podstawy do wnioskowania o rażąco niskim charakterze ceny jako całości. Jak już wyżej podnoszono, w wyroku z 04.06.2008 r. SO w Poznaniu, sygn. akt: X Ga 127/08 wskazał, że wstępne badanie przez Zamawiającego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę odbywać się ma, co do zasady, w odniesieniu do całkowitej ceny za przedmiot zamówienia, a nie poszczególnych pozycji, czy składników ceny. Również w orzecznictwie KIO - wyrok KIO z 09.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1049/14, wyrok KIO z 22.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1452/11. Powyższe okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że zawarte w formularzu ofertowym rozbieżności kosztów na części miało jedynie pomocniczy charakter i nie może stanowić podstawy do wnioskowania w przedmiocie rzekomo rażąco niskiej ceny ryczałtowej. Ponadto zauważył, że pozycja 5 wyliczenia kosztów, zawarta w formularzu ofertowym, nie brzmi „(szkolenia/inne)”, jak to wskazano w sformułowanym dla Rzeczoznawcy pytaniu (str. 4 i 17 opinii), lecz „inne (np. szkolenia,

wdrożenie, itp.)”. Oznacza to, iż w nawiasie podane zostało jedynie przykładowe wyliczenie kosztów, które mogą być uwzględnione w pozycji „inne”. Okoliczność ta dodatkowo potwierdza, iż decydujące znaczenie dla niniejszego postępowania mają ryczałtowe ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, a Zamawiający nie przewidział jakichkolwiek konsekwencji w związku z taką lub inną wyceną poszczególnych pięciu elementów. Ich wydzielenie miało charakter jedynie techniczny, pomocniczy dla wykonawców, wskazujący na główne płaszczyzny związane z wykonaniem zamówienia, w szczególności w celu zaakcentowania obowiązku ich uwzględnienia. Wykonawcy mieli pełną swobodę w zakresie umieszczenia poszczególnych elementów związanych z wykonaniem zamówienia w pięciu wskazanych przez zamawiającego kategoriach i przypisywania różnych wydatków i nakładów do tych kategorii. Obowiązek pogrupowania wydatków w pięć kategorii ma na gruncie tego postępowania charakter porządkowy, pomocniczy, nie oznacza jednak w żadnej mierze kosztorysu. Stąd wycena szkoleń, do czego odwołujący przywiązał tak wielką wagę, nie ma najmniejszego znaczenia, jeśli wziąć pod uwagę, że wykonawca chociażby część kosztów tego rodzaju czynności przypisał do innych pozycji, jak np. testowanie, wykonanie i wdrożenie oprogramowania oraz instalacje sprzętowe. Z tych też względów koszty oprogramowania dedykowanego określone przez Konsorcjum wynoszą ponad 6,5 mln zł, zaś przez Odwołującego - ok. 2 mln zł, podobnie koszty infrastruktury technicznej wskazano odpowiednio na ok. 4,2 i ok. 4 mln zł. Łącznie różnica między ofertami w tych pozycjach wynosi więc ok. 4,7 mln zł, przy różnicy w pozycji „inne” wynoszącej ok. 2,9 mln zł. Nie ma przy tym racji Odwołujący podnosząc, iż „*umieszczanie kosztów szkoleń czy wdrożeń w innych pozycjach niż pkt 5 formularza ofertowego*” spowoduje, że „*zamawiający odstępując od umowy będzie zmuszony zapłacić kwotę, która obejmuje elementy z pkt 5 formularza oferty, które nie zostały i nie będą wykonane przez wykonawcę na skutek odstąpienia*”. Przypomnieć bowiem należy, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, stosuje się przepisy KC. Na gruncie prawa cywilnego występuje zaś wielość możliwych rozwiązań, które wybrać może Zamawiający w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę, jak chociażby żądanie upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Jak wynika z powyższego Zamawiający w toku badania i oceny ofert oraz złożonych wyjaśnień dokonał szczegółowej analizy okoliczności mogących mieć wpływ na oferowane ceny, odnosząc cenę najkorzystniejszej oferty zarówno do wartości szacunkowej zamówienia, pozostałych złożonych w postępowaniu ofert oraz do sytuacji rynkowej w branży usług IT. W prowadzonym postępowaniu nie wystąpiły wskazywane w orzecznictwie KIO okoliczności (tj. analiza najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej, cen zbliżonych ofert oraz sytuacji rynkowej nie dała podstaw do wnioskowania o rażąco niskim charakterze oferowanej ceny) wskazujące na wystąpienie w najkorzystniejszej ofercie rażąco niskiej

ceny, a w szczególności nie wystąpiła kumulacja tych okoliczności. Występujące różnice między cenami ofert należy uznać za naturalny rezultat konkurowania wykonawców.

Stanowisko Zamawiającego potwierdzają liczne przykłady zamówień w branży IT, np. systemem porównywalnym do tego, który jest przedmiotem tego postępowania, jest również system objęty postępowaniem przeprowadzonym w 2014 r. przez Okręgowego Inspektora Pracy na „Zaprojektowanie, dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (wraz z niezbędnym sprzętem i siecią podkładową) w zakresie elektronicznego obiegu dokumentów w jednostkach organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy”. W ramach systemu, dedykowanego dla 17 jednostek organizacyjnych (GIP oraz 16 okręgowych Inspekcji) mieściło się:

- 1) opracowanie i dostarczenie dokumentacji zarządzania projektem;
- 2) przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej (szczegółowej pod wdrażany system) oraz opracowanie i dostarczenie dokumentacji projektowej Systemu;
- 3) wykonanie wszelkich niezbędnych czynności mających na celu instalację, wdrożenie, uruchomienie i zapewnienie prawidłowego działania Systemu;
- 4) dostawa wszelkiego wymaganego oprogramowania niezbędnego do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego funkcjonowania Systemu;
- 5) dostawa, instalację i konfigurację infrastruktury sprzętowej;
- 6) wykonanie i dostarczenie dokumentacji użytkowej oraz dokumentacji powdrożeniowej Systemu;
- 7) zaplanowanie, przygotowanie i przeprowadzenie migracji danych z obecnie wykorzystywanych przez Zamawiającego systemów;
- 8) wykonanie integracji Systemu z innymi systemami Zamawiającego oraz systemem ePUAP, a także wykonanie uniwersalnego otwartego interfejsu Systemu pozwalającego Zamawiającemu na integrowanie z innymi systemami;
- 9) zaplanowanie, przygotowanie, zorganizowanie i przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników i administratorów Systemu;
- 10) świadczenie usługi dziewięciomiesięcznej asysty;
- 11) świadczenie usługi serwisu gwarancyjnego na wykonany przedmiot zamówienia lub jego część, w okresie od podpisania protokołu odbioru danej części do upływu 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego;
- 12) realizacja prac rozwojowych związanych z Systemem, obejmujących wykonywanie modyfikacji i wdrażanie nowych funkcjonalności Systemu na zlecenie Zamawiającego;
- 13) zbudowanie sieci PIP WAN obsługującej elektroniczny obieg dokumentów;
- 14) przeprowadzenie szkoleń w zakresie budowy i obsługi sieci PIP WAN;
- 15) wykonanie i dostarczenie, dokumentacji, przedwdrożeniowej, użytkowej oraz dokumentacji powdrożeniowej sieci PIP WAN.

Z powyższego wynika także znaczące podobieństwo pod względem trudności stworzenia systemu do tego, który jest przedmiotem postępowania prowadzonego przez Naczelny Sąd Administracyjny. W postępowaniu przeprowadzonym przez Państwową Inspekcję Pracy wybrano ofertę z ceną 10 996 411,56 zł. O dużej rozbieżności cen oferowanych na tym rynku świadczą z kolei ceny ofert składanych w postępowaniach prowadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości:

- w sprawie wdrożenia workflow, gdzie złożonych zostało 14 ofert, z których najtańsza wynosiła ok. 1,18 mln zł, zaś najdroższa 5,93 mln zł. Najtańsza oferta stanowiła zatem niespełna 20% ceny oferty najdroższej (oraz 28,5% średniej arytmetycznej wszystkich ofert, wynoszącej ok. 4,15 mln zł); w sprawie wykonania III etapu projektu: Budowa systemu usług elektronicznych MS (..), gdzie na 5 złożonych ofert ceny wahały się od 2,28 mln złotych do 4,14 mln złotych. Najtańsza oferta stanowiła ok. 55% ceny oferty najdroższej. 8. W tym stanie rzeczy nie sposób zgodzić się z podnoszonymi przez Odwołującego argumentami, jakoby złożenie przez Konsorcjum oferty utrudniało Odwołującemu dostęp do rynku i naruszało art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „poprzez utrudnianie dostępu do rynku” oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy „przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców”. W pierwszej kolejności wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum wykazało, że jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną kwotę, co dla Zamawiającego stanowi element najistotniejszy, a także osiągnąć satysfakcjonujący zysk. Niezależnie jednak od powyższego wskazać należy, że:

- odwoływanie się do klauzuli generalnej z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest uzasadnione jedynie, gdy rozdział 2 tej ustawy nie typizuje konkretnego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok SA w Warszawie z 20.02.2009 r., I ACa 1128/08);
- sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców a nie w innym celu (np. próba wejścia na rynek) (wyrok SA w Warszawie z 10.01.2008 r., sygn. akt: II ACa 231/07/). Zatem nawet gdyby przyjąć, że cena oferty została zaniżona, z czym Zamawiający się nie zgadza z podanych w niniejszym piśmie względów, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał ziszczenia się ww. okoliczności oraz niezasadnie powołał się na art. 3 ww. ustawy.

Podniesione powyżej okoliczności powodują, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie - w niniejszym postępowaniu brak było bowiem przesłanek, wskazujących na konieczność odrzucenia najkorzystniejszej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, zwłaszcza, iż ceny trzech z czterech złożonych ofert (w tym oferty wybranej przez Zamawiającego) są do siebie zbliżone i mieszczą się w realiach rynkowych. Potwierdził to

również powołany przez Odwołującego Rzecznawca, który w złożonej opinii stwierdza wprost, że:

- sposoby obliczania kosztów realizacji projektów informatycznych nie są zestandaryzowane (str. 8 opinii);
- firmy, w zależności od swej wielkości i stopnia zorganizowania, stosują różne modele obliczeniowe (str. 8 opinii);
- złożone w niniejszym postępowaniu oferty charakteryzują się stosunkowo zrównoważonym rozkładem cen ryczałtowych (str. 6 opinii);
- zgodnie z zapisami SIWZ w niniejszym postępowaniu, po spełnieniu warunków dopuszczających ofertę, o przyznaniu zamówienia decyduje wyłącznie cena ryczałtowa całego systemu (str. 6 opinii);

przy czym odnosząc się do zadanych pytań, w żadnej kategorii spraw, biegły nie wskazał, aby zaoferowana przez Konsorcjum cena miała charakter rażąco niski. Ryczałtowy charakter ceny przesądza przy tym, że badanie ofert pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny, nie może odbywać się w odniesieniu do poszczególnych składników ceny, jak to usiłuje wykazać Odwołujący, na przykładzie ceny za szkolenia. W części dotyczącej zarzutu zaniechania czynności ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego po terminie, wobec czego zarzut ten nie powinien podlegać rozpoznaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania w trybie art. 87 ust.1 Pzp oraz wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp - w obu wypadkach z 22.12.2014 r., wniosku o przedłużenie terminu na udzielnie odpowiedzi na oba wezwania (z 23.12.2014 r.), pisma

Zamawiającego z 23.12.2014 r. wyrażającego zgodę na przedłużenie terminu, odpowiedzi na wezwania (oba pisma z 30.12.2014 r.), stanowiska Zamawiającego odnośnie odpowiedzi będącej konsekwencją wezwania w trybie art. 87 ust.1 Pzp (pismo z 07.01.2015 r.), wniosku Odwołującego o przesłanie wyjaśnień udzielonych w trybie art. 90 ust.1 Pzp, odpowiedzi odmownej Zamawiającego z 02.01.2015 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 07.01.2015 r.

Izba dopuszcza jako dowód w sprawie złożone przez Przystępującego:

1) tabela przedstawiająca przychód za rok 2013, liczbę zatrudnionych osób, łączny przychód za rok 2013 raz sumę wszystkich zatrudnionych osób w roku 2013 – Przystępującego oraz Odwołującego, 2) wydruk z informacji odnośnie największych firm informatycznych działających w Polsce w roku 2013, gdzie na poz. 34 znajduje się lider spółki odwołującego firma Ericpol, 3) zestawienie różnic między odwołaniem a załączona opinia, 4) wydruki informacji o wyniku z innych postępowań przetargowych dotyczących szkoleń i konferencji.

Nie zostały dopuszczone jako dowody w sprawie złożone lub przywołane przez Odwołującego:

1) odwołanie o sygn. akt: KIO 2648/14 – z uwagi na zasadę bezpośredniości dowodu, będące zarazem stanowiskiem strony, 2) opinie prywatną PTI wydaną na zlecenie Odwołującego (w oryginale złożona na rozprawie). Dalsze uzasadnienie w ramach uzasadnienia.

Nie zostały dopuszczone jako dowody w sprawie złożone lub przywołane przez Przystępującego:

1) opinie - prof. dr hab. E. N., 2) drugą opinie – dr Zalewskiego. W obu wypadkach opinie prywatne wydane na zlecenie. Dalsze uzasadnienie w ramach uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, wyrok KIO z 07.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2648/14, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, jak i treść oferty Przystępującego oraz wezwań i odpowiedzi wskazanych powyżej. Wyjaśnienie będące przedmiotem sporu zostały dostarczone do Zamawiającego w terminie, tj.

31.12.2014 r. do godz. 12:00 (godzina z faxu – 9:31 – dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie i w dokumentacji). Zamawiający tylko raz wzywał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp (dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie i w dokumentacji). W zakresie rozliczenia umowy - § 9 ust. 1 w zw. z § 5 ust. 2 pkt lit. a ogólnych warunków umowy (zał. nr 4 do SIWZ). Zgodnie z formularzem ofertowym (zał. nr 2 do SIWZ) – pkt. 1: *„Zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ za cenę ryczałtowa obliczona za cały przedmiot zamówienia w wysokości : (...). Cena ryczałtowa obejmuje: 1) koszt wykonania analizy systemowej i projektu w wysokości (...) 2) koszt wytworzenia oprogramowania dedykowanego w wysokości (...) 3) koszt oprogramowania bazowego w wysokości (...) 4) koszt infrastruktury technicznej (w tym wykonanie sieci rozległej) (...) 5) inne (np. szkolenia, wdrożenie, itp.) (...).”*. Nadto, stwierdza, w pkt 5: *„Oświadczam, że wykona dzieło, które jest przedmiotem zamówienia w terminie do dnia 31 grudnia 2016 roku”*. Opis przedmiotu zamówienia znajduje się w zał. nr 1 do SIWZ. Izba dodatkowo podkreśla, że w toku postępowania odwoławczego miało miejsce ze strony Odwołującego przyznanie określonych okoliczności, na co wskazuje w dalszej części uzasadnienia (art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp).

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przez Konsorcjum Pentegy pomimo tego, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako objęte tajemnicą zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba podnosi, że przedmiotowy zarzut nie był spóźniony. Izba podziela stanowisko wynikające z orzecznictwa przywołanego w dopowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego. Jednakże, w przedmiotowej sprawie zaistniał szczególny stan faktyczny, a dokładnie w wyroku KIO z 07.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2648/15 uznano de facto ich wcześniejszą ocenę za nie byłą (str. 20 uzasadnienia). Samo zaś wezwanie za zrealizowane, stąd nie nakazywano wezwania. Dopiero w toku nowej czynności badania i oceny ofert, po unieważnieniu wcześniejszej czynności Zamawiający, mógł na etapie badania i oceny ofert, w zgodzie z przepisami Pzp ocenić uzyskane wyjaśnienia będące wynikiem wezwania, które w konsekwencji mogły być przedmiotem zaskarżenia poczynszy od dnia 07.01.2015 r.

Względem, zaś samego zarzutu, Izba wskazuje, że nietrafne jest kolejne założenie wynikające z odwołania (str. 5), że wyjaśnienie Wykonawcy (pismo z 30.12.2014 r. –

Zamawiający otrzymał 31.12.2014 r. – 9:31) ograniczyło się jedynie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za pomocą ogólnej klauzuli poprzez formułkę, taką jak w wyjaśnieniach dotyczących podwykonawców (także pismo z 30.12.2014 r.). Przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień, poświęca powyższej kwestii pkt III, wskazując, tak jak tego oczekuje Odwołujący charakter informacji zastrzeżonych, jak również kontekst dokonanego zastrzeżenia. Odnosząc się tak do pisma, jak i jego załączników.

Izba generalnie uznaje za dopuszczalną możliwość zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej, tym bardziej w kontekście tego, że Zamawiający nie narzucał zaszeregowania określonych kosztów sztywnych w danej pozycji z pośród pięciu w formularzu ofertowym. Zaś de facto ich przedmiotem były określone koszty składające się na docelową wycenę, które są wypadkowa indywidualnej sytuacji danego Wykonawcy. Nie chodzi tutaj o ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu ofertowego (przedmiotowy formularz nim nie jest), czy też ceny z formularza ofertowego, ale rozłożenie kosztów wewnątrz generowanych w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia, także w kontekście sposobu realizacji zamówienia, czyli istotne koszty cenotwórcze.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Pentegy, pomimo tego, że złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami naruszające interes innego przedsiębiorcy (Odwołującego) poprzez utrudnianie dostępu do rynku, oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy, tj. przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, został na rozprawie wycofany przez Odwołującego. W konsekwencji pozostaje on bez rozpoznania.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Pentegy, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba podnosi, że sam Odwołujący przyznał podczas rozprawy (okoliczność przyznana), że charakter zamówienia jest tego rodzaju, iż zawiera elementy twórcze, które w swej istocie nie mają jakiegoś zestandaryzowanej metody obliczenia. Podobnie wskazywał Odwołujący w swoim stanowisku wynikającym z załączonej do odwołania opinii (str. 8 opinii). Izba przywołuje powyższe, gdyż jest to element też Odwołującego, którym nie może zaprzeczyć po zamknięciu rozprawy. Niewątpliwie bowiem, w ocenie Izby, sposoby obliczenia kosztów realizacji projektów informatycznych nie są zestandaryzowane i firmy, w zależności od wielkości i stopnia zorganizowania stosują różne metody obliczeniowe.

Podobnie wskazywał Odwołujący również w swoim stanowisku wynikającym z załączonej do odwołania opinii (str. 8 opinii). Można nawet przyjąć, że stanowi to (tak w pierwszym, jak i w drugim wypadku) *de facto* okoliczność przyznaną przez Odwołującego. W przedmiotowym przypadku różnica w wielkości i stopniu zorganizowania Przystępującego oraz Odwołującego, są oczywiste i wynikają chociażby ze złożonych na rozprawie przez Przystępującego dowodów (1- tabela przedstawiająca przychód za rok 2013, liczbę zatrudnionych osób, łączny przychód za rok 2013 raz sumę wszystkich zatrudnionych osób w roku 2013 – Przystępującego oraz Odwołującego, jak również: 2 - wydruk z informacji odnośnie największych firm informatycznych działających w Polsce w roku 2013, gdzie na poz. 34 znajduje się lider spółki odwołującego firma Ericpol).

Odwołujący stał na stanowisku (zgodnie z treścią protokołu z rozprawy z 26.01.2015 r.), że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niewystarczająca na zrealizowanie zamówienia, uznając, że nie zostały skalkulowane istotne koszty cenotwórcze, jednocześnie dopuszczając ulokowanie owych kosztów w dowolnej pozycji formularza ofertowego. Izba uznała, za istotne zwrócenie uwagi Odwołującemu oraz Zamawiającemu, jak i Przystępującemu, że w stanowisku Odwołującego mamy do czynienia z wieloma sprzecznościami, wynikającymi w dużej mierze z ewolucji stanowiska, jak i zarzutu pomiędzy etapem odwołania i rozprawy. W ocenie Izby, Odwołujący w swoim stanowisku „balansował” na granicy starego zarzutu, a jego argumentacja niekiedy sprawiała wrażenie nawet formułowania nowego zarzutu. Izba w tym zakresie, odniesie się do całości, uznając jedynie, że dla jasności konieczne jest zwrócenie uwagi Odwołującemu na następujące okoliczności.

Nie wystarczy formułowanie zarzutów poprzez podanie jedynie określonej podstawy prawnej, należy także wskazać określoną podstawę faktyczną. Przykładowo wyrok KIO z 24.02.2014 r., sygn. akt: KIO 233/14, KIO 234/14: *„Samo powołanie przepisu nie oznacza jeszcze formalnego zarzutu”*. W wyroku z 12.02.2014 r., sygn. akt: KIO 140/14 KIO Izba zaakcentowała, że zarzut to nie tylko wskazanie normy prawa, ale także uzasadnienie faktyczne. Zarzut winien wskazywać konkretną czynność lub zaniechanie Zamawiającego, przez które doszło do naruszenia przepisów prawa, a także winien określać okoliczności faktyczne, potwierdzające naruszenie przepisów prawa (art. 180 ust. 1 Pzp). Zarzuty winny zostać w pełni sprecyzowane już w samym odwołaniu, gdyż umożliwia to Zamawiającemu i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego. Określenie, po wniesieniu odwołania, dodatkowych podstaw faktycznych, świadczących o naruszeniu wskazanych w odwołaniu podstaw prawnych, należy uznać za spóźnione. Podobnie w wyroku z 10.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1498/13 KIO podkreśliła, że przepisy Pzp, nakazują potrzebę ścisłego odczytywania zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego

okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, decydująca o uwzględnieniu żądania odwołania. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnie wskazanej podstawie faktycznej. Rolą Odwołującego podnoszącego dany zarzut jest precyzyjne uchwycenie i wykazanie kwestii, która jego zdaniem wskazuje na naruszenie prawa przez Zamawiającego, ogólne sformułowanie zarzutu uniemożliwia jego uwzględnienie, gdyż Izba nie może wywodzić z tych ogólnych czy nieprecyzyjnych sformułowań domniemanej treści zarzutu, będącego w rzeczywistości istotnym w sprawie.

Jednym z zauważalnych sprzeczności było, to że pierwotnie w odwołaniu (str. 10) stoi na stanowisku Odwołujący, że brak ujęcia w poz. 5 formularza ofertowego określonych kosztów związanych ze szkoleniami, ma charakter niedopuszczalny, gdyż jest przejawem manipulowania kosztami, w konsekwencji potwierdza zasadność zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej, aby następnie podczas rozprawy stwierdzić, że ewentualne braki w poz. 5 formularza ofertowego określonych kosztów mogą być ujęte w innych pozycjach formularza ofertowego, byleby ujęcie określonych kosztów sztywnych (wymogów – oczekiwań Zamawiającego) miało miejsce w cenie ofertowej jako całości, ich brak w cenie jako całości świadczyłby o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. W tym zakresie wnosił także o przeprowadzenie dowodu na okoliczność tego, czy w zaoferowanej cenie ujęto wszystkie koszty sztywne wymagane przez Zamawiającego, ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień (pismo z 30.12.2014 r. – Zamawiający otrzymał 31.12.2014 r. – 9:31). Izba przeprowadzi wnioskowany dowód w dalszej części uzasadnienia. Kolejnym przejawem braku konsekwencji Odwołującego stanowiło stanowisko zgodnie z którym w odwołaniu, stoi, że załączona do niego opinią prywatną PTI (wydaną na zlecenie Odwołującego, stanowiącą stanowisko strony w sprawie, jego rozwinięcie) ma na celu wykazanie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny (str. 8), aby na rozprawie stwierdzić, z kolei, że autor opinii nie było o powyższe w ogóle pytany, a celem opinii było ustalenie jakie konkretnie koszty sztywne powinny znajdować się w zaoferowanej cenie jako całości bez względu na pozycje formularza ofertowego. Dalsze sprzeczności i dwuznaczności opinii prywatnej Odwołującego znajdują się w zestawieniu przygotowanym oraz złożonym na rozprawie przez Przystępującego jako dowód mający je unaocznic.

Wydaje się, że generalnie Odwołujący próbuje poprzez swoistą ewolucję podtrzymać zarzut dostrzegając ułomności swojego stanowiska zawartego w odwołaniu, także będąc świadomy i znając postanowienia SIWZ, jak i zdając sobie sprawę z ułomności swojej opinii prywatnej, która rozwija jego stanowisko (sama opinia ma niedociągnięcia na co wskazywał na rozprawie Zamawiający – powieliła koszty sztywne w tabeli na str. 14 w poz. 3 i 4 dotyczących formularza ofertowego).

Izba dodatkowo za opinią Odwołującego, nie zaś odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego wskazuje, że sam Odwołujący przyznaje (okoliczność przyznana – str. 6 opinii), że cena miała mieć charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie związał Wykonawców koniecznością zaszeregowania określonych kosztów do konkretnej pozycji z pośród pięciu wskazanych w formularzu ofertowym. W konsekwencji wszelkie próby zmuszania, czy też narzucania określonego zaszeregowania przez Odwołującego – w sposób mniej lub bardziej bezpośredni – jest jedynie przejawem przyjętej strategii procesowej Odwołującego. Niewątpliwie Wykonawca dostrzegł, jako częsty uczestnik informatycznych postępowań przetargowych brak takiego wymogu, ale w sposób przemyślany pozostawił taki stan rzeczy. Dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej – po upublicznieniu niekorzystnego rezultatu – artykułując tą kwestie w odwołaniu.

W konsekwencji, wszelkie wskazywane powyżej działania Odwołującego, są spóźnione, chociażby z tego powodu, że zgodnie z utrwaloną i obowiązującą zasadą wszelkie niejednoznaczności w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść Wykonawców. Powyższe wynika chociażby przykładowo w wyroku KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: *„Izba za orzecznictwem wskazuje, czego nie dostrzegł Zamawiający, że wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. (...)”*.

Przy czym, Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie, że uczynił to celowo, aby nie narzucać chociażby pośrednio sposobu realizacji zamówienia Wykonawcom (str. 9-10 odpowiedzi na odwołanie). Stanowisko Zamawiającego odnośnie celu wyodrębnienia w formularzu ofertowym owych pięciu pozycji zostało przedstawione z kolei na str. 13 odpowiedzi na odwołanie i jest w ocenie Izby wiarygodne. Na ich podstawie m.in. Zamawiający ustalił, że Przystępujący zamierza realizować zamówienie na bazie oprogramowania dedykowanego oper source, a Odwołujący produktu gotowego. Tak też oświadczyli na rozprawie. Nadto, niewątpliwie późniejsze rozliczenie nie będzie bazowało na wskazanych pięciu pozycjach formularza ofertowego, ale przebiegało w dwóch ratach, na co także wskazywał na rozprawie Odwołujący, a Zamawiający nie negował.

W zakresie domniemanego niedoszacowania kosztów w pozycji 5 formularza ofertowego. W tym zakresie Odwołujący uznaje tą kwestie za przejaw ceny rażąco niskiej w ofercie Przystępującego. Izba wobec takiego stanowiska Odwołującego, które albo wynika wprost z odwołania, albo pośrednio z rozprawy po raz kolejny przypomina, że: *„Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (Wyrok SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Oceniając tylko jeden element oferty, zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi*

o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów odbiega od cen rynkowych, nie oznacza to, że cena całej oferty jest rażąco niska. (...) Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp (Wyrok KIO z dnia 24.05.2012 r., sygn. akt: KIO 916/12). Twierdzenie, że cena oferty jest rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji” (za wyrokiem KIO z 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2011/12). Podobnie adekwatne jest orzeczenie wskazane przez Zamawiającego na str. 11 i 12 odpowiedzi na odwołanie - wyrok SO w Poznaniu z 4.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08. W konkluzji, cenę rażąco niską należy rozpatrywać w odniesieniu do całkowitej cena za przedmiot zamówienia, a nie jego poszczególnych pozycji, czy też wydzielonych składników ceny. W tym miejscu, Izba także wskazuje, że mimo formalnego dopuszczenia dowodów Przystępującego złożonych na rozprawie, tj. wydruków informacji o wyniku z innych postępowań przetargowych dotyczących szkoleń i konferencji, należy uznać je za nieadekwatne do przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, w kontekście projektu informatycznego jako całości, tym bardziej, że nie znany jest ich opis przedmiotu zamówienia. Powyższe jednakże, w żaden sposób nie wpływa na zmianę stanowiska Izby.

Zasadnym jest zauważenie, co umyka Odwołującemu, okoliczność tego rodzaju, że formularz ofertowy i wydzielenie pięciu pozycji – nie stanowiło quasi kosztorysu ofertowego, chociażby z tej przyczyny, że nie miało stanowić podstawy późniejszego rozliczenia, wynagrodzenie przyjęte przez Zamawiającego było bowiem wynagrodzeniem ryczałtowym. W takiej sytuacji, trafnym jest stanowisko SA w Poznaniu wyrok 06.03.2001 r., sygn. akt: I ACa 1147/00, że: *„Ceny za poszczególne elementy realizacji przedmiotu umowy stanowią zaś przy wynagrodzeniu ryczałtowym jedynie merytoryczne uzasadnienie oferowanej kwoty wynagrodzenia”*. W konsekwencji, nie można na podstawie poziomu ceny w poz. 5 formularza ofertowego w ofercie Przystępującego podnosić charakteru ceny jako rażąco niskiej w kontekście jej całości.

Należy także, przywołując wcześniejszą argumentację, wskazać na stanowisko Odwołującego zawarte w opinii, który w zakresie poz. 5 przedstawia trzy sposoby kalkulacji, w tym trzecią, która co prawda daje wyższy wynik, niż odpowiedni koszt w poz. 5 (choć tylko relatywnie, bo generalnie zbliżoną w kontekście całego projektu), ale jest oparta na założeniu, przyjętym za pomocą metody skojarzeniowej, że koszty osobowe oraz koszty nieosobowe zostały ujęte w tej pozycji razem. Powyższe założenie jest wynikiem przyjętej metody i jak każde założenie jest jednym z wielu do przyjęcia, zważywszy, że Zamawiający żadnej metody nie narzucał. Przy czym, Odwołujący w opinii przyjął takie założenie w sposób

skorzarzeniowy nie znając wyjaśnień Przystępującego (pismo z 30.12.2014 r. – Zamawiający otrzymał 31.12.2014 r. - 9:31). Podobnie Odwołujący umiejscawia na rozprawie koszt gwarancji i serwisu, za autorem swojej opinii w poz. 5, choć generalnie dopuszczał możliwość jej alokacji w innych pozycjach. Ta niekonsekwencja przejawia się także w odwoływaniu się do wyliczeń zawartych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2648/14, co do braku istnienia jakiegokolwiek buforu finansowego w jakiegokolwiek pozycji z pięciu składających się na zaoferowaną cenę, przy jednoczesnym wniosku o analizę wyjaśnień Przystępującego (pismo z 30.12.2014 r. – Zamawiający otrzymał 31.12.2014 r. - 9:31). Z jednej strony Odwołujący zakłada, że czegoś nie ma z drugiej wnosi o sprawdzenie, czy tak jest w rzeczywistości. Z jednej strony zapowiada w odwołaniu (ostatnia strona) złożenie dodatkowych wyliczeń na poparcie rozpatrywanego zarzutu, z drugiej odwołuje się do treści odwołania o sygn. akt: KIO 2648/14 i przedstawionych tam wyliczeń, zupełnie ignorując zasadę bezpośredniości dowodu. Zupełnie ignoruje także fakt, że de facto jest to pismo będące stanowiskiem strony i nie ma żadnych załączników o charakterze dowodowym.

Podobnie należy traktować stanowisko Odwołującego o zbieżności ceny w ofercie Przystępującego oraz Odwołującego w poz. 2 i 3, w tym zakresie owa zbieżność była kwestionowana przez Zamawiającego oraz Przystępującego (podnosili zawyżenie oferty Odwołującego). Nie wnikając w ta kwestie, gdyż nie było to przedmiotem zarzutu, jest to kolejny przejaw ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz braku wiążącego przyporządkowania określonych kosztów sztywnych do danej pozycji. Okoliczność przyznana przez Odwołującego (art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp).

W zależności od stopnia zorganizowania Wykonawcy, przyjętego rozwiązania technicznego na potrzeby Zamawiającego, generowane są określone różnice cenowe w ramach pięciu pozycji formularza ofertowego, które jako całość zostały uznane przez samego Odwołującego w jego opinii, w kontekście ceny wszystkich złożonych ofert, jako cechujące się „*stosunkowo zrównoważonym rozkładem cen ryczałtowych*”. Powyższe stwierdzenie, Izba równie dobrze mogłaby uznać za całkowitą negację postawionego zarzutu, ale tego nie czyni (uznając, że przyznanie które niewątpliwie miało miejsce budzi pewne wątpliwości) wskazując, że Odwołujący winien mieć każdorazowo świadomość tego co podnosi i jakie pisma składa, jak i konsekwencji z tego wynikających.

Odnosnie, zaś opinii prywatnych złożonych przez Przystępującego, gdyż tak należy je traktować bez względu na ich autorów, albowiem nie byli to biegli wyznaczeni przez sąd (wyrok SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97, czy też wyrok SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08), czyli w tym wypadku przez Izbę. Pierwsza z nich – prof. dr hab. E. N. dotyczy zasadniczo zarzutu de facto wycofanego przez Odwołującego (naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp), zaś w drugim wypadku - dr Z. - przedstawia inny sposób wyliczenia

zaoferowanej ceny i agregacji kosztów z tym związanych (m.in. zał. nr 2 Kalkulacja ceny). Stanowią nie dowód, ale stanowisko Przystępującego w sprawie, jego rozwinięcie.

Względem założonej przez Odwołującego w odwołaniu (str. 4 odwołania) możliwości złożenia wyjaśnień Przystępującego (pismo z 30.12.2014 r. – Zamawiający otrzymał 31.12.2014 r. - 9:31) po terminie, czyli po godz. 12:00, Izba wskazuje na dowód załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, a mający swoje potwierdzenie w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, uznając poczynione założenie za błędne.

Względem obawy Odwołującego w zakresie dwukrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień (także str. 4 odwołania), abstrahując od różnicy stanowisk w tym zakresie w orzecznictwie sądów powszechnych, co do takiej możliwości, Izba wskazuje, że Zamawiający wzywał tylko raz do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp. Świadczy o tym dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie, a mający swoje potwierdzenie w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Wcześniejsze działanie Wykonawcy było działaniem z jego inicjatywy. Przy czym zważywszy na wyrok KIO z 07.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2648/14 w jego konsekwencji - przedmiotem oceny mogło być tylko i wyłącznie wyjaśnienie będące skutkiem wezwania. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania wątpliwości Odwołującego z odwołania.

W kontekście stanowiska Odwołującego z rozprawy i wniosku o przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień Przystępującego (pismo z 30.12.2014 r. – Zamawiający otrzymał 31.12.2014 r. - 9:31), Izba uznała że celem rozwiania ewentualnych dalszych wątpliwości, zasadnym jest przedstawienie w sposób ogólny /zważywszy na tajemnice przedsiębiorstwa/, określonych kosztów w których istnienie Odwołujący wątpił. Można nawet uznać, z oświadczeń Odwołującego na rozprawie, że jeśli określone koszty znajdują się w cenie ofertowej Przystępującego, ale w innej pozycji z pośród pięciu, to *de facto* jego zarzut będzie bezzasadny.

W pierwszej kolejności podnosząc, że w ramach szczegółowego wyjaśnienia od str. 2 do 4 (w pkt I ppkt 1 lit. od a do e) Przystępujący odniósł się do wszystkich oczekiwanych przez Odwołującego tzw. kosztów sztywnych, także tych w których istnienie Odwołujący wątpił. Przy czym, należy przyznać, że niekiedy określone koszty, które Odwołujący oczekiwał zaszeregowania w danej pozycji formularza ofertowego zostały umiejscowione w innej pozycji. Wykonawca także uwzględnił rezerwę finansową oraz koszty serwisu gwarancyjnego wymaganego przez Zamawiającego. W ramach udzielonych wyjaśnień znajduje się także odpowiedź z czego wynikają takie, a nie inne koszty Przystępującego w poz. 5 formularza ofertowego. Wynika także z wyjaśnień Wykonawcy kwestia możliwości

różnorodnego podejścia do kwestii kosztów i ich dalszego rozbicia „wewnętrznego”, co także może wpływać na ich, biorąc pod uwagę brak wytycznych Zamawiającego, różne zaszeregowanie przy uwzględnieniu przyjętego przez Wykonawcę „wewnętrznego” rozbicia. Wykonawca także wskazuje na inne czynniki wpływające na zaoferowaną cenę – str. 5 pisma. Ponadto, na str. 5 wyjaśnień w pkt I ppkt 3 znajduje się też dodatkowy fragment odnoszący się generalnie do wszelkich kosztów osobowych – wskazujący jednocześnie ich umiejscowienie oraz składniki. Przystępujący również odnosi się do założonego zysku na str. 7 pisma, tudzież na str. 5 jednoznacznie zajmuje stanowisko „na końcu pkt I ppkt 3” względem kontekstu zaoferowanej ceny do własnej sytuacji finansowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia poprzednich zarzutów, Izba oddaliła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba podkreśla, że nie ma możliwości uwzględnienia jakiegokolwiek wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie norm przepisanych, albowiem w postępowaniu odwoławczym - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika mogą być przez Izbę zasądzone wyłącznie na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący :

.....