

Sygn. akt: KIO 13/18

WYROK
z dnia 22 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia br. przez wykonawcę **Avility spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Ministerstwo Cyfryzacji w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Deloitte Consulting spółka akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Softtutor Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Ministerstwu Cyfryzacji w Warszawie** powtórzenie badania i oceny ofert, oraz odrzucenie oferty wykonawcy **Softtutor Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych. Pozostałe niewycofane zarzuty oddala.
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny oferty wykonawcy **Avility spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w sposób sprzeczny z opisem kryterium „Koncepcja wykonania” oraz nierówne traktowanie wykonawców w tym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Softtutor Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Avility spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy **Softtutor Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Avility spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

I. Ministerstwo Cyfryzacji w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług eksperckich oraz doradczych w zakresie związanym z upowszechnianiem świadczenia usług publicznych drogą elektroniczną.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lipca 2017 r., poz. 2017/S **144-298189**. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579, z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 2 stycznia br. wykonawca **Avility spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Softtutor Consulting Sp. z o.o. spółka komandytowa (dalej: Softtutor) pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Odwołujący tak postawiony zarzut uzasadniał wyliczając nakład pracy wynikający z przeliczenia zaoferowanej wartości za daną usługę oraz stawki za konsultanta. Zestawiając zakres prac do wykonania, kwoty zaoferowane przez Softtutor na realizację każdej z usług U1-U6 oraz uśrednioną stawkę za konsultanta (wskazaną w ramach realizacji Usługi U5) Odwołujący zauważał, że założona przez Softtutor pracochłonność dla poszczególnych e-usług różni się kilkukrotnie, co nie ma żadnego – zdaniem Odwołującego - uzasadnienia w przedmiocie zamówienia (dotyczy Usług U2 i U4). Nie sposób przy tym „dofinansować” niedoszacowanych wartości Usług U2 i U4 z pozostałych Usług opisanych w ofercie, ponieważ cena pozostałych Usług w przeliczeniu na założoną stawkę roboczodnia konsultanta nie pozostawia „marginesu ryzyka”, który można przesuwając do innych Usług; suma cen Usług daje cenę ofertową; każda z Usług jest wyceniana odrębnie oraz przesuwanie wartości między Usługami, byłoby działaniem sprzecznym z ustawą

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący porównywał również pracochłonność oferty Softtutor z pracochłonnością wynikającą z innych ofert.

Ponadto Odwołujący zauważał, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Softtutor pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący opierał zarzut na art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, twierdząc, że działanie Softtutor skierowane jest na wcześniejsze uzyskanie kilkukrotnie wyższego wynagrodzenia w stosunku do nakładu pracy w danej części przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił, że wskazane w ofercie Softtutor wynagrodzenie za realizację Usługi 2 i Usługi 4, w poszczególnych jej zadaniach (tj. usługi 2.1 - .24 oraz usługi 4.1 - 4.4) jest całkowicie oderwane od zakresu koniecznych do zrealizowania prac, tzn. za ten sam zakres prac Softtutor oczekuje czterokrotnie więcej lub czterokrotnie mniej wynagrodzenia. Tak nieuprawnione działanie może być uzasadnione jedynie chęcią wcześniejszego pozyskania większej kwoty w sposób nieuzasadniony pracochłonnością.

3. art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób sprzeczny z opisem kryterium „Koncepcja wykonania (K)” (oferta Odwołującego została oceniona na 6 pkt, podczas gdy powinna zostać oceniona na 12 pkt) oraz nierówno w tym zakresie traktując wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Softtutor jako najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej oceny oferty Odwołującego poprzez przyznanie w kryterium „Koncepcja wykonania (K)” 12 pkt,
3. dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
4. odrzucenia oferty złożonej przez Softtutor,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania.

Do postępowania po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Deloitte Consulting spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Deloitte).

Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych (zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Softtutor, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia) oraz naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (zaniechanie odrzucenia oferty Softtutor pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Odwołujący wycofał zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób sprzeczny z opisem kryterium „Koncepcja wykonania (K)” oraz nierówno w tym zakresie traktując wykonawców biorących udział w postępowaniu).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Softtutor, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący albo Softtutor). Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw od częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie – w zakresie niewycofanych zarzutów.

Izba ustaliła, że zgodnie z informacją z dnia 18 grudnia 2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta Softtutor uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, oferta Deloitte – na drugim, a oferta Odwołującego – na trzecim. Ponowienie czynności oceny ofert przy założeniu, że oferta Softtutor zostanie odrzucona, spowodowałoby przeliczenie punktacji, i w rezultacie Odwołujący zająłby pierwsze miejsce, a Deloitte – drugie (Odwołujący przedstawił do akt symulację punktacji, która nie została na rozprawie zakwestionowana).

W konsekwencji powyższych ustaleń, skład orzekający stwierdził, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych -

jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług eksperckich oraz doradczych w zakresie związanym z upowszechnianiem świadczenia usług publicznych drogą elektroniczną, zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ oraz na warunkach określonych w Istotnych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 4 do SIWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na Usługi. W zakresie każdej z usług Wykonawca zobowiązany jest wykonać:

1. W ramach usługi U1 - Opracowanie metodyki zarządzania rozwojem e-usług administracji
2. W ramach usługi U2 - Przeprowadzenie identyfikacji i priorytetyzacji usług publicznych do cyfryzacji lub modernizacji, rekomendowanych do wdrożenia do 2020 roku w podziale na pakiety zaplanowane na 4 etapy Programu:
 - a. U2.1- 10 e-usług,
 - b. U2.2-20 e-usług,
 - c. U2.3 - 30 e-usług,
 - d. U2.4-40 e-usług.
3. W ramach usługi U3 - Opracowanie ram planowania wdrożenia e-usług
4. W ramach usługi U4 - Zaplanowanie i uzgodnienie planów wdrożeń e-usług w podziale na części:
 - a. U4.1 - Plan wdrożenia e-usług - Pakiet 1 odpowiadający zakresem U2.1 (czyli dla 10 e-usług)
 - b. U4.2 - Plan wdrożenia e-usług - Pakiet 2 odpowiadający zakresem U2.2 (czyli dla 20 e- usług)
 - c. U4.3 - Plan wdrożenia e-usług - Pakiet 3 odpowiadający zakresem U2.3 (czyli dla 30 e-usług)
 - d. U4.4 - Plan wdrożenia e-usług - Pakiet 4 odpowiadający zakresem U2.4 (czyli dla 40 e - usług)
5. W ramach usługi U5 - obsługę zmian w planach implementacji e-usług w maksymalnej liczbie 300 osobodni
6. W ramach usługi U6 - przeprowadzenie końcowej aktualizacji wytworzonych produktów metodycznych.

Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia: wynosi 2 706 000,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono pięć ofert z następującymi cenami: 1 094 823,00 zł (oferta odrzucona), 1 776 120,00 zł (oferta Softtutor Consulting Sp. z o.o. Sp. k.), 3 396 103,80 zł (oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Laboratorium EE Sp. z o.o. Sp.k. oraz R. M. Kancelaria Prawno-Patentowa), 4 326 307,11 zł (oferta Odwołującego), 7 134 000,00 zł (oferta Deloitte Consulting S.A.). Cena nie była jedynym kryterium oceny ofert.

Wykonawca Softtutor w swojej ofercie zadeklarował następujące wartości za realizację poszczególnych Usług:

1. Za wykonanie Usługi U1 -177.612,00 zł. brutto
2. Za wykonanie Usługi U2 - 621.642,00 zł. brutto, w tym:
 - a. Za wykonanie Usługi U2.1. -155.410,50 zł brutto
 - b. Za wykonanie Usługi U2.2. -155.410,50 zł brutto
 - c. Za wykonanie Usługi U2.3. -155.410,50 zł brutto
 - d. Za wykonanie Usługi U2.4. -155.410,50 zł brutto
3. Za wykonanie Usługi U3 - 177.612,00 zł brutto
4. Za wykonanie Usługi U4 -191.092,80 zł brutto w tym:
 - a. Za wykonanie Usługi U4.1. - 47.773,20 zł brutto
 - b. Za wykonanie Usługi U4.2. - 47.773,20 zł brutto
 - c. Za wykonanie Usługi U4.3. - 47.773,20 zł brutto
 - d. Za wykonanie Usługi U4.4. - 47.773,20 zł brutto
5. Za wykonanie Usługi U5 - maksymalnie 590.400,00 zł brutto
 - a. W tym za jednostkową stawkę osobodnia 1.968,00 zł brutto (maksymalna liczba osobodni - 300)
6. Za wykonanie Usługi U6 - 17.761,20 brutto.

Odwołujący, wezwany zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, udzielił odpowiedzi, w której powoływał się na swoje doświadczenie, prowadzące do zmniejszenia pracochłonności wykonywanych usług i organizację projektu. Na dwóch spośród sześciu stron wyjaśnień opisał projekty już przez niego zrealizowane, wskazał również system informatyczny, który wykorzystuje do zarządzania projektami. Przedstawił kalkulację ceny oferty, zawierającą wynagrodzenia osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Podniósł,

że „za wysokie oszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego nie może stanowić wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty”.

Oferta Softtutor została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, z czym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie. W ocenie Odwołującego wadliwe było uśrednienie przez Softtutor wyceny poszczególnych usług, ponieważ znacznie różnią się one pracochłonnością, która rośnie w miarę postępu prac. Ponadto uśrednienie wyceny poszczególnych usług stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ dzięki temu Softtutor podczas realizacji umowy wcześniej pozyska większą kwotę w sposób nieuzasadniony pracochłonnością wykonanych usług.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Softtutor, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przed podjęciem decyzji w tym zakresie Zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Softtutor wyjaśnienia złożył, jednak są one lakoniczne i ogólnikowe. Wykonawca jedynie powołał się na własne doświadczenie, ale nie wykazał, w jaki sposób przekłada się ono na rzeczywiste oszczędności przy realizacji doświadczenia – i dlatego jest to okoliczność tak wyjątkowa, że inni wykonawcy nie mogli jej uwzględnić przy obliczeniu pracochłonności koniecznej do obliczenia ceny ofertowej.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie stwierdza się, że wyjaśnienia, składane w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, muszą być szczegółowe i wyczerpujące. Jeżeli są ogólnikowe i lakoniczne – wówczas przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone - „wyjaśnienia w takim kształcie, jak zostały złożone, nie pozwalają na rozwianie wątpliwości, że zaoferowana cena w ofercie przystępującego wynika z nieoszacowania warunków sprawowania nadzoru w stosunku zakresu prac objętych nadzorem i czasu trwania usługi oraz obciążenia wykonawcy wszelkimi kosztami materiałowymi i logistycznymi sprawowania tej funkcji, co z mocy domniemania, wynikającego z faktu wezwania do wyjaśnień prowadzi do wniosków, iż zaoferowana cena pozostaje rażąco niska. Izba oceniła wyjaśnienia przystępującego, jako na tyle ogólne, że nie można uznać, że wykonawca przedłożył wyjaśnienia i dowody dające podstawę do dokonania oceny czy cena jest rażąco niska, co z mocy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, na równi z potwierdzeniem się wprost okoliczności rażąco niskiej ceny - obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są niepełne i nie pozwalają z całą pewnością uznać ceny oferty za realną, za którą dany wykonawca może w sposób prawidłowy zrealizować zamówienie.” (**KIO 1363/13**).

Na marginesie należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu nie ma znaczenia argument, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych było ogólnikowe, a więc odpowiedź Softtutor była na takim samym poziomie szczegółowości. Wykonawca Softtutor w wyjaśnieniach powinien wskazać, jakie czynniki zadecydowały, że mógł zaoferować cenę ofertową w wysokości 1 776 120,00 zł, a tego, w sposób przekonujący, nie uczynił.

Argumentacja Softtutor na rozprawie sprowadzała się do stwierdzenia, że jego proces „uczenia się” przebiega tak szybko, że w zasadzie na etapach późniejszych powieli tylko to,

co przygotował na etapach wcześniejszych. Jednak nie można zapominać, że pewne elementy muszą zostać wykonane dla każdej e-usługi, niezależnie od dotychczasowego doświadczenia, nabytego przy realizacji innych projektów.

Argumentacja dotycząca usług podobnych nie mogła przesądzić, że w postępowaniu nie zaoferowano rażąco niskiej ceny, tym bardziej, że np. zamówienie dla Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego jest projektem o innej skali i zakresie (zamówienie samorządowe, a nie – ogólnopolskie).

Podsumowując, skład orzekający Izby stwierdził, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Softtutor nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W konsekwencji Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Softtutor pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Softtutor, mimo ciężącego na nim, zgodnie z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ciężaru dowodu, nie udowodnił swoich twierdzeń.

Niezależnie od powyższej konstatacji, Izba badała, czy wykonawca, wyceniając przedmiot zamówienia, prawidłowo wycenił usługi na tym samym poziomie, mimo, że różnią się one stopniem skomplikowania. Na takim sposobie wyceny Odwołujący opierał zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie ze stanowiskiem Softtutor, usługi rzeczywiście różnią się między sobą zakresem, jednak wykonując usługi wcześniejsze wykonawca dokonuje już pewnych czynności, które następnie wchodzi w zakres usług kolejnych – sam efekt wykonania usług późniejszych jest następczy wobec wykonanej pracy, która miała miejsce niejako przy okazji wykonywania usług wcześniejszych.

Na podstawie powyższego można stwierdzić, że zasadniczo nie było sporne, że zakres prac do wykonania w ramach poszczególnych usług wchodzących w zakres usługi U2 oraz zakres usługi U2 w porównaniu do U4, jest różny pod względem czasochłonności. Pośrednio może to potwierdzać także okoliczność, że Zamawiający przewidział różne terminy realizacji usług w ramach poszczególnych etapów, niejako prognozując pracochłonność danego etapu. Różnica stanowisk pomiędzy Softtutor a Odwołującym sprowadzała się do tego, czy usługi późniejsze (składające się z większej ilości e-usług, bardziej skomplikowane) można wykonać już podczas wykonywania usług wcześniejszych.

W ramach usługi U2 (łączna cena usługi U2 to 621 642,00 zł) wykonawca miał przeprowadzić identyfikację i priorytetyzację usług do cyfryzacji lub modernizacji,

rekomendowanych do wdrożenia do 2020 r. Produktem tego etapu ma być raport końcowy identyfikujący i opisujący te usługi. Trudno zgodzić się z twierdzeniem wykonawcy Softtutor, że proces „uczenia się” wykonawcy przebiega w taki sposób, że dla przygotowania raportu opisującego 40 e-usług wymagana pracochłonność jest na takim samym poziomie, jak dla raportu opisującego 10 e-usług. Nie można zatem zaakceptować argumentacji Softtutor, że czasochłonność (i w ślad za tym – wycena) 10 e-usług jest na tym samym poziomie, jak czasochłonność 40 e-usług.

Przykładowo, Przystępujący twierdził, że wszystkie e-usługi mają pewne cechy wspólne. Oznacza to de facto, że tylko niektóre cechy są wspólne. W pkt 19 pisma z dnia 15 stycznia 2018 r. wskazywał, że e-usługi są do siebie podobne, mają prawie identyczny zakres lub choć dotyczą różnych to jednak podobnych zakresów. Nawet jeśli tak jest, to w ocenie składu orzekającego nie znaczy to, że wszystkie usługi są tożsame.

W pkt 20 pisma z kolei wskazano, że można zrezygnować z konieczności kolejnych analiz. W ocenie Izby nie jest to skorelowane z postanowieniami umowy, która przewiduje spotkania (par.4 – spotkania fazy uzgodnieniowej - spotkania będą miały formę warsztatu w ilości i długości stosownej do potrzeb i zaplanowanej optymalnie przez wykonawcę, spotkania końcowe, statutowe), więc wykonawca nie może ich wykluczyć.

W pkt 21 pisma Softtutor podnosił, że w podprocesach mogą być konieczne jedynie niewielkie zmiany, które wystarczy raz zamodelować (ewentualnie zweryfikować przy analizie kolejnych e-usług i dokonać korekt). Skład orzekający zauważa, że jeżeli Softtutor przewiduje korekty, to czas na ich wprowadzenie będzie dłuższy, zatem zwiększy się pracochłonność.

Konkludując, argumentacja Softtutor mająca wyjaśnić powód uśrednienia cen za poszczególne usługi prowadzi do wniosku, że wykonawca nie wziął pod uwagę przy dokonywaniu wyceny rzeczywistej pracochłonności wykonania poszczególnych usług.

Ponadto, w ocenie składu orzekającego niewątpliwie jest, że w ramach usługi U4 należy wykonać znacznie więcej zadań, niż w ramach usługi U2, ponieważ ten etap polega na zaplanowaniu, a następnie uzgodnieniu planu wdrożeń, w ramach tego jest również oszacowanie kosztów i analiza ryzyka (łącznie cena usługi U4 to 191 092,80 zł.). W rezultacie można dojść do wniosku, że wykonawca Softtutor „przerzucił” koszty wykonania zadania na etap U2 pomimo, że powinien skalkulować cenę proporcjonalnie do zakresu wykonywanych zadań i pracochłonności. Rzeczywiście, takie działanie może prowadzić do stwierdzenia znamion czynu nieuczciwej konkurencji – jednak, skoro zaoferowana przez Softtutor cena za całość zamówienia jest rażąco niska, to i ceny za poszczególne usługi są zaniżone, nawet jeśli uśrednienie cen prowadziło do zawyżenia niektórych cen względem innych. W kontekście zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji może budzić wątpliwości relacja

ceny usługi U2 w stosunku do U4, jednak wobec ustaleń poczynionych wyżej, niska wycena usługi U4 jest wynikiem zaniżenia przewidywanej pracochłonności. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Softtutor pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny oferty wykonawcy **Odwołującego** w sposób sprzeczny z opisem kryterium „Koncepcja wykonania” oraz nierówne traktowanie wykonawców w tym zakresie, ponieważ Odwołujący wycofał tak sformułowany zarzut na posiedzeniu. Skład orzekający zauważył, że zasadniczo skarżony był art. 91 ust. 1, a nie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jednak ta okoliczność nie ma wpływu na rozstrzygnięcie.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....

.....

.....