

Sygn. akt KIO 2366/18
Sygn. akt KIO 2374/18
Sygn. akt KIO 2378/18
Sygn. akt KIO 2379/18

WYROK
z dnia 18 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 29, 30 listopada i 13 grudnia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2018 r. przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

- A. Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**
- B. Goldenore sp. z o.o. sp.k., ul. Płocka 5A, 01-231 Warszawa**
- C. Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A., ul. Robotnicza 2, 44-100 Gliwice**
- D. Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k.,
Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- A. 1. Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**
 - 2. Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A., ul. Robotnicza 2, 44-100 Gliwice**
- po stronie zamawiającego
- B. 1. Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**
 - 2. Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A., ul. Robotnicza 2, 44-100 Gliwice**
 - 3. Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k.,
Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa**
 - 4. Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**
- po stronie zamawiającego
- C. 1. Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**

- po stronie odwołującego

2. Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa

3. Goldenore sp. z o.o. sp.k., ul. Płocka 5A, 01-231 Warszawa

- po stronie zamawiającego

D. 1. Goldenore sp. z o.o. sp.k., ul. Płocka 5A, 01-231 Warszawa

- po stronie odwołującego

2. Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa

3. Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A., ul. Robotnicza 2, 44-100 Gliwice

4. Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów

- po stronie zamawiającego

orzeka:

A. KIO 2366/18

I.1. uwzględnia odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A. w zakresie dotyczącym oferty wykonawcy Sygnity S.A. i nakazuje zamawiającemu Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Sygnity S.A. jako najkorzystniejszej; 2) odrzucenie oferty wykonawcy Sygnity S.A.; 3) powtórzenie czynności oceny ofert nieodrzuconych;

I.2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie dotyczącym oferty wykonawcy Sygnity S.A.;

I.3. oddala odwołanie w zakresie dotyczącym oferty wykonawców Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A.;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland S.A.,

2.2. zasądza od zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych na rzecz wykonawcy Asseco Poland S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego związane z uiszczonym wpisem i wynagrodzeniem pełnomocnika;

B. KIO 2374/18

1. oddala odwołanie wykonawcy Goldenore sp. z o.o. sp.k.;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Goldenore sp. z o.o. sp.k., i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Goldenore sp. z o.o. sp.k.,

2.2. zasądza od wykonawcy Goldenore sp. z o.o. sp.k. na rzecz zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika;

C. KIO 2378/18

1. uwzględnia odwołanie wykonawcy - Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A., i nakazuje zamawiającemu Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Sygnity S.A. jako najkorzystniejszej; 2) odrzucenie oferty wykonawcy Sygnity S.A.; 3) powtórzenie czynności oceny ofert nieodrzuconych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A.,

2.2. zasądza od zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych na rzecz wykonawcy Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A., kwotę **18 948 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset czterdzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego związane z uiszczonym wpisem, wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na rozprawę;

D. KIO 2379/18

1. oddala odwołanie wykonawcy Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k.;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k., i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k.,

2.2. zasądza od wykonawcy Konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k. na rzecz zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2366/18

Sygn. akt KIO 2374/18

Sygn. akt KIO 2378/18

Sygn. akt KIO 2379/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju Systemu SODIR*”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21.07.2018 r., nr 2018/S 139 - 317812.

Odwołujący: – **A.** Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, **B.** Goldenore sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, **C.** Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A. z siedzibą lidera w Gliwicach, **D.** Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą lidera w Warszawie – wnieśli odwołania o treści, jak niżej.

A. Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO 2366/18)

I. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp oraz w zakresie pkt 1 też specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. czynności oceny i badania ofert;
2. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Sygnity S.A. (dalej „Sygnity”), pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu;
3. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Sygnity, jako niejawnych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Softiq Sp. z o.o.

i Softman S.A. (dalej „Konsorcjum Softiq”), jako niejawnych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3 powyżej - zaniechania odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Sygnity nie złożył odpowiednich wyjaśnień - złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania, że oferta Sygnity zawiera rażąco niską cenę;
6. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 3 powyżej - niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Sygnity;
7. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 4 powyżej - zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Softiq, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum Softiq nie złożyło odpowiednich wyjaśnień - złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania, że oferta Konsorcjum Softiq zawiera rażąco niską cenę;
8. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 4 powyżej - niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Softiq.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Sygnity;
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Sygnity, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawca Sygnity nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w wyjaśnieniach;
3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Softiq, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Konsorcjum Softiq nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w wyjaśnieniach;
- z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych:
4. w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Sygnity wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych

wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

5. w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Sygnity nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3;
 6. w pkt 3 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Softiq wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
 7. w pkt 3 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Softiq, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum Softiq nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3;
- oraz naruszenie:
8. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
 9. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Softiq, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

III. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert;
2. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu;
3. Odrzucenia oferty Sygnity;
4. Odrzucenia oferty Konsorcjum Softiq;
5. Dokonania ponownej oceny ofert.

IV. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żąda od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

V. (...).

VI. Interes we wniesieniu odwołania: Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Oferty wykonawców Sygnity i Konsorcjum Softiq powinny zostać odrzucone. Wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem zaniechania i czynności Zamawiającego powodują, że Odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto - w wyniku ww. naruszeń przepisów ustawy Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

VII. Wymogi formalne (...).

Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju Systemu SODIR”.2. W SIWZ ustalono 2 kryteria: „Cena” z łączną wagą 60% oraz pozacenowe „Jakość obsługi” z wagą 40%.
3. Kryterium „Cena” składało się z Podkryteriów: a) Podkryterium „CA” - Cena za świadczenie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu SODIR waga 40% (40% = 40 ppkt), b) Podkryterium „CM” - Cena za świadczenie Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu SODIR waga 60% (60% = 60 ppkt).
4. Złożenie ofert miało miejsce w dniu 8 października 2018 r. Zamawiający przed otwarciem ofert wskazał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 22.000.000 złotych brutto.
5. W postępowaniu złożono 8 ofert.
6. W zakresie kryterium pozacenowego, wykonawcy których ofert Zamawiający nie odrzucił, zadeklarowali w ofertach taki sam czas, w związku z czym wszystkie oceniane oferty uzyskały maksymalną ilość punktów, tj. 40 punktów. W związku z powyższym ranking ofert został ustalony wyłącznie w oparciu o kryterium Cena.
7. W zakresie cen oferty przedstawiały się następująco (w PLN brutto):

Wykonawca - Cena oferty - Asysta Techniczna i Konserwacja - Modyfikacja i Rozwój

Koszt

mies. - za cały okres umowy za rb/g. - za 100.000 rb/g.

Asseco Poland S.A.	11.799.688,00	77.658,00	2.795.688,00	90,04	9.004.000,00
Sygnity S.A.	12.419.556,00	249.321,00	8.975.556,00	34,44	3.444.000,00
Kons.Softiq sp. z o.o. i Softman S.A.	15.419.280,00	308.730,00	11.114.280,00	43,05	4.305.000,00
Symmetry Sp. z o.o.	18.718.140,00	215.865,00	7.771.140,00	109,47	10.947.000,00
Goldenore sp. z o.o. sp.k.	21.582.964,00	599.499,00	21.581.964,00	0,01	1.000,00
Kons.Pentacom Systemy Informatyczne S.A. i	21.971.460,48	606.901,68	21.848.460,48	1,23	123.000,00
Sp.z o.o. Sp.k.					

Kons. BlueSoft Sp. z o.o. i Essembli Sp. z o.o.	29.520.000,00	307.500,00	11.070.000,00	184,50	18.450.000,00
Comarch Polska S.A.	30.131.960,00	473.110,00	17.031.960,00	131,00	13.100.000,00

8. W dniu 9 października 2018 r. Zamawiający wystąpił do wykonawców, m.in. do Sygnity i do Konsorcjum Softiq, z wezwaniem o złożenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczeń mających wpływ na wysokość ceny.

9. Niezwłocznie po otwarciu ofert, tj. w dniu 9 października 2018 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o przekazanie kopii złożonych ofert. Zamawiający dopiero w dniu 26 października 2018 r. przekazał oferty oraz protokół, przy czym przekazano tylko część ofert. Odwołujący w dniu 29 października 2018 r. wystąpił do Zamawiającego z pismem, w którym prosił o wskazanie, czy Zamawiający zakończył już ocenę ofert w zakresie skuteczności zastrzeżenia części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 31.10.2018 r. wskazał: „o czynnościach Zamawiającego zostaną Państwo poinformowani zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych” oraz „W dniu 26.10.2018 r. otrzymali Państwo wszystkie dokumenty, które Zamawiający mógł przekazać na obecnym etapie”.

Dowód: pismo odwołującego z dnia 29 października 2018 r, mail Zamawiającego z dnia 31.10.2018 r.

Należy przyjąć, że ocenę skuteczności zastrzeżenia jawności części ofert Zamawiający zakończył wraz oceną ofert, tj. w dniu 6 listopada 2018 r.

10. Odwołujący po zapoznaniu się z informacją z otwarcia ofert oraz z udostępnioną treścią ofert stwierdził, że część wykonawców w sposób niedozwolony wykorzystwała różną wagę, jaką Zamawiający przyznał cenie za świadczenie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu SODIR (waga 40%) i cenie za świadczenie Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu SODIR (waga 60%) - a to poprzez zaniżenie ceny za usługi Modyfikacji i Rozwoju i przeliczenie kosztów tej usługi do ceny za usługi Asysty Technicznej i Konserwacji. Odwołujący w dniu 30 października 2018 r. wystosował do Zamawiającego pismo ze wskazaniem na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji przez 4 wykonawców: Goldenore Sp. z o.o. Sp.k., Konsorcjum firm: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Relayonit Sp. z o.o., Sygnity S.A., Konsorcjum firm: Softiq Sp. z o.o. i Softman S.A.

Dowód: pismo odwołującego z dnia 30 października 2018 r.

Zamawiający nie odpisał na ww. pismo. Z treści dokumentacji postępowania nie wynika też, aby wystąpił do ww. wykonawców o złożenie wyjaśnień w tym zakresie.

11. W dniu 6 listopada 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, w którym Zamawiający między innymi wskazał, że odrzucił oferty Goldenore Sp. z o.o. Sp.k. oraz Konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Relayonit Sp. z o.o.

12. W dniu 7 listopada 2018 r. Odwołujący wystąpił o przekazanie załączników do protokołu, jawnych od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej.

13. W dniu 9 listopada 2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu część załączników do protokołu, przy czym nie przekazano wyjaśnień w zakresie ceny oferty złożonych przez Sygnity oraz Konsorcjum Softiq.

14. Wobec powyższego wniesienie odwołania stało się konieczne. Zamawiający nie odrzucił ofert podlegających odrzuceniu, nie wystąpił nawet o wyjaśnienia do wykonawców, którzy zaniżyli ceny za usługi Modyfikacji i Rozwoju. Co więcej - Zamawiający zupełnie bezpodstawnie zaniechał udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu.

15. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie podał w przekazanym protokole nawet pełnej listy takich załączników do protokołu, co uniemożliwia Odwołującemu powzięcie pewnej wiedzy, jakie pisma Zamawiający wystosowywał w toku postępowania

I. Zarzut naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp – zaniechanie udostępnienia dokumentu wyjaśnień złożonych przez Sygnity, zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

16. Odwołującemu nie udostępniono wyjaśnień złożonych przez Sygnity, a jedynie stronę tytułową oraz uzasadnienie dla zastrzeżenia jawności wyjaśnień.

17. Przedmiotowe uzasadnienie obejmuje zaledwie niecałą 1 stronę. Uzasadnienie to zawiera zacytowany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oraz kilka ogólnikowych zdań. Odwołujący po zapoznaniu się z uzasadnieniem stwierdza, że Sygnity nie sprostало ciążącemu na nim obowiązкови wykazania, że informacje zawarte w wyjaśnieniach spełniają łącznie wszystkie 3 przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec czego nie doszło do skutecznego zastrzeżenia przez Sygnity jawności informacji zawartych w dokumencie wyjaśnień i dokument ten powinien zostać Odwołującemu udostępniony przez Zamawiającego.

18. Podkreślić należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą Pzp. Wynika to wprost z przepisu art. 8 ust. Tym samym

ta właśnie zasada powinna być przede wszystkim brana pod uwagę przy ocenianiu przypadków zastrzegania informacji w toku postępowania.

19. Ponadto objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja: a) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy dany przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności wyłączona jest możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, którą można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności, gdy informacja jest dostępna w Internecie lub sam przedsiębiorca o niej informował publicznie. Oдноśnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich.

20. W ocenie Odwołującego dokonane przez Sygnity zastrzeżenie jawności złożonych wyjaśnień było i jest bezpodstawne. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Sygnity zastrzegło nie same informacje, ale cały dokument wyjaśnień. Już samo to wskazuje, że zastrzeżenie dokonane przez Sygnity było nadmierne i nieuzasadnione. Na działania Sygnity z naruszeniem prawa wskazuje chociażby fakt, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżono chociażby uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa (a jedynie Zamawiający uznał w tej części zastrzeżenie za nieskuteczne i uzasadnienie to udostępnił). Z całą pewnością takie uzasadnienie nie składa się z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe zachowanie Sygnity potwierdza wprost, że celem Sygnity nie było chronienie uzasadnionej tajemnicy, ale wyłącznie utrudnianie konkurentom dostępu do złożonych wyjaśnień.

21. Co więcej - Sygnity nie wykazało spełnienia się wszystkich ww. przesłanek (o czym dalej). Tymczasem właśnie to wykazanie w obecnym stanie prawnym jest najważniejsze. Otóż w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek

wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże stan prawny uległ zmianie poprzez nowelizację przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przy wprowadzaniu tej zmiany w uzasadnieniu poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano m.in. (cytat). Powyższa zmiana podejścia ustawodawcy do tajemnicy przedsiębiorstwa wielokrotnie była już podkreślana przez Krajową Izbę Odwoławczą, przykładowo w wyrokach: KIO 2446/15, KIO 1646/16, KIO 703/17, KIO 863/17, KIO 1342/17, KIO 154/18, KIO 200/18, KIO 1339/18, KIO 2132/18. Izba wielokrotnie podkreślała, że z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał - a to poprzez udowodnienie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej, aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie. Tymczasem Sygnity zawarł w wyjaśnieniach tylko takie ogólne uzasadnienie, bez dowodów i bez konkretów.

22. Odwołujący wskazuje, że pomimo odtajnienia części wyjaśnień przez Zamawiającego, to sama właściwa część wyjaśnień pozostaje zastrzeżona. Tymczasem zdaniem Odwołującego informacje zamieszczone w wyjaśnieniach nie realizują łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, Zamawiający powinien odtajnić całość wyjaśnień, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

7. Przede wszystkim w uzasadnieniu objęcia tajemnicą wyjaśnień Sygnity nie sprostało ciężarowi dowodu w zakresie kwestii charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez te informacji wartości gospodarczej. Ten istotny i niezbędny element uzasadnienia został przez Sygnity całkowicie pominięty. Sygnity jedynie wskazało, że są to informacje „organizacyjne, posiadające wartość gospodarczą i handlową”. A zatem Sygnity nie wykazało *de facto* gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji. Zgodnie z poglądami judykatury do skuteczności zastrzeżenia musi zostać spełniona taka właśnie przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą, przedsiębiorca musi wykazać, że ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość gospodarczą) - tak Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2014 r., I OSK

2112/13. Pogląd ten reprezentuje także Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14. Podobnie w wyroku KIO 2132/18.

Co więcej - za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro nie została wykazana ta niezbędna przesłanka, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień. Sygnity wręcz podkreśla, że są to informacje jednostkowe, sporządzone wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania.

8. Przedmiotowe uzasadnienie zawiera jedynie deklaracje, że spełnione są przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże z treści uzasadnienia nie można powziąć wiedzy, które informacje mają wartość gospodarczą i jaka to jest wartość. Nie wskazano też np. w jaki sposób inni przedsiębiorcy mogliby wykorzystywać te informacje ze szkodą dla Sygnity. Gdyby uznać tego rodzaju uzasadnienie za wystarczające, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że z zasady można utajniać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

9. Sygnity nie wykazało też w ogóle, jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. W wyjaśnieniach ograniczono się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń o tym, że informacje „*nie były ujawnione do wiadomości publicznej*”. Takie ogólnikowe twierdzenia nie czynią zadość wymogom postawionym przez ustawodawcę w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem zastrzeżenie jawności dokonane przez Sygnity jest nieskuteczne. Podkreślić też należy, że uzasadnienie w ogóle nie odnosi się do przesłanki podjęcia niezbędnych działania w celu zachowania poufności - w tym zakresie w uzasadnieniu nie ma żadnych sformułowań.

10. Tym samym zasadny jest zarzut, że uzasadnienie jest ogólnikowe. Na niedopuszczalność uznawania takich ogólnikowych uzasadnień za podstawę odmowy udostępnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1358/18.

Z kolei na konieczność dołączania dowodów w postaci zobowiązań pracowników wskazała Izba w wyroku z dnia 7 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1471/18.

11. Podsumowując argumentację podniesioną w ramach niniejszego zarzutu Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa został wykazany. Zamawiający nie dokonał minimalnej nawet analizy skuteczności zastrzeżenia, w tym łącznego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazuje na to treść uzasadnienia dla zastrzeżenia jawności wyjaśnień - obejmuje ono 1 stronę i poza ogólnikowymi stwierdzeniami nie ma żadnej merytorycznej treści. W uzasadnieniu tym ani nie odniesiono się do rzeczywistej treści wyjaśnień, ani też nie

wykazano zaistnienia 2 przesłanek formalnych. Tym samym należy przyjąć, że Zamawiający uznał zastrzeżenie jawności za skutecznego wobec samego oświadczenia firmy Sygnity, nie wnikając w ogóle w treść zastrzeżenia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1358/18 uznała takie zachowanie Zamawiającego za niedopuszczalne i naruszające przepisy ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp - zaniechanie udostępnienia dokumentu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Softiq, zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

12. Zamawiający nie udostępnił także wyjaśnień Konsorcjum Softiq. Udostępniono Odwołującemu jedynie „*Uzasadnienie utajnienia wyjaśnień wraz z dowodami*”, stanowiące strony 8 - 10 wyjaśnień, z czego: a) str. 8 - pkt A: cytaty z orzecznictwa oraz wskazanie, co zawierają wyjaśnienia; b) str. 8/9 - pkt B: wskazanie, jakie informacje zawarte są w wyjaśnieniach, c) str. 9/10 - pkt C: wskazanie na działania podjęte w celu zachowania poufności dokumentów.

13. W pkt B nie wskazano w ogóle na wartość gospodarczą informacji ani też nie wykazano tej wartości. Już sam ten brak, zgodnie z uzasadnieniem zawartym w pkt I powyżej, wskazuje, że Konsorcjum Softiq nie dokonało skutecznie zastrzeżenia jawności informacji.

14. Co więcej uzasadnienie w pkt B w ogóle nie zostało dostosowane do informacji zawartych w wyjaśnieniach. Przykładowo powołano się na „*czasochłonność realizacji przedmiotu zamówienia*”, podczas gdy należało podać jedynie stawkę roboczogodzinę lub też za miesiąc świadczenia usługi asysty. W niniejszym zamówieniu nie szacuje się czasochłonności, gdyż Zamawiający nie zamawia do wykonania dzieła (np. wykonanie i wdrożenie systemu), którego czasochłonność należy oszacować na etapie ofertowania.

15. Odnośnie uzasadnienia zawartego w pkt C w pierwszej kolejności należy wskazać, że dotyczy ono „dokumentów” a nie informacji. Zastrzeżenie jawności może dotyczyć tylko informacji, zaś Konsorcjum Softiq uzasadniło zastrzeżenie dokumentu Już samo to wskazuje na nieskuteczność uzasadnienia. W dalszej części pkt C Konsorcjum Softiq wskazuje na zachowane procedury, lecz są to stwierdzenia gołosłowne, bez żadnych dowodów. O konieczności przedstawienia dowodów Odwołujący pisał już w pkt I powyżej.

16. W zakresie argumentacji prawnej Odwołujący wskazuje na argumentację podaną w pkt I powyżej, nie chcąc niepotrzebnie powtarzać powyższej treści odwołania w niniejszym punkcie.

III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Sygnity wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Sygnity nie

złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy.

17. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sygnity, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień złożonych przez Sygnity. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien brać swój początek w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (w treści tych wyjaśnień).

18. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt I uzasadnienia powyżej, Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Prawdliwość stanowiska Odwołującego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17.

19. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1713/17, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz udostępnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem objęcia tych wyjaśnień tajemnicą - resztę zarzutów pozostawiając bez rozpoznania jako przedwczesne.

20. Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że niniejszy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu I. Odwołujący nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią wyjaśnień właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia pełnej treści tego dokumentu. Dopiero po udostępnieniu treści wyjaśnień Odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Podkreślić należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. W przypadku nieuwjawnienia danego dokumentu - a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, jest właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony poniechanie podnoszenia takiego zarzutu - przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa - skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

21. Jak wynika z doświadczenia, analizy przedmiotu zamówienia i SIWZ, na cena oferty, tj. stawka za 1 roboczogodziną oraz miesięczny ryczałt musi obejmować przynajmniej następujące koszty: a) Koszt pracy, czyli koszt specjalistów delegowanych do realizacji zadania uwzględniający oprócz kosztów wynikających z przepisów prawa (ZUS, PFRON,

płatne urlopy wypoczynkowe, dodatki za pracę w godzinach nadliczbowych, niedziele i święta, zasiłek chorobowy płatny przez pracodawcę) także premie, podwyżki, delegacje. b) Marża - czyli różnica pomiędzy ceną sprzedaży dobra a ceną jego zakupu/wytworzenia, określająca nadwyżkę (zysk) uzyskiwaną ze sprzedaży dobra ponad bezpośrednie koszty uzyskania wyrażana procentowo lub kwotowo. W późniejszej realizacji prac i po materializacji np. ryzyk projektowych często zdarza się, że zakładana marża jest inna niż planowana, także KIO (np. w wyroku z 29 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 61/14) zwraca uwagę na konieczność wykazania zysku. c) Ryzyko projektowe - szacowane koszty realizacji zadań, jakich nie można było przewidzieć podczas szacowania oferty, a które mogą się pojawić na etapie realizacji zamówienia. d) Gwarancja - koszty, jakie należy w kalkulować w cenę, a które wykonawca ponosi po zakończeniu realizacji projektu w związku z realizacją zobowiązań gwarancyjnych określonych w umowie. e) Koszty ogólnozakładowe oraz koszty zapewnienia środowiska pracy, czyli koszty niezwiązane bezpośrednio z realizacją projektu, ale ponoszone przez wykonawcę. Koszty te dotyczą np. wynajmu biura, kosztów zarządu i administracji, spłata kredytów lub leasingów, dostawy mediów, jak np. Internet, prąd. Koszty ogólnozakładowe to koszty konieczne do prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem Odwołującego Sygnity w swoich wyjaśnieniach nie wykazało, że ujęło w cenie oferty wszystkie ww. koszty.

22. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że Sygnity nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że ujął w cenie oferty wszystkich wymaganych przez SIWZ elementów kosztotwórczych, a następnie nie wskazał takich kosztów w Wyjaśnieniach RNC. Poniżej Odwołujący wskazuje elementy kosztotwórcze, które nie zostały wykazane w złożonych wyjaśnieniach. Podkreślić należy, że część poniższych kosztów to koszty rzeczowe, których wysokość powinna być udowodniona poprzez załączenie dowodów zakupów czy też otrzymanych ofert, na których Sygnity oparło się przy szacowaniu ceny oferty.

23. Utworzenie środowiska Developerskiego - Załącznik nr 8 do SIWZ do umowy art. 7 pkt 13.2. Realizacja tych prac wymaga: a) Zakupu licencji na oprogramowanie bazy danych Oracle. b) Instalacji oprogramowania wykorzystywanego przez system (wg Załącznika nr 4 do Umowy) -Systemy operacyjne - HP-UX 11.31, SUSE Linux Enterprise Server 11 SP3, CentOS 5, Windows Server 2008 R2 Standard, -Oprogramowanie serwerów aplikacji - WebLogic lig, Oracle Forms 11, JBoss Application Server 6.1.0 Finał, Apache 2.2, -Oprogramowanie serwerów integracji: Mule 3.3.1, Servicemix 3.2.1, Aqualogic 2.6, -Oprogramowanie serwerów kolejek: ActiveMQ 5.7.0, HornetMO 2.2.5.Finał, -Bazy danych - Oracle lig, MySQL 5.1.56, PostgreSQL 9.2.1, -AVAVM v 1.6 i 1.7 64-Brt, c) Instalacji środowiska programistycznego u wszystkich programistów (ok. 10 osób).

24. Dwukrotna migracja systemu wymaga wykonania następujących prac - Załącznik nr 8 do SIWZ do umowy art. 4 pkt 1.26: a) instalacja oprogramowania na serwerach wg powyższego

wykazu (wg Załącznika nr 4 do Umowy), b) przeniesienie bazy danych z wykorzystaniem stworzonych w tym celu skryptów, c) realizacja testów weryfikujących poprawność wykonanej migracji.

25. Utworzenie środowiska zapasowego wymaga realizacji następujących prac - Załącznik nr 8 do SIWZ do umowy art. 4 pkt 1.27: a) instalacja oprogramowania na serwerach wg powyższego wykazu (wg Załącznika nr 4 do Umowy), b) przygotowanie oprogramowania aktualizacji danych i przełączania środowisk.

26. Wykonywanie kopii zapasowych, wymaga następujących prac (wg Załącznik nr 8 do SIWZ do umowy art. 7 pkt 4): a) konfiguracja serwerów przechowujących kopie zapasowe, b) przygotowanie oprogramowania aktualizacji danych, c) nadzorowania poprawności procesu przez okres realizacji umowy.

27. Ze względu na szeroki zakres, różnorodność wykorzystywanych platform i technologii, prace wskazane w pkt 23 - 26 wymagają zaangażowania wielu wysokokwalifikowanych specjalistów. Pracochłonność prac jest rzędu kilkuset dni roboczych.

28. Repozytorium - stworzenie repozytorium wymaga: a) zgromadzenia kodów źródłowych systemu, b) zgromadzenie skryptów budujących kolejne elementy programowe systemu, c) weryfikacja poprawności i kompletności procesu budowania systemu z kodów źródłowych.

29. Monitoring - realizacja monitorowania pracy systemu wymaga: a) wykonania instalacji i konfiguracji oprogramowania monitorującego, b) nadzorowania (dyżury) poprawności funkcjonowania systemu.

30. Stawka za 1 roboczogodzinę: W zakresie rozwoju systemu stawka rozwojowa powinna zostać skalkulowana przy uwzględnieniu wszystkich kosztów, jakie są wymagane do świadczenia usługi rozwoju. W szczególności Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego będzie ponosił koszty przygotowywania Analizy Wstępnej. Zgodnie z Załącznikiem 2 do Umowy pkt 17.2 Dostawca dostarcza wynik Analizy Wstępnej nieodpłatnie, tak więc stanowi to dla niego koszt, który powinien być uwzględniony w koszcie stawki rozwojowej. Zgodnie z Załącznikiem 2 do Umowy pkt 17.3 Zamawiający oczekuje szczegółowej Analizy Wstępnej z uwzględnieniem projektu zmian w warstwach logiki biznesowej, danych, uprawnień, architektury fizycznej i logicznej systemu, konfiguracji komponentów sprzętowych, zawierający w szczególności: -opis oraz zakres dziedziny lub funkcjonalności systemu oraz specyfikację wymagań biznesowych (SWB) obejmujący główny obszar funkcjonalny, które będą przedmiotem prac; Zakres SWB zawiera Załącznik nr 3 do Umowy; -jeśli jest taka potrzeba - opis architektury Systemu (OAR) po zmianach (głównie perspektywa biznesu, perspektywa logiczna oraz perspektywa danych) Zakres OAR zawiera Załącznik nr 3 do Umowy; -opis elementów struktury (komponentów, podmodułów, itp.), opis interfejsów po zmianach, opis głównych scenariuszy działania w tym opis algorytmów po zmianach, opis interfejsów po zmianach, opis logicznego modelu danych wykorzystywanych w modułach

wraz z projektami ekranów i diagramami nawigacji oraz projektami przetwarzania dokumentów - SWSI. Zakres SWSI zawiera Załącznik nr 3 do Umowy; -opis modelu wdrożenia; -opis testów bezpieczeństwa; -specyfikację przypadków i scenariuszy testowych (SPST). Zakres SPTS zawiera Załącznik nr 3 do Umowy; -plan testów (PTS) wraz z harmonogramem prowadzenia testów; -opis ewentualnych szkoleń; -schemat uprawnień po zmianach; -wycenę prac w Roboczogodzinach Etapu II; -harmonogram realizacji prac Etapu II; -zakres niezbędnego współdziałania Zamawiającego w ramach realizacji Etapu II -informację o wpływie realizacji usługi na integralność, wydajność oraz bezpieczeństwo Systemu; informację o wykorzystaniu rozwiązań autorstwa podmiotów trzecich, opis uwarunkowań prawnych zastosowania tych rozwiązań oraz wykaz niezbędnych licencji do uruchomienia zmian; -opis innych parametrów jakie powinny mieć produkty Usługi Modyfikacji i Rozwoju nie będących oprogramowaniem.

Za powyższe prace Dostawcy nie przysługuje osobne wynagrodzenie, a zatem wykonanie tych usług stanowi to koszt wykonawcy, który musiał być uwzględniony w stawce za 1 roboczogodzinę.

31. Stawka godzinowa obowiązująca w Sygnity.

Bazując na Jednostkowym Sprawozdaniu Finansowym firmy Sygnity S.A. według Międzynarodowych Standardowych Sprawozdawczości Finansowej za rok obrotowy od 1 października 2016 roku do 30 września 2017 roku można wykazać godzinowy koszt pracy.

Strona nr 34 Sprawozdania Finansowego prezentuje informacje dotyczące kosztów pracy:

/9. Koszty według rodzaju i koszt wytworzenia sprzedanych produktów i usług

	Za okres: od 01.10.2016 do 30.09.2017	Za okres: od-01.10.2015 do-30.09.2016
Koszty według rodzaju razem		
Zużycie materiałów i energii	(55 469)	(62 630)
Usługi ofcce	(132 029)	(137 658)
Wynagrodzenia	(94 969)	(97 574)
Świadczenia na rzecz pracowników	(18 690)	(18 685)
Amortyzacja	(12 577)	(16 126)
Podatki opłaty	(2 066)	(2 516)
Pozostałe	(54 295)	(10 306)
	<u>(370 105)</u>	<u>(345 495)</u>
Koszty sprzedaży	(17 637)	(20 472)
Koszty ogólnego zarządu	<u>(33 515)</u>	<u>(36 810)</u>
Koszt wytworzenia sprzedanych produktów i usług	(318 753)	(288 213)

W roku obrotowym zakończonym 30 września 2017 r. w pozycji Pozostało koszty rodzajowe ujęto korektę niezafakturowanych należności jako koszt w kwocie 8 357 oraz rezerwy na straty wynikające z realizowanych kontraktów w kwocie 32 454, z czego kwota 23 846 dotyczy projektu e-Podatki.

Korekta należności niezafakturowanych w kwocie 8 357 dotyczy projektu *Elektroniczna Platforma Gromadzenia*,

Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1) („o-Zdrowie”) realizowanego przez Spółkę na rzecz Skarbu Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia. W odniesieniu do tego kontraktu zamawiający oświadczył, że nie będzie kontynuował rozpoczętych prac w pierwotnie uzgodnionym zakresie Ujmując wycenę kontraktu na dzień bilansowy w wysokości 50% niezafakturowanych należności **[dane w tysiącach PLN o ile nie zaznaczono inaczej]**

Informacja dodatkowa stanowi integralną część niniejszego sprawozdania finansowego.

34

Dowód: wyciąg ze Sprawozdania Finansowego Sygnity S.A.

Koszty, jakie Sygnity poniosło na wynagrodzenia w ostatnim roku rozliczeniowym wyniosły łącznie:

Wynagrodzenia	94 959 000
Świadczenia na rzecz	18 690 000
Razem koszty pracy	113 649 000

Zatrudnienie firmy Sygnity przedstawia strona nr 62 Sprawozdania Finansowego:

34. Struktura zatrudnienia

Przeciętne zatrudnienie w Spółce w roku obrotowym od 1 października 2016 roku do 30 września 2017 roku oraz w roku poprzednim kształtowało się następująco:

	Za okres: od 01.10.2016 do 30.09.2017	Za okres: 01.10.2015 30.09.2016
Struktura zatrudnienia		
Kadra zarządzająca	3	4
Administracja	105	113
Dział sprzedaży	61	77
Pion produkcji	696	077
Razem	865	871

Dowód: wyciąg ze Sprawozdania Finansowego Sygnity S.A.

Z powyższego wynika, że w ostatnim roku obrachunkowym Sygnity zatrudniło 865 osób.

Średnia ilość roboczych rocznie to 2008 godzin. Mamy zatem następujące wielkości:

koszty pracy rocznie	113 649 000 zł
Wielkość zatrudnienia	865
Ilość godzin roboczych w roku	2008

Z powyższych danych, oficjalnie publikowanych przez Sygnity wynika, że stawka, jaką Sygnity płaci swoim pracownikom to 65 złotych netto (bez podatku VAT) za 1 godzinę, wg wzoru:

Koszt pracy rocznie/wielkość zatrudnienia/ilość godzin roboczych = 65 złotych/roboczogodzinę.

Tymczasem Sygnity wskazało w swojej ofercie stawkę niższą aż o 50%. Kwota 34,44 zł jest

bowiem stawką brutto, zatem w celu porównania z powyższymi wyliczeniami trzeba odjąć od niej podatek VAT - wtedy wynosi ona 28 złotych netto za godzinę.

32. Odwołujący opierając się na dotychczasowym doświadczeniu przypuszcza, że Sygnity dołączyło do wyjaśnień umowy o pracę. Niemniej jednak w celu należytej oceny złożonych wyjaśnień należy zanalizować dołączone umowy, czy dotyczą one zespołu rzeczywiście dedykowanego do realizacji umowy, wskazanego w ofercie Sygnity.

IV. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Softiq wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum Softiq nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy.

33. Odwołujący wskazuje, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień przez konsorcjum Softiq oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Softiq, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Softiq.

W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny. Odwołujący wskazuje tutaj w całości na argumentację wskazaną w pkt III powyżej.

34. W zakresie zaniechania ujęcia w cenie oferty przez Konsorcjum Softiq kosztów niezbędnych, wynikających z przepisów prawa i z SIWZ - Odwołujący wskazuje na argumentację zawartą w pkt III uzasadnienia w ppkt 21 - 30. Zdaniem Odwołującego także Konsorcjum Softiq nie uwzględnił tych kosztów w Wyjaśnieniach RNC.

35. Odwołujący wykazał powyżej, że jednym z istotnych kosztów jest koszt osobowy, tj. koszt zatrudnienia specjalistów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Softiq zobowiązany był złożyć takie wyjaśnienia, w których wykazano i uzasadniono zastosowane stawki kosztów osobowych. W tym celu niezbędne było załączenie do wyjaśnień dowodów w postaci umów o pracę/umów zlecenia członków zespołu, który został przez danego wykonawcę przeznaczony do realizacji zamówienia. Następnie w oparciu o stawki wynagrodzenia wynikające z załączonych umów należało obliczyć koszt osobowy realizacji przedmiotu zamówienia. Brak załączenia takich umów przez Konsorcjum Softiq uniemożliwił dokonanie obliczenia rzeczywistych kosztów osobowych realizacji zamówienia, a tym samym sprawdzenie przez Zamawiającego poprawności samego szacowania ceny oferty, jak i rzetelności złożonych wyjaśnień. Tym samym wszystkie wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach należy uznać za hipotetyczne, oparte na założeniach, a nie na konkretnych dowodach - i jako takie powinny zostać pominięte.

Kwestia zakresu i treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnośnie kosztów osobowych była przedmiotem orzekania Sądu Okręgowego w Warszawie, który w wyroku z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16 stwierdził, że elementem niezbędnym wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych jest wykazanie Zamawiającemu poprzez przedstawienie dowodów realnego i rzeczywistego koszty realizacji zamówienia: *„Do oceny czy oferta nie zawiera rażąco zaniżonego składnika jej ceny, tj. kosztów osobowych należało przedstawić dowody odnoszące się wyłącznie do tego konkretnego oferenta, w tym przypadku E spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. (...) Takie zasady powinny dotyczyć wszystkich kategorii (poziomów zaawansowania) osób, które przedmiotowe zamówienie miało wykonywać. Sądu nie interesowały hipotetyczne czy też uśrednione koszty występujące na rynku, lecz dokładne (co do grosza) koszty ówczesnego H (później już następcy prawnego), to bowiem ta spółka ubiegała się o zamówienie i przedstawiała Zamawiającemu wyjaśnienia odnośnie swojej ceny. Przystępujący na żadnym etapie postępowania - w szczególności na etapie składania wyjaśnień tego nie uczynił. Nie przyjął takiej metody, lecz ograniczył się wyłącznie do gołosłownych twierdzeń, że koszt całkowity dotyczący danej kategorii osób wynosi daną wartość, nic więcej. Jako jedyny argument wskazał, że takie wartości były podawane przez spółkę w innych postępowaniach. Ten sam argument był eksploatowany w postępowaniu skargowym.”* Zgodnie z powyższym poglądem Konsorcjum Softiq powinien wskazać dla każdego specjalisty konkretną umowę i konkretne koszty, jakie będą ponoszone w związku z jego zatrudnieniem. Z kolei brak takich elementów w wyjaśnieniach stanowi o złożeniu wyjaśnień ogólnikowych, niepopartych dowodami. Powyższe stanowisko Sądu Okręgowego prezentuje także Krajowa Izba Odwoławcza w najnowszych wyrokach - Izba uważa, że w przypadku ofert, gdzie głównym kosztem są koszty osobowe, niezbędne jest przedstawienie przez wykonawcę składającego wyjaśnienia szczegółowych wyliczeń tych kosztów, opartych o konkretne stawki wynagrodzenia. Chociażby w wyroku z dnia 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2039/17.

V. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

36. Jak wskazywano powyżej Zamawiający określił w SIWZ, że kryterium oceny ofert „Cena” składa się z Podkryteriów: a) „CA” - Cena za świadczenie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu SODIR waga 40% (40% = 40 ppkt), b) „CM” - Cena za świadczenie Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu SODIR waga 60% (60% = 60 ppkt).

37. Jednocześnie Zamawiający uregulował w SIWZ, że cena oferty składa się z 2 różnych elementów, z których to każdy element stanowi całościową cenę za świadczenie danej usługi. Wynika to z faktu, że Zamawiający wskazał wprost w SIWZ, że każde podkryterium jest „ceną za świadczenie usługi”. Wobec powyższego, Wykonawcy powinni tak skalkulować cenę za poszczególne elementy oferty, aby cena za każdą z usług pokrywała wszystkie

koszty świadczenia danej usługi.

38. Tymczasem Sygnity wskazało w swojej ofercie cenę za 1 roboczogodzinę na wysokości jedynie 34,44 złote brutto. Cena ta nie obejmuje kosztów realizacji Modyfikacji i Rozwoju.

Wskazać tutaj należy, że Sygnity obecnie realizuje na rzecz Zamawiającego usługi objęte niniejszym postępowaniem, przy czym w obowiązującej umowie stawka za 1 godzinę wynosi 282,90 złotych - a zatem jest ponad 8-krotnie wyższa. Z kolei stawka za usługi asysty została przez Sygnity podniesiona w stosunku do obecnej umowy:

Usługa	Stawka w ofercie	Stawka w realizowanej umowie
Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji -stawka miesięczna w PLN	249.321,00	307.500,00
Usługa Modyfikacji i Rozwoju - stawka za 1 roboczogodzinę w PLN	34,44	282,90

Zmiana w zakresie stawki za usługę Asysty Technicznej wynosi mniej niż 20% i może ona wynikać ze zmian organizacyjnych Sygnity, zatrudnienia specjalistów o niższych stawkach czy też rezygnacji przez Sygnity z wysokiego zysku.

Natomiast różnica w zakresie stawki za usługę Modyfikacji jest ogromna - zawarta w ofercie stawka wynosi zaledwie 12% stawki, za jaką Sygnity obecnie świadczy obecnie tę usługę. Już sama ta różnica w cenie wskazuje, że nie istnieje żadne uzasadnienie dla zastosowania tak niskiej stawki i wynika ona wyłącznie z zamiaru wykorzystania przez Sygnity S.A. różnej wagi dla poszczególnych Podkryteriów w kryterium „Cena”.

Odwołujący uważa, że Sygnity nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach, w jaki sposób osiągnęło ta znaczne „oszczędności” w stosunku do cen z obecnie realizowanej umowy. Brak wykazania takich oszczędności w wyjaśnieniach potwierdza słuszność zarzutu.

39. Odwołujący wskazuje, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419) (dalej „*uznk*”). Art. 3 *uznk* określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegł niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, wskutek czego w art. 3 ust. 2 *uznk* wskazał jedynie przykładowo czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji. Przykładowe wyliczenie nie wyklucza tym samym innych, tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., sygn. akt II CSK 44/09, Sąd Najwyższy wskazał, że art.

3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

40. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2091/16 odniosła się do klauzuli „dobrych obyczajów” i jej rozumienia. Odwołujący wskazuje, że właśnie z takim przypadkiem działania sprzecznego z dobrymi obyczajami mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Sygnity zaniżyło cenę za usługi Modernizacji i Rozwoju, przerzucając koszt ich realizacji do ceny Asysty - a to w celu wykorzystania różnej wagi dla poszczególnych podkryteriów cenowych.

41. Odnosnie zaś do zaniżania cen za poszczególne elementy i przerzucania ich do innych elementów ceny Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1493/18 wskazała właśnie, że jednym z możliwych czynów nieuczciwej konkurencji jest podnoszone przez Odwołującego niedopuszczalne przenoszenie kosztów pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi, tak np. w wyrokach Izby: z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17, z dnia 18 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 7/13, z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/18, z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12, z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13). (...)

42. Odwołujący pragnie się tutaj powołać na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która badała analogiczną sytuację, tj. zniżenie ceny za Punkt Funkcyjny (jednostka rozliczeniowa modyfikacji) i uznała ją za nieprawidłową - w wyroku z dnia 23 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 662/16). Podkreślić należy, że przedmiotowy wyrok Izby podlegał kontroli przez Sąd Okręgowy w wyniku wniesionych skarg i wyrok w tym zakresie został podtrzymany - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/17.

43. Odwołujący wskazuje, że sposób szacowania poszczególnych elementów ceny przez Sygnity ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na zaniżoną cenę w jednym z kryteriów Sygnity uzyskałoby maksymalną liczbę punktów, podczas gdy pozostali Wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe (nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku) i tak otrzymają znacznie mniejszą ilość punktów. Przedstawiamy porównanie ilości punktów w przedmiotowym kryterium z zaoferowanymi cenami, w tym z ceną całościową oferty - tj. ceną, za jaką Zamawiający nabędzie usługę:

	Cena oferty	Cena za 1 roboczogodzinę	Ilość punktów w kryterium CM	Łączna ilość punktów
Sygnity	12.419.556,00	34,44 zł	60,00 pkt	83,48 pkt

Asseco	11.799.688,00 zł	90,04 zł	22,95 pkt	77,77 pkt
--------	---------------------	----------	-----------	-----------

Z powyższego wynika, że pomimo faktu, że cena oferty Asseco jest niższa, to jednak w kryterium cena została oceniona niżej niż oferta Sygnity. A to dlatego, że podkryterium CM ma wagę aż 60% w ramach kryterium cena.

W kryterium pozacenowym wszystkie oferty oceniane otrzymały tę samą ilość punktów.

44. Przyzwolenie przez Zamawiającego na dokonywanie manipulacji poszczególnymi składowymi ceny i zaniechanie odrzucenia ofert, które w jednym z podkryteriów cenowych zawierają ceny nie obejmujące całości kosztów realizacji danej usługi, prowadzi do sytuacji, w której opisane przez Zamawiającego w SIWZ kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a zamówienie publiczne uzyskać ma Sygnity, które nie oferuje Zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy. Na wadliwość tego typu zachowania wykonawców wskazywała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w orzeczeniach (wyrokach): z dnia 27 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 293/17, z dnia 29.03.2017 r., sygn. akt KIO 543/17, z dnia 03.12.2015 r., sygn. akt KIO 2553/15. W wyroku z dnia 24.09.2014 r., sygn. akt KIO 1844/14 Izba nazwała tego typu kalkulację wręcz niedozwoloną "inżynierią cenową".

45. Stanowisko reprezentowane przez Odwołującego znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej - przykładowo w najnowszych wyrokach: z dnia 21 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1387/17, z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2496/17, KIO 2513/17 i KIO 2526/17, również z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1164/18.

46. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający - Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych nie pierwszy raz spotyka się z czynami nieuczciwej konkurencji. Analogiczna sytuacja była już badana przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z dnia 11 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2786/15 stwierdziła czyn nieuczciwej konkurencji i nakazała PFRON odrzucenie oferty. Izba jako naganne i niedopuszczalne uznała właśnie zaniżanie cen m.in. za wykonanie Usługi Modyfikacji i Rozwoju.

„Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że wykonawca BSB dopuścił się manipulowania sposobem wyceny kosztu jednej roboczogodziny dla wykonania poszczególnych etapów zamówienia, w ten sposób, że wyceniając koszt roboczogodziny za wykonanie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usług

szkolenia zastosował odmienną metodologię wyceny, *nie wliczając w koszt roboczogodziny kosztów nieprodukcyjnych oraz marży*. W ten sposób wykonawca BSB wycenił koszt wykonania powyższych zakresów zamówienia na znacznie zaniżonych poziomie i dzięki temu uzyskał maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert wskazanym w Rozdziale XVII, pkt 1.1.1, 1.1.2 oraz 1.1.3 SIWZ. Natomiast wyceniając koszt roboczogodziny na część zamówienia gwarantowaną przez Zamawiającego tj. Usługę Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu wykonawca BSB zastosował odmienną metodologię wyceny, *Zamawiający zdecyduje się zlecenie wykonawcy Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia, zapłatę niemal 90% wynagrodzenia należnego za wykonanie całego zamówienia, nie zaś jednego z jego etapów.*"

Dalej Izba uznała, że wskazany wykonawca *„w sposób sprzeczny z zasadami uczuciowej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dobrymi obyczajami wykorzystał kryteria oceny ofert z jednej strony do uzyskania maksymalnej liczby punktów w trzech najbardziej punktowanych pod-kryteriach w kryterium „Cena”.*"

Podsumowując Izba wskazała, że zaniechanie odrzucenia wykonawcy, który manipulował cenami za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia jest naruszeniem przez Zamawiającego przepisów prawa: *„W ocenie Izby manipulowanie przez wykonawcę BSB sposobem wyceny kosztu roboczogodziny dla wykonania poszczególnych części zamówienia doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Z powyższego należy wywnioskować, iż celem działania wykonawcy BSB było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia i bez wątpienia zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo i zgodnie z SIWZ skalkulowali koszt roboczogodziny za poszczególne usługi, a podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert znaleźli się w gorszej sytuacji. Powyższe działanie wykonawcy można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 uznk. Zatem, sytuacja ta obligowała Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie tego działania stanowiło naruszenie ww. przepisu.*"

47. Reasumując - wskazać należy, że cena wskazywana przez Sygnity w ramach drugiego podkryterium oceny ofert w zakresie ceny miała obejmować realizację wszystkich prac składających się na ten element przedmiotu zamówienia, wyszczególnionych w pkt III SIWZ, pkt I ppkt 1.2. Z ww. zapisów SIWZ wynika, że prace te polegają między innymi na realizacji wszelkich usług polegających na wprowadzaniu zmian w Systemie, realizowanych przez Wykonawcę w zakresie opisanym w Umowie (Załącznik nr 8 do SIWZ): a) Ustalania z Zamawiającym szczegółowych warunków wykonania konkretnej zmiany w Systemie.

b) Przygotowywania w fazie analizy biznesowej kompletnych koncepcji modyfikacji systemów w postaci specyfikacji przebiegów procesów, schematów danych, prototypów ekranów, scenariuszy przypadków użycia. Koncepcje będą przygotowywane samodzielnie przez analityków Wykonawcy w oparciu o materiał (np. projekty zmian aktów prawnych) i wytyczne dostarczone lub wskazane przez Zamawiającego. Po dostarczeniu kolejnej wersji specyfikacji, o których mowa powyżej, koncepcje będą weryfikowane przez Zamawiającego w trakcie spotkań z analitykami Wykonawcy. O ile Kierownicy Projektów ze strony Wykonawcy i Zamawiającego nie ustalą inaczej czas weryfikacji koncepcji przez Zamawiającego nie będzie liczony do czasu realizacji Modyfikacji. c) Opracowywania i wdrażania nowych rozwiązań i funkcjonalności Systemu lub dokonywania wszelkich innych zmian w Systemie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. d) Opracowywania i wdrażania nowych rozwiązań i funkcjonalności Systemu lub dokonywania wszelkich innych zmian w Systemie zgodnie z metodyką wytwarzania oprogramowania wskazaną przez Zamawiającego. e) Opracowywania i wdrażania nowych rozwiązań i funkcjonalności Systemu lub dokonywania wszelkich innych zmian w Systemie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. f) Dokonywania zmian w Systemie na potrzeby integracji z innymi systemami wykorzystywanymi przez Zamawiającego. g) Utrzymania wartości parametrów (SLA) związanych z modyfikacją i rozwojem na warunkach opisanych w Załączniku nr 5 do Umowy. h) Aktualizowania Dokumentacji Systemu, w ramach realizacji modyfikacji i rozwoju. i) Przygotowania i prowadzenia dla Zamawiającego lub innych podmiotów wskazanych przez Zamawiającego instruktaży na temat architektury Systemu, Kodów Źródłowych Systemu oraz Dokumentacji Systemu.

48. Odwołujący wskazuje, że w innym toczącym się postępowaniu Sygnity w ofercie złożonej w dniu 15.10.2018r. zaoferowało znacznie wyższą cenę za 1 roboczogodzinę – otóż w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego SI-Agencja*KI na okres 47 miesięcy” Sygnity zaoferowało stawkę za 1 roboczodzień w wysokości 720 zł netto, tj. 885,60 zł brutto - a zatem cena za 1 osobogodzinę wynosi: 110,70 zł brutto. A zatem Sygnity zaoferowało za 1 roboczogodzinę cenę stanowiącą 321% ceny z niniejszej oferty.

Dowód: wyciąg z oferty Sygnity w postępowaniu na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego SI-Agencja*KI na okres 47 miesięcy”.

49. Odwołujący wskazuje, że Sygnity nie wskazało na etapie składania wyjaśnień uzasadnienia dla tak niskiej ceny za 1 roboczogodzinę. Uzasadnienie takie nie mogło się znaleźć w wyjaśnieniach, gdyż oferowana cena jest nierealna i poniżej kosztów świadczenia usługi.

VI. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Softig, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji.

50. Odwołujący podtrzymuje w całości argumentację wskazaną w pkt V powyżej. Odnosząc się do podstawy prawnej zarzutu wskazuje:

51. Cena podana przez Konsorcjum Softiq w wysokości 43,05 zł za 1 roboczogodzinę usługi Modyfikacji i Rozwoju jest stawką, która nie pokrywa kosztów świadczenia tej usługi.

52. Zaoferowana cena nie pokrywa kosztów realizacji usługi. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazuje na ceny oferowane przez Softiq w innym postępowaniu na rzecz tego samego Zamawiającego. Otóż w postępowaniu na „*Usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju, transferu wiedzy i dostosowania dokumentacji e-PFRON 2*” stawka godzinowa za Usługę Rozwoju i Modyfikacji systemu e-PFRON zastosowana przez Softiq wynosiła 51,66 zł, czyli dokładnie 120% stawki w niniejszym postępowaniu.

Oprócz samej różnicy w cenie za 1 godzinę, należy także uwzględnić fakt, że System SODiR jest systemem znacząco bardziej złożonym od systemu e-PFRON. Zatem stawka za rozwój systemu SODiR powinna być wyższa od stawki za rozwój systemu e-PFRON. Tymczasem sytuacja jest dokładnie odwrotna. Zaoferowanie w niniejszym postępowaniu stawki tak znacząco niższej od stawki dla systemu e-PFRON nie ma żadnego uzasadnienia. Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Softiq w żaden sposób nie uzasadniło w złożonych wyjaśnieniach podstaw zaoferowania tak niskiej stawki za Modyfikację i Rozwój. Poniższa tabela prezentuje porównanie złożoności systemów SODiR oraz e-PFRON:

Moduły systemu SODiR:	Moduły systemu e-PFRON - system składa się z 1 modułu
1. SODiR OnLine tzw. „Cienki Klient” ←i	• 1. e-PFRON OnLine
2. SODiR OffLine tzw. „Gruby Klient”	
3. System Operatorski	
4. System Centralny	
5. System Finansowy	
6. System Wydruków	

53. Moduł SODiR OnLine oraz cały system e-PFRON OnLine posiadają praktycznie identyczny zakres funkcjonalny, pozwalający na wypełnianie, wysyłanie i podpisywanie dokumentów elektronicznych. Moduł e-PFRON OnLine stanowi jedyny komponent systemu e-PFRON, natomiast moduł SODiR OnLine stanowi zaledwie część (jedną szóstą) systemu SODiR. Reasumując - złożoność systemu SODiR jest około sześciokrotnie większa, co powinno mieć odzwierciedlenie w stawce rozwojowej nie mniejszej niż w przypadku systemu

e-PFRON.

54. Także w innym toczącym się postępowaniu Softiq w ofercie złożonej w dniu 15.10.2018 r. zaoferował znacznie wyższą cenę za 1 roboczogodzinę - otóż w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego SI-Agencja*KI na okres 47 miesięcy” Softiq zaoferował stawkę za 1 roboczodzień w wysokości 460 zł netto, tj. 565,80 zł brutto - a zatem cena za 1 osobogodzinę wynosi: 70,73 zł brutto. Także w tym przypadku cena 1 roboczogodziny oferowana przez Softiq jest znacznie wyższa i stanowi 164% ceny z niniejszej oferty.

Dowód: wyciąg z oferty Softią w postępowaniu na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego SI-Agencja*KI na okres 47 miesięcy”.

Wskazać należy, że cena ta stanowi najniższą cenę zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu, pozostałych 4 wykonawców zaoferowało znacznie wyższe kwoty

55. Powyższe potwierdza, że Konsorcjum Softiq celowo zaniżyło cenę 1 roboczogodziny, a to w celu uzyskania przewagi w ocenie punktowej oferty. Cena oferty Konsorcjum Softiq jest znacznie wyższa niż cena oferty Odwołującego - a mimo to Konsorcjum Softiq zajmowałoby pozycję wyższą przy ocenie ofert, już po odrzuceniu oferty Sygnity.

Załączniki (merytoryczne): (...)

6. pismo odwołującego z dnia 29 października 2018 r.,
7. mail Zamawiającego z dnia 31.10.2018 r.,
8. pismo odwołującego z dnia 30 października 2018 r.,
9. wyciąg ze Sprawozdania Finansowego Sygnity S.A.,
10. wyciąg z oferty Sygnity w postępowaniu na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego SI-Agencja*KI na okres 47 miesięcy”,
11. wyciąg z oferty Softiq w postępowaniu na „Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego SI-Agencja*KI na okres 47 miesięcy”.

B. Goldenore sp. z o.o. sp.k. (sygn. akt 2374/18)

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Sygnity S.A. w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej rażąco niską cenę, a także
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie wskazania podstaw odrzucenia oferty korespondujących

z podstawami prawnymi jej odrzucenia, tj. w szczególności niewskazanie elementu SIWZ, z którym treść oferty Odwołującego jest sprzeczna oraz niewskazanie, dlaczego złożenie oferty Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

a w konsekwencji

- 3) naruszenie art. 91 poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Sygnity S.A. w Warszawie, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Wnioski odwołania

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

ewentualnie również

- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,

- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania;

jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 4) na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - **wyłączenie w całości jawności rozprawy**, ponieważ przy rozpoznawaniu odwołania mogą być ujawnione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Interes we wniesieniu odwołania i możliwa szkoda Odwołującego

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ bezpodstawne odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, oferta ta zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w SIWZ i uznana za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu. W konsekwencji Odwołującemu zostałyby udzielone zamówienie będące przedmiotem postępowania. Natomiast odrzucenie oferty Odwołującego oznacza, że może on ponieść szkodę w postaci utraconego zysku z realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie.

Termin wniesienia odwołania (...)

Wnioski dowodowe:

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane przy okazji powołania każdego z dowodów, a także dalszych dokumentów złożonych na rozprawie na okoliczności powołane przy okazji składania takich dokumentów.

Uzasadnienie

I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, że zawiera ona rażąco niską cenę. To jest w ofercie Odwołującego wskazano cenę jednej roboczogodziny usługi modyfikacji i rozwoju w wysokości 0,01 zł brutto, a w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły, że zawiera ona rażąco niską cenę, a Odwołujący nie ma możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za cenę na tak niskim poziomie.

Wypada wyjaśnić, że wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia składa się z dwóch składników: 1/ ceny ryczałtowej za zasadniczy przedmiot zamówienia płatnej okresowo w częściach; 2/ ceny kalkulowanej na podstawie stawki za roboczogodzinę za usługi modyfikacji i rozwoju.

Zamawiający pismem z dnia 9 października 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie elementów kalkulacyjnych ceny oferty opierając wezwanie na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 15 października 2018 r. **zastrzegając treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.**

/dowód: wezwanie z dnia 9 października 2018 r., odpowiedź na wezwanie z dnia 15 października 2018 r. - na okoliczność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz treści udzielonej odpowiedzi/

Pismem datowanym na dzień 6 listopada 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że Odwołujący w ofercie przedstawił dla usług modyfikacji i rozwoju cenę dla roboczogodziny w wysokości 0,01 zł brutto a za taką cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Całość uzasadnienia sprowadzała się do poniższych trzech zdań:

Wykonawca przedstawił w ofercie cenę jednej roboczogodziny usługi modyfikacji i rozwoju w wysokości 0,01 zł brutto. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Powyższa usługa jest istotną częścią składową ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i wobec określenia jej na tak niskim poziomie Wykonawca nie ma możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

/dowód: pismo Zamawiającego z dnia 6 listopada 2018 roku - na okoliczność motywów Zamawiającego w przedmiocie ustalenia rażąco niskiej ceny/

W opinii Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe albowiem Zamawiający pominął treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 15 października 2018 r., w których Odwołujący w sposób wyczerpujący uzasadnił przyczyny, dla których zastosował w ofercie stawkę 0,01 zł za roboczogodzinę, w tym w szczególności powołał się na narzuconą przez Zamawiającego metodę kalkulacji cen oferty wynikająca w enumeratywnie wskazanych w wyjaśnieniach warunków realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę konkretne

wymagania Zamawiającego, koniecznym stało się uwzględnienie w cenie ryczałtowego wynagrodzenia wykonawcy kosztu realizacji prac usługi modyfikacji i rozwoju, gdyż tylko wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem „pewnym”, tj. wynagrodzeniem, na które wykonawca może liczyć. Tymczasem wynagrodzenie za wykonanie usług modyfikacji i rozwoju jest wynagrodzeniem „niepewnym”, gdyż Zamawiający nie ma obowiązku zlecać wykonawcy takich usług. Pomimo fakultatywnej funkcji części zamówienia w zakresie usług modyfikacji i rozwoju, SIWZ nakłada na wykonawcę konkretne zobowiązania związane z usługami modyfikacji i rozwoju, z których wywiązanie się wymusza na wykonawcy ponoszenie określonych kosztów nawet w sytuacjach, w których usługi takie nie są wykonywane. Racjonalny wykonawca, musi przewidzieć i uwzględnić koszt realizacji takich zobowiązań i uwzględnić takie koszty w cenie oraz powiązać takie koszty z takim wynagrodzeniem jakie gwarantuje Zamawiający. Odwołujący uznając się za racjonalnego wykonawcę, analizując zakres zobowiązań związanych z realizacją zamówienia, był zmuszony do uwzględnienia kosztów realizacji usług modyfikacji i rozwoju w koszcie realizacji zasadniczej części wynagrodzenia z ustalonym wynagrodzeniem ryczałtowym. Wobec wliczenia takich kosztów w zakres zasadniczej części zamówienia, przy kalkulacji stawki za roboczogodzinę z tytułu realizacji usług modyfikacji i rozwoju wytworzyła się w naturalny sposób oszczędność zwymiarowana liczbą roboczogodzin finansowanych z realizacji zasadniczej części zamówienia finansowanej z wynagrodzenia ryczałtowego, której suma przekraczała maksymalną liczbę godzin dla usług modyfikacji i rozwoju (100.000 roboczogodzin). Wobec tak wykazanej oszczędności możliwym było zaoferowanie zamawiającemu stawki za realizację usług modyfikacji i rozwoju w wysokości 0,01 zł.

Odwołujący udzielając wyjaśnień uwzględnił wszelkie elementy kalkulacyjne celem zapewnienia kompletności i spójności wyjaśnień, a także wykazał Zamawiającemu, na jakich podstawach (tj. regulacjach SIWZ) opiera twierdzenie o dostępnych dla Odwołującego oszczędnościach wpływających na kalkulację ceny za 1 roboczogodzinę. Wyrok KIO 2559/17.

Odwołujący uznaje, że lakoniczność uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje, że Zamawiający nie dokonał analizy wyjaśnień Odwołującego z dnia 15 października 2018 r., a w szczególności pominął fakt, że to Zamawiający poprzez sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdeteterminował model kalkulacji cen ofertowych wywołujący powstawanie oszczędności możliwych do uwzględnienia przy kalkulacji stawki za roboczogodzinę usług modyfikacji i rozwoju.

Ponadto Zamawiający odniósł się jedynie do jednego z elementów składających się na cenę ofertową (tj. cenę jednej roboczogodziny usługi modyfikacji i rozwoju), pomijając całkowitą cenę ofertową wskazaną przez Odwołującego. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, o rażąco niskiej cenie nie decydują

poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena jako wartość całkowita (odnoszona do całości przedmiotu zamówienia). Tak np. stwierdzono w wyrokach: KIO 2467/17, KIO 791/13, KIO 876/15, KIO 686/14 (z uzasadnienia).

II. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 6 listopada 2018 r. wskazał dodatkowo, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przytaczając przy tym treść obu ww. przepisów. Zamawiający nie wskazał jednak w żaden sposób, na czym miała polegać niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ oraz z jakim elementem SIWZ treść tej oferty jest sprzeczna ani też nie wskazał, dlaczego złożenie oferty Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający poprzestał jedynie na powołaniu ww. przepisów prawnych, bez jakiegokolwiek wskazania i wyjaśnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Tym samym Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania podstaw odrzucenia oferty korespondujących z podstawą prawną odrzucenia, jaką zdaniem Zamawiającego jest art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3.

Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Cytat z Komentarza do Ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. Jaworskiej 2018 (Legalis).

Także orzecznictwo Krajowej Izby wskazuje na obowiązek zamawiającego do wskazania podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia oferty jako informacji koniecznych dla wykonawcy w celu wnoszenia środków ochrony prawnej: KIO 2710/12, KIO 731/10, KIO 1204/13, KIO 321/13, KIO 1000/13, KIO z 15.5.2013 r.

W konsekwencji, brak sprecyzowanej podstawy faktycznej i związanej z nią podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego czyni zasadnym żądanie unieważnienia czynności odrzucenia tej oferty.

Załączniki: (*merytoryczne*) - dowody powołane w uzasadnieniu.

C. Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A. (KIO 2378/18)

Odwołujący:

1. wnoszę odwołanie wobec czynności zaniechań Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON) (dalej jako „Zamawiający”) polegających na:

1.1. ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Sygnity S.A. (dalej jako „Sygnity”);

1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a także jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucam naruszenie ustawy Pzp:

2.1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 2 i 3 poprzez błędną ocenę oferty i Wyjaśnień Sygnity złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

2.2. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,

3. z uwagi na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

3.1. unieważnienia czynności oceny ofert i dokonania ponownej oceny ofert oraz:

3.1.1. odrzucenia oferty Sygnity jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

3.1.2. dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Softiq jako oferty najkorzystniejszej;

3.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,

4. ponadto wskazuję, że: (...).

Uzasadnienie

1. [warunki formalne odwołania]

2. **[Interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej]**

2.1. Odwołujący posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. Pzp. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

2.2. Oferta Odwołującego uplasowała się na trzeciej pozycji. Jednakże wskutek odrzucenia oferty Sygnity, zmieni się punktacja przyznana oferentom, a w konsekwencji oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji. Odwołujący ma więc interes we wniesieniu odwołania.

2.3. Brak odrzucenia oferty Sygnity powoduje wybór innego oferenta niż Odwołujący, co powoduje brak możliwości osiągnięcia przez Softiq przychodu na poziomie ustalonej ceny ofertowej oraz utratę zakładanego zysku.

2.4. Resumując powyższe, w ocenie Odwołującego zostały spełnione wszystkie przesłanki

do wniesienia odwołania przewidziane w art. 179 ust. 1 Pzp.

3. [uzasadnienie zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny] [postanowienia siwz oraz zaoferowana cena]

3.1. Zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy mieli wskazać osobno wynagrodzenie za usługę asysty technicznej i konserwacji, a osobno za usługę modyfikacji i rozwoju. Wynagrodzenie za usługę asysty technicznej i konserwacji rozliczane ma być miesięcznie i ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego (§ 12 ust. 2 wzoru umowy). Wynagrodzenie za usługę modyfikacji i rozwoju rozliczane będzie w zależności od ilości świadczonych usług. Ma ono zatem charakter kosztorysowy.

3.2. Niniejszym odwołaniem Odwołujący kwestionuje wysokość ceny podanej przez Sygnity za usługę modyfikacji i rozwoju, tj. koszt za jedną roboczogodzinę na poziomie 34,44 zł brutto (28,00 zł netto).

3.3. W ocenie Odwołującego stawka na poziomie 28,00 zł netto za 1 rbh jest stawką mającą charakter rażąco niskiej, całkowicie nierealnej i oderwanej od rzeczywistych wynagrodzeń w branży informatycznej, przy uwzględnieniu wymaganego przez Zamawiającego zespołu specjalistów o określonych kompetencjach.

[dopuszczalność oceny poszczególnych elementów wynagrodzenia pod kątem rażąco niskiej ceny]

3.4. Na wstępie zauważenia wymaga to, że zgodnie z orzecznictwem KIO dopuszczalna jest ocena poszczególnych składników ceny pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej. Nie zawsze zatem niezbędne jest wykazywanie, że wszystkie zsumowane elementy składowe ceny nie pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia i są niższe od kosztów całości realizacji zamówienia.

3.5. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO dopuszczalność odrębnego badania elementów składowych ceny zachodzi przede wszystkim (ale nie wyłącznie) gdy dotyczy to:

- ceny za realizację opcji,
- ceny stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert,
- ceny stanowiącej odrębny przedmiot rozliczeń.

3.6. Przykładowo wskazać można następujące wyroki KIO: z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16), z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14), z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14); podobnie z dnia 09.06.2014 r. (KIO 1049/14), z dnia 14.01.2015 r. (KIO 2734/14).

3.7. W kontekście powyższego zauważyć należy, że wynagrodzenie za usługę modyfikacji i rozwoju będzie przedmiotem odrębnych rozliczeń pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym, ustalonym na podstawie ilości czasu pracy. Jest to bowiem wynagrodzenie liczone za godzinę pracy. Stanowi zatem samoistny i odrębny od wynagrodzenia ryczałtowego (za usługę asysty technicznej i konserwacji) element rozliczeń.

3.8. W konsekwencji nie powinno być wątpliwości co do możliwości oceny Wynagrodzenia kosztorysowego pod kątem rażąco niskiej ceny.

[rażąco niska cena Wynagrodzenia za usługę modyfikacji i rozwoju]

3.9. Zaoferowana przez Sygnity wysokość wynagrodzenia za usługę modyfikacji i rozwoju na poziomie 28,00 zł netto za 1 rbh, a także całość oferty tego wykonawcy nosi znamiona rażąco niskiej ceny.

3.10. Całość oferty Sygnity jest na poziomie 56,5% budżetu Zamawiającego. Z kolei w odniesieniu do stawki za usługę modyfikacji i rozwoju, to stawka zaoferowana przez Sygnity stanowi 46,4% tej średniej (i to nawet uwzględniając stawki 0,01 zł oraz 1,23 zł, które to oferty zostały odrzucone).

3.11. W pierwszej kolejności należy odnieść się do tego, że wysokość minimalnego wynagrodzenia wynosi od 01.01.2019 r. 2.250,00 zł brutto, a za godzinę - 14,70 zł (w przypadku umów zlecenia).

3.12. Uwzględniając dodatkowo koszty składek ubezpieczeniowych po stronie pracodawcy (a więc liczone od kwoty brutto następujące składki: i) emerytalna - 9,76%, ii) rentowa - 6,50%, iii) wypadkowa - 1,93%, iv) na Fundusz Pracy 2,45%, v) na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - 0,10%, vi) na Fundusz Emerytur Pomostowych 1,50%) koszt pracodawcy wynagrodzenia minimalnego wynosi 2.713,73 zł. Przeliczając to na przeciętny 168-godzinny miesiąc pracy, daje to stawkę godzinową na poziomie 16,15 zł jako koszt roboczogodziny.

3.13. Zauważyć jednak przy tym należy, że efektywne koszty pracodawcy są wyższe, albowiem uwzględnić należy m.in. dodatkowo takie elementy jak:

płatny urlop wypoczynkowy w wymiarze 26 dni,

- statystyczne koszty wynagrodzeń chorobowych, urlopów okolicznościowych, macierzyńskich i innych pełnopłatnych przez pracodawcę, koszty tzw. absenteizmu (nieobecności w pracy) i prezenteizmu (czyli tzw. nieefektywnej obecności w pracy),

koszty wykonywania innych obowiązków pracodawcy, np. szkolenia bhp, okresowe badania zdrowotne, itp., koszty prowadzenia dokumentacji i sprawozdawczości pracowniczej.

3.14. Powyższe koszty odnoszą się przede wszystkim do zawieranych umów o pracę, jednakże nawet w przypadku tak zwanych umów B2B, w obecnych czasach koszty te także powinny zostać doliczone. Bardzo rzadko istnieją bowiem przypadki, by osoby zatrudniane na takich umowach nie miały płatnych urlopów wypoczynkowych (względnie innego, ale podobnego uprawnienia do powstrzymania się od wykonywania prac z zachowaniem prawa do stałego wynagrodzenia), lub też były bardziej efektywne w pracy niż osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

3.15. Dodatkowo zwrócić uwagę należy na fakt, że usługi rozliczane kosztorysowo mogą być

wykonywane w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy, a więc nawet do początku 2022 r. Co istotne w praktyce wysokość minimalnego wynagrodzenia ulega corocznemu podwyższeniu, a to w praktyce wpływa także na wysokość innych wynagrodzeń niż minimalne).

3.16. W 2016 roku minimalna wysokość wynagrodzenia wynosiła 1850,00 zł, a w 2019 r. stawka ta jest o 400,00 zł wyższa. Szacując podobny wzrost wysokości wynagrodzenia w najbliższych 3 latach, minimalna stawka wynagrodzenia za rok 2022 wynosić będzie 2650,00 zł brutto (3.192,73 zł kosztu pracodawcy), co daje realny koszt godziny pracy pracownika na poziomie 19,00 zł.

3.17. Wprawdzie Zamawiający przewidział możliwość zmiany ceny w przypadku podwyższenia wynagrodzenia (por. § 17 ust. 8-13 wzoru umowy - Załącznik nr 8 do SIWZ; dalej jako „Wzór Umowy”)/ to jednak zastrzegł szereg warunków tej zmiany. Możliwość zmiany wynagrodzenia jest ograniczona do sytuacji, gdy skutek podwyższenia minimalnego wynagrodzenia, poziom kosztów wykonawcy wzrośnie. W praktyce oznacza to, że podwyższenie takie będzie możliwe jedynie, o ile Sygnity zatrudni kogoś za wynagrodzenie minimalne, co w branży informatycznej jest nierealne. Nie będzie zaś takiej szansy, gdy pracownicy zarabiający stawki wyższe, niż minimalne, domagać się będą podwyższenia ich wynagrodzeń wskutek ich waloryzacji (co także stanowi pewien standard w branży IT).

3.18. Co istotne, Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia w razie występowania zjawiska inflacji, które niewątpliwie ma wpływ na koszty pracy, szczególnie pozapłacowe.

3.19. Także realne wynagrodzenie w okresie ostatnich trzech lat wzrosło o ponad **10%** tj. z kwoty 3.980,00 zł do 4.530,00 zł brutto (por. <http://wynagrodzenia.pl/gus/dane-roczne>). Należy się spodziewać, że wzrost ten co najmniej będzie się dalej utrzymywał. Ten element w ogóle nie został uwzględniony przez wykonawcę, a Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany umowy wskutek zmiany tego wskaźnika. Ten wskaźnik jest bardzo istotny, albowiem w branży informatycznej nikt nikogo nie zatrudnia za najniższym wynagrodzeniem, a w konsekwencji istotniejsze są dane dotyczące realnego wzrostu wynagrodzeń, a nie stawek najniższego wynagrodzenia.

3.20. Dodatkowo uwzględnić należy także inne pozapłacowe koszty świadczenia usług rozliczanych kosztorysowo, a m.in. takie jak:

- prowadzenie odpowiedniej sprawozdawczości i dokumentacji czynności rozliczanych kosztorysowo,
- świadczenie nadzoru i koordynacji nad tymi pracami,
- koszty połączeń (telefonicznych, internetowych),

- koszty dojazdów i delegacji,
- koszty wyposażenia pracowników w narzędzia pracy,
- koszty finansowe związane z tymi usługami.

3.21. Wszystkie te elementy mają bezpośredni związek z wykonywaniem czynności rozliczanych kosztorysowo i też powinny zostać wykazane przez Sygnity i uwzględnione w cenie za 1 rbh. Brak uwzględnienia ww. kosztów, a także tzw. kosztów ogólnych, jak koszty zarządu, czy prowadzenia biura, stanowi o dokonaniu niewłaściwej wyceny prac.

3.22. Wypada przy tym podkreślić, że tak duża firma jak Sygnity ma koszty ogólne i koszty zarządu na poziomie dużo wyższym niż firma wielkości Odwołującego. Wysokość stawki roboczogodziny pracy tej firmy jest więc nieproporcjonalnie wyższa, niż stawka godziny pracy Odwołującego.

1.1 Należy dodać, że stawka Sygnity jest nierealna także w odniesieniu do innych zamówień realizowanych przez tego wykonawcę. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Sygnity łączy obecnie z Zamawiającym umowa na utrzymanie i modyfikacje systemu SODiR, zgodnie z którą cena roboczogodziny jednego pracownika za usługę modyfikacji i rozwoju wynosi 282,90 zł brutto. Jest to stawka ponad 8-krotnie wyższa niż stawka oferowana przez Sygnity w niniejszym postępowaniu, dotyczącym tego samego systemu. Jednocześnie, stawka za usługę asysty technicznej i konserwacji jest zbliżona do stawki uprzednio zaoferowanej przez Sygnity. Nie ma więc wątpliwości, że aktualna stawka za usługę asysty technicznej i konserwacji jest stawką nierealną. Aż 8-krotne obniżenie ceny za usługę modyfikacji i rozwoju jest niemożliwe do osiągnięcia w toku normalnej działalności biznesowej, a na pewno nie w tak krótkim czasie, jak od zawarcia ostatniej umowy. Nasuwa się więc wniosek, że działanie Sygnity miało na celu wyłącznie manipulację cenową i przerzucanie kosztów między określonymi pozycjami.

1.1. **[specyfika zamówienia]**

1.2. Należy wskazać, że tak niskie oszacowanie stawki godzinowej przez Sygnity jest przede wszystkim niemożliwe z uwagi na charakterystykę zamówienia. Należy bowiem podnieść, że zgodnie z pkt 6 załącznika nr 2 do wzoru umowy, Zamawiający wymaga, aby wykonawca przy realizacji Usług Modyfikacji i Rozwoju miał możliwość dysponowania zespołem projektowo-programowym, który może wykonać prace o zakresie nie mniejszym niż 2000 Roboczogodzin w trakcie miesiąca.

1.3. Przeliczając to na przeciętny 168-godzinny miesiąc pracy, wykonawca musi posiadać w gotowości zespół co najmniej 12-osobowy. Zamawiający może jednak w określonym miesiącu wymagać świadczenia tych usług w zakresie wyższym, wykonawca powinien mieć więc w gotowości dodatkowy zespół ludzi, lub też wliczyć w swoją kalkulację koszt wypłaty wynagrodzenia za nadgodziny. Jednocześnie, Zamawiający nie zawsze musi korzystać

z usług całego zespołu, co oznacza, że wykonawca powinien posiadać pewną rezerwę, na wypadek, gdyby część jego zespołu miała „przeszłość”. Kwestia ta powinna zostać ujęta w kosztorysie ofertowym Sygnity.

1.4. Ponadto, istotą dokonania prawidłowej wyceny zamówienia, było przyporządkowanie do zadania osób z odpowiednimi kompetencjami. Specyfika usługi modyfikacji i systemu polega bowiem na tym, że część tych prac musi być wykonywana przez osoby z dużym doświadczeniem w tworzeniu oprogramowania, struktur sieciowych i architektury systemów, część czynności jest zaś technicznie dużo prostsza i może być wykonywana przez osoby z mniejszym doświadczeniem.

1.5. Zamawiający wymaga od Wykonawcy dysponowania zespołem składającym się co najmniej z następujących osób, spełniających wymagania określone w SIWZ: kierownik projektu, architekt, główny analityk, analityk, programista Java, programista Oracle, główny administrator, specjalista ds. Administracji baz danych (Oracle), administrator systemowy, wdrożeniowiec, tester, szkoleniowiec, Udział wszystkich tych osób powinien być uwzględniony przy obliczaniu stawki za roboczogodzinę świadczenia usługi Modyfikacji i Rozwoju.

1.6. Sygnity powinno więc wyszczególnić poszczególne osoby (na podstawie obecnej struktury swojego zatrudnienia, lub badania rynku) i przyporządkować te osoby do należnych im wynagrodzeń. Przekrój ten powinien być sporządzony nie tylko pod kątem doświadczenia, ale też określonych zadań pracownika. Odpowiedni dobór kadry jest bowiem kluczowy dla realizacji niniejszego zamówienia.

1.7. Izba powinna więc w niniejszej sprawie ocenić nie tylko, czy taki podział został w ogóle wykonany, lecz także, czy liczba osób o określonym poziomie doświadczenia została przez Sygnity przewidziana i czy Wykonawca przedstawił wystarczające dowody potwierdzające wysokość wynagrodzenia tych osób. Zaznaczyć należy, że wynagrodzenie należne wykwalifikowanym specjalistom, których udziału w projekcie wymaga Zamawiający, powinno być adekwatne do kompetencji tych osób.

1.8. W ocenie Softiq, Sygnity przy kalkulowaniu ceny ofertowej założyło realizowanie tych prac przez osoby o niskich kompetencjach. Jednocześnie, w projektowanym zespole umieścili oni zbyt mało osób o bogatym doświadczeniu, tak w tworzeniu architektury systemów, jak i innowacyjnych rozwiązań, a także poprawianiu kodu po osobach z mniejszym doświadczeniem i zarządzaniu zespołem.

1.9. Powyższe dodatkowo potwierdza, że oferta Sygnity zawiera rażąco niską cenę.

[ciężar dowodu]

1.10. Podnieść także należy, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp (co miało miejsce w niniejszej sprawie), tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi

znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

1.11. Zatem powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca (Sygnity) wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony nowym brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp.

1.12. Przykładowo wskazać można następujące orzeczenia - wyroki KIO: z dnia 12.10.2009 r. (KIO/UZP 1415/09), z dnia 17.03.2009 r. KIO (KIO/UZP 262/09). Identyczne stanowisko prezentują również sądy okręgowe, a najbardziej reprezentatywny jest tu wyrok SO w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., który to również wskazuje na konieczność złożenia skonkretyzowanych i jednoznacznych wyjaśnień odnoszących się do przedmiotu zamówienia (wyrok SO w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., (sygn. akt V Ca 2214/06), podobnie wyrok SO w Warszawie z dnia 13.02.2014 r. (sygn. akt: V Ca 3765/13), a dotyczący wyroku KIO z dnia 22.10.2013 r., (KIO 2354/13) i wyrok SO w Warszawie z dnia 17.02.2014 r., (sygn. akt V Ca 3547/13), a dotyczący wyroku KIO z dnia 07.10.2013 r., (KIO 2216/13 i KIO 2221/13)).

1.13. Zauważyć także należy, że utrwaliło się również w orzecznictwie stanowisko, że domniemanie rażąco niskiej ceny powoduje dla wykonawcy taki skutek, że musi on je obalić w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w ramach procedury oceny ofert.

1.14. W konsekwencji w razie złożenia odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami i potwierdzającymi je dowodami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy.

1.15. Podkreślenia wymaga także to, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) jak i brak dowodów stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W tym zakresie mamy do czynienia ze zbiegiem norm prawnych. Wskazuje na to także utrwalone już orzecznictwo KIO. Przykładowo wyrok z dnia 03.04.2013 r., wyrok KIO z dnia 03.04.2013 r., KIO 664/13).

1.16. W niniejszej sprawie wydaje się wysoce nieprawdopodobne, aby Sygnity przedłożył wiarygodne dowody zatrudniania osób za stawki, które odpowiadałyby zaoferowanej cenie

za usługi rozliczane wg stawki za 1 rbh.

2. [uzasadnienie zarzutu złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji]

2.1. Jak wykazano w pkt 3 powyżej nie ma możliwości wykonania usługi rozliczanej kosztorysowo za kwotę 28,00 zł netto bez ponoszenia straty, zwłaszcza, jeśli w obecnej umowie koszt ten jest 8-krotnie wyższy. Rzeczywisty koszt świadczenia 1 rbh jest z pewnością istotnie większy.

2.2. W konsekwencji jedynymi logicznymi wyjaśnieniami tej sytuacji jest albo wykonywanie zamówienia po zaniżonej, nierealnej i poniżej kosztów cenie (czyli cenie rażąco niskiej), albo „przerzucenie” kosztów tych usług asysty technicznej i konserwacji rozliczanych ryczałtowo. W obu sytuacjach oferta Sygnity powinna podlegać odrzuceniu.

2.3. Najpewniej zatem Sygnity, nie chcąc ponieść straty na usługach rozliczanych kosztorysowo przypisał te koszty do wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym. Trudno bowiem przyjąć założenie, że prywatny przedsiębiorca świadomie godzi się na wykonywanie zamówienia za wynagrodzeniem niższym niż koszty jego wykonania.

2.4. Tym samym Sygnity tak skonstruował swoją ofertę, aby zrekompensować straty poniesione na czynnościach rozliczanych godzinowo, w wynagrodzeniu ryczałtowym.

2.5. Warto przy tym zauważyć, że wynagrodzenie za usługę asysty technicznej i konserwacji systemu jest wynagrodzeniem płatnym w sposób stały, przez cały okres realizacji umowy. Jest to zatem wynagrodzenie pewne, które wykonawca musi otrzymać. Tymczasem wynagrodzenie płatne za usługi modyfikacji i rozwoju jest wynagrodzeniem za czynności przyszłe niepewne. Oznacza to, że możliwe jest, iż wybrany wykonawca otrzyma je w całości, lub też w części, a nawet może nie otrzymać go w ogóle.

2.6. Przerzucając zatem koszty świadczenia tej usługi na czynności rozliczane ryczałtowo Sygnity w swej istocie obciąża Zamawiającego kosztami prac, które może w ogóle nie będą wykonane lub będą wykonane tylko np. w części. W taki sposób, Sygnity zapewniło sobie korzystny rozkład punktacji, bowiem niewielkim kosztem „realnym” (możliwa strata na czynnościach rozliczanych godzinowo), zyskuje nieproporcjonalnie dużą ilość punktów (stosunek 60% do 40% punktacji).

2.7. Nie ma przy tym znaczenia to, czy takie „przerzucenie” kosztów dotyczy ich całości, czy tylko części. Istotą jest bowiem próba obciążenia Zamawiającego tymi kosztami lub ich częścią bez względu na to czy Zamawiający zamówi wykonanie usług generujących te koszty czy ich nie zamówi.

2.8. Takie działanie wykonawcy w sposób oczywisty narusza dobre obyczaje i zasadę zaufania wobec kontrahenta oraz jest zdecydowanie niekorzystne dla Zamawiającego.

2.9. Wielokrotnie KIO wskazywała, że tego rodzaju manipulacja ceną (jej poszczególnymi składnikami) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, którego konsekwencją musi być

odrzućcie takiej oferty.

2.10. W tym miejscu wskazać można na takie wyroki KIO jak: z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16), z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14), podobnie KIO w m.in. wyrokach z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14), z dnia 09.06.2014 r. (KIO 1049/14), z dnia 14.01.2015 r. (KIO 2734/14),

2.11. Zauważenia wymaga, że z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotna wartość takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Bez względu czy wynosi ona 1.000,00 zł czy też 2.000.000,00 zł jest czynem nieuczciwej konkurencji, którego wystąpienie zobowiązuje do odrzucenia oferty. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny.

3. [podsumowanie]

3.1. Odrębny charakter wynagrodzenia za usługę modyfikacji i rozwoju pozwala na dokonanie jego oceny pod kątem występowania rażąco niskiej ceny.

3.2. Nie jest możliwe wykonywanie prac rozliczanych godzinowo za zaoferowaną przez Sygnity kwotę. Cena ta nosi charakter ceny rażąco niskiej i jest 8-krotnie niższa, niż cena, za którą Sygnity obecnie świadczy te same usługi.

3.3. Konstrukcja cenowa oferty Sygnity świadczy o „przerzucaniu” kosztu odrębnie zleczonych usług, które mają charakter przyszły i niepewny, do wynagrodzenia o charakterze stałym. Powyższe jest niekorzystne dla Zamawiającego, albowiem oznacza, że Zamawiający pokrywać będzie część kosztów prac rozliczanych kosztorysowo, niezależnie od tego czy zleci ich wykonanie czy nie.

3.4. Mając na uwadze powyższe niniejszej odwołanie jako uzasadnione winno podlegać uwzględnieniu w całości. Załączniki: (...)

D. Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k. (KIO 2379/18)

Odwołujący wnosi odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania, zarzucając Zamawiającemu:

1) zaniechanie czynności uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ocenę jakim postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oferta Odwołującego miałyby nie odpowiadać, w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

2) zaniechanie czynności uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ocenę jaki czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został popełniony w sposób zawiniony przez Odwołującego, w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;

co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;

3) zaniechanie czynności uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w szczególności niewskazanie z jakich przyczyn wyjaśnienia przedłożone przez Odwołującego Zamawiający uznał za niewystarczające albo też potwierdzające, że zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;

co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 90 ust. 1 - 3 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ponadto z ostrożności procesowej Konsorcjum - wskazując, że w jego ocenie na obecnym etapie Postępowania z uwagi na brak uzasadnienia podstaw odrzucenia oferty

Odwołującego zarzuty poniższe mają charakter przedwczesny - wnosi odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku Postępowania, zarzucając Zamawiającemu:

4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i w konsekwencji nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy wykazał on i udowodnił w złożonych wyjaśnieniach, że cena objęta wyjaśnieniem nie jest rażąco niska, co oznacza przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez nieuprawnione przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści siwz i nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, co oznacza przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez nieuprawnione zastosowanie i przyjęcie, że złożenie oferty Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co oznacza przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

7) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako

oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sygnity S.A. podczas gdy ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ jest oferta Konsorcjum (co do której zaniechano jej wyboru), co oznacza przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności oceny wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Odwołującego i przyjęcie, że wyjaśnienia te potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską,
4. powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego wraz ze sporządzeniem pełnego i pisemnego uzasadnienia oceny oferty,
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zaniechania i czynności Zamawiającego kwestionowane przez Odwołującego doprowadziły do odrzucenia oferty Konsorcjum z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co niewątpliwie doprowadziło do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, tym samym prowadząc do poniesienia przez niego szkody. W świetle kryteriów, którymi winien kierować się Zamawiający przy wyborze ofert zawartych w SIWZ (Rozdział XVIII SIWZ) oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. W przypadku nie odrzucenia oferty Konsorcjum zgodnie z ustalonymi kryteriami, oferta Odwołującego winna otrzymać 79,07 pkt, co oznaczałoby, że jest ona ofertą najkorzystniejszą. Punktację uczestników postępowania obrazuje poniższa tabela:

<i>Pentacomp&Relayon</i>	<i>79,07</i>
<i>Softiq Softman</i>	<i>47,07</i>
<i>Comarch</i>	<i>44,28</i>
<i>Sygnity</i>	<i>48,76</i>
<i>Symmetry</i>	<i>49,04</i>
<i>Bluesoft Essembli</i>	<i>46,30</i>

Asseco 64,49

Mając na uwadze powyższe Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania (interes) w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

(Warunki formalne odwołania).

Uzasadnienie

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju Systemu SODIR” (dalej „postępowanie”).

Termin złożenia ofert został finalnie ustalony na dzień 5 października 2018 roku. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 22 000 000,00 złotych brutto (jest to kwota bez zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp).

W postępowaniu zostało złożonych w terminie 8 ofert zgodnie z poniższym wykazem:

1. Konsorcjum firm: SOFTIQ sp. z o.o. oraz SOFTMAN S.A.;
2. Comarch Polska S.A.;
3. Sygnity S.A.;
4. Symmetry Sp. z o.o.;
5. Konsorcjum firm: BlueSoft Sp. z o.o. oraz Essembli Sp. z o.o.;
6. Asseco Poland S.A.;
7. Konsorcjum firm: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz RELAYONIT Sp. z o.o. Sp.k.;
8. Goldenore Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.

Zaoferowane zostały następujące ceny przez poszczególnych uczestników postępowania:

	Ryczałt /m- c [zł] brutto	Roboczogodzi na brutto	Cena ryczałt brutto	Cena roboczogod z	Cena oferty brutto
Softiq i Softman	308 730	43,05	11 114 280	4 305 000	15 419 280
Comarch	473 110	131,00	17 031 960	13 100 000	30 131 960
Sygnity	249 321	34,44	8 975 556	3 444 000	12 419 556
Symmetry	215 865	109,47	7 771 140	10 947 000	18 718 140
Bluesoft i Essembli	307 500	184,50	11070 000	18 450 000	29 520 000
Asseco Poland	77 758	90,04	2 795 688	9 004 000	11 799 688
Pentacomp i Relayonit	606 901,68	1,23	21848 460,48	123 000	21 971 460,48
Goldenore	599 499	0,01	21 581964	1000	21 582 964

W dniu 9 października 2018 r. Zamawiający pismem znak: WAT.ZP.261.24.2018 zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia

dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Konsorcjum pismem z dnia 15 października 2018 r. udzieliło obszernych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz załączyło dowody.

Odwołujący określił też przyjęte założenia, warunkujące sposób dokonanej kalkulacji, wynikające wprost z SIWZ oraz udzielonych wyjaśnień.

Wyjaśnienia te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazać jednak można, że Konsorcjum realizując zamówienie osiągnie zysk. Co istotne zysk osiągnięty będzie przy realizacji każdego elementu cenotwórczego. W dniu 6 października 2018 r. Zamawiający pismem znak: DO.WAL.ZP.261.24.2018 przekazał zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. W ww. piśmie Zamawiający poinformował również o odrzuceniu dwóch ofert, a mianowicie oferty złożonej przez Goldenore Sp. z o.o. oraz przez Odwołującego.

Zamawiający informując o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że cyt.: [podstawą odrzucenia jest art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986): *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”*, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986): *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”* oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986): *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum firm przedstawiło w ofercie cenę jednej roboczogodziny usługi modyfikacji i rozwoju w wysokości 1,23 zł brutto. Wyjaśnienia złożone przez konsorcjum firm potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Powyższa usługa jest istotną częścią składową ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i wobec określenia jej na tak niskim poziomie Konsorcjum firm nie ma możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.”*]

Powyżej zacytowany tekst stanowi całość uzasadnienia wyjaśniającego podstawy faktyczne i prawne odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu.

Podkreślić należy, że Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp zobowiązany jest do podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla poszczególnych dokonanych czynności, w tym dla czynności odrzucenia oferty. Wskazane okoliczności, winny stanowić uzasadnienie prawidłowości ich podjęcia. Nie budzi wątpliwości, że prawidłowe wypełnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji zasady jawności i przejrzystości postępowania, jak również prawa wykonawców do korzystania z środków ochrony prawnej.

Jak wskazuje m.in. M. Jaworska w Komentarzu - Prawo zamówień publicznych, brak podania wymaganego uzasadnienia może stanowić podstawę samodzielnego zarzutu w odwołaniu. Uwzględnienie tego zarzutu może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym prowadzić do uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp). Tylko bowiem w sytuacji poinformowania wykonawcy o przyczynach faktycznych i podstawie prawnej dokonanych czynności możliwe jest wniesienie przez niego odwołania, a także sprostanie ciężarowi dowodowemu przez odwołującego, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp (tak. m.in. wyr. z 2.11.7.2017 r., KIO 1290/17, Legalis, a także wyr. z 2.8.2016 r., KIO 1346/16, Legalis).

Powyższe obrazują m.in. niżej wskazane tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, a mianowicie: wyroki: z dnia 19 maja 2014 r., KIO 866/14, z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 918/13, z dnia 5 grudnia 2011 r., KIO 2503/11, z dnia 17 czerwca 2015 r., KIO 1117/15, z dnia 6 marca 2017 r., KIO 351/17.

Odnosząc się z kolei do poszczególnych zarzutów:

Ad. 1. - Zarzut zaniechania czynności uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ocenę jakim postanowieniom SIWZ oferta odwołującego miałyby nie odpowiadać - niewykazanie powodów odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający podając podstawy odrzucenia oferty wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986): „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego wskazującego na czym ma polegać niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza - wyrok z dnia 1 grudnia 2017 r. sygn. KIO 2431/17.

Przepis art. 92 ust. 1 Pzp nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia, dlatego należy przyjąć, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza - wyrok z dnia 17 lutego 2009 r. sygn. KIO/UZP 112/09, z 17.2.2009 r., KIO/UZP 112/0).

Skoro Zamawiający nie informuje Odwołującego jakie elementy oferty uznał za niezgodne z SIWZ, nie jest możliwe sformułowanie zarzutu w przedmiocie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego.

Ad. 2 - Zarzut zaniechania czynności uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ocenę jaki czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został popełniony

w sposób zawiniony przez Odwołującego - niewykazanie powodów odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający podając podstawy odrzucenia oferty wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986): *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*.

Zamawiający nie podał, dlaczego uznał złożenie oferty Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji ani też nie określił na czym działanie Odwołującego będące czynem nieuczciwej konkurencji polegało (przy jednoczesnym udowodnieniu przez Zamawiającego zawinienia Konsorcjum) z jednoczesnym zakwalifikowaniem tego czynu jako konkretnego deliktu ujętego w art. 5 - art. 17f ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) (dalej „uznk”) albo deliktu nie ujętego w ww. przepisach, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 uznk.

Krajowa Izba Odwoławcza - wyrok z dnia 7 listopada 2018 r. sygn. KIO 2193/17.

Skoro Zamawiający nie informuje Odwołującego jaki czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi złożenie oferty przez Konsorcjum, nie jest możliwe sformułowanie zarzutu w przedmiocie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego.

Ad. 3 - Zarzut zaniechania czynności uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w szczególności niewskazanie z jakich przyczyn wyjaśnienia przedłożone przez Odwołującego Zamawiający uznał za niewystarczające albo też potwierdzające, że zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia - niewykazanie powodów odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający podając podstawy odrzucenia oferty wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986): *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. Ponadto wskazał on, że *„Konsorcjum firm przedstawiło w ofercie cenę jednej roboczogodziny usługi modyfikacji i rozwoju w wysokości 1,23 zł brutto. Wyjaśnienia złożone przez konsorcjum firm potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Powyższa usługa jest istotną częścią składową ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i wobec określenia jej na tak niskim poziomie Konsorcjum firm nie ma możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.”*

Powyższe uzasadnienie trudno uznać za jednoznaczną i klarowną informację. Niewątpliwie

nie wyczerpuje dyspozycji art. 92 ust. 1 Pzp stwierdzenie, że ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający jest zobowiązany szczegółowo ocenić wyjaśnienia dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny i dać im wyraz w uzasadnieniu, jeżeli uznaje, że oferta wykonawcy zasługuje na odrzucenie przy uwzględnieniu wszelkich innych dowodów i znanych okoliczności. Nie stanowi uzasadnienia dla enigmatycznego i szczątkowego wyjaśnienia jakim posłużył się Zamawiający oraz przytoczenia tylko treści przepisu stanowiącego powołaną dla podjętej czynności podstawę prawną, zastrzeżenie przez Konsorcjum wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 16.09.2009 r. KIO/UZP 1234/09, KIO/UZP 1238/09, KIO 1240/09; wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 120/13).

W takim przypadku nie ma żadnych przeszkód by w stosunku do Konsorcjum skierowane zostało pismo objęte również tajemnicą przedsiębiorstwa zawierające szczegółowe uzasadnienie wskazujące, dlaczego na podstawie przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnień wraz z dowodami, Zamawiający przyjął, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Tylko znając to wyjaśnienie możliwe byłoby skonstruowanie zarzutów przez Odwołującego wskazujących na nieprawidłową ocenę przedłożonych wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza - wyrok z dnia 13 lutego 2017 r. sygn. KIO 193/17.

Z uwagi na brak szczegółowego uzasadnienia nie jest możliwe sformułowanie zarzutu w przedmiocie nieprawidłowej oceny wyjaśnień i nieuprawnionego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4.

Nadmienić należy też, że cena jednej roboczogodziny usługi modyfikacji i rozwoju w wysokości 34,44 zł brutto zaoferowana przez firmę Sygnity S.A. dla Zamawiającego nie była ceną rażąco niską.

Zarzuty podnoszone z ostrożności procesowej (podnoszone na okoliczność, gdyby przyjęte zostało, że uzasadnienie odrzucenia oferty Konsorcjum zawiera pełne uzasadnienie faktyczne i prawne):

Ad. 4 - Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - nieprawidłowa ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i w konsekwencji nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy wykazał on i udowodnił w złożonych wyjaśnieniach, że cena objęta wyjaśnieniem nie jest rażąco niska.

Konsorcjum wskazuje, że pismem z dnia 15 października 2018 r. przedłożył Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedmiotowe wyjaśnienia były bardzo szczegółowe, wskazano na wszystkie elementy cenotwórcze, ponoszone koszty a co najważniejsze zysk Konsorcjum. Przedmiotowe wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tym niemniej podkreślić należy, że poparte zostały one dowodami, potwierdzającymi przyjęte założenia cenowe.

Odwołujący wskazał na przyjęte założenia, które wynikały z literalnej treści SIWZ oraz złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień SIWZ, które to były podstawą do przyjęcia wskazanych w wyjaśnieniach zasadach i uwarunkowaniach kalkulacji zaoferowanej ceny. Tylko taka kalkulacja gwarantowała Odwołującemu możliwość osiągnięcia zysku za realizację przedmiotu zamówienia. Z uwagi na szczegółowe uwarunkowania określone przez Zamawiającego w SIWZ inny sposób kalkulacji oznaczałoby ryzyko poniesienia straty, co zostało szczegółowo wyjaśnione w przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnieniach.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Przyjmuje się jednak, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Istotne jest to by cena była taką, która czyni realizację zamówienia nieopłacalną. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia. Przy cenach jednostkowych, ceną rażąco niską będzie cena nie pokrywająca kosztów realizacji danej usługi lub towaru. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum jednoznacznie potwierdzają, że taka sytuacja nie ma miejsca.

Prawidłowo przeprowadzona czynność Zamawiającego polegająca na ocenie złożonych wyjaśnień nie dawała zatem Zamawiającemu żadnej podstawy do przyjęcia, że zaoferowana cena była ceną rażąco niską a tym samym do odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu.

Ad. 5 - Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 - nieuprawnione przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści siwz i nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Jak wyraźnie podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania, którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w SIWZ.

O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie ww. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak wskazuje się w doktrynie można mówić w szczególności, gdy:

1) wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia, nieodpowiadający wymaganiom określonym w SIWZ;

- 2) zakres lub sposób świadczenia wykonawcy wynikający z treści złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom SIWZ;
- 3) wykonawca nie potwierdził spełniania tzw. warunków przedmiotowych, tj. spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego;
- 4) wykonawca nie zaoferował równoważnego przedmiotu zamówienia lub nie wykazał równoważności;
- 5) wykonawca nie zaakceptował istotnych warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Co istotne żadna z ww. okoliczności w ocenie Odwołującego nie występuje w odniesieniu do świadczenia zaoferowanego przez niego w ofercie. Przyjęcie oferty gwarantuje Zamawiającemu otrzymanie świadczenia opisanego w SIWZ w pełnym zakresie. Zaoferowane świadczenie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia zarówno co do zakresu, ilości, warunków realizacji jak i jakości.

Stąd też nie było podstaw do oceny oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ i odrzucenie jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad. 6 - Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 - nieuprawnione zastosowanie i przyjęcie, iż złożenie oferty Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający dokonując oceny ofert, w toku poprzedzającego ocenę badania winien ustalić, czy złożenie ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5 - 17f ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o *zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) (dalej „uznk”).

Nie jest to katalog zamknięty, tym niemniej czyn by był uznany za czyn nieuczciwej konkurencji musi spełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazane w tzw. klauzuli generalnej określonej w art. 3 ust. 1 uznk. Tak więc uznanie konkretnego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga zawsze ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu, określonego w przepisach w art. 5 - 17f uznk, lub deliktu w nich nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 uznk (wyr. SN z 11.10.2002 r., III CKN 271/01, OSNC 2004, Nr 2, poz. 26).

Jak wskazuje się w doktrynie (m.in. M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018) czynem nieuczciwej konkurencji będzie zatem zawsze takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Sprzeczność z prawem należy

przy tym rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednio zastosowanie umową międzynarodową. Dobre obyczaje natomiast to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Należy jednak zwrócić uwagę, że nie każde działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami będzie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Należy również wskazać, że nie może być traktowane jako automatyczne wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Nie musi to oznaczać zamierzonego utrudniania innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Ciężar dowodu spoczywa w tym przypadku na Zamawiającym, który stawiając ten zarzut musi udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku (tak m.in. wyroki: z dnia 7 grudnia 2017 r. sygn. KIO 2473/17, z dnia 7 listopada 2017 r. sygn. KIO 2193/17, z dnia 11 kwietnia 2016 r. sygn. KIO 456/16).

Oferta złożona przez Konsorcjum była wynikiem uwarunkowań, które zostały narzucone przez Zamawiającego w SIWZ i złożonych wyjaśnieniach, na co wskazuje Odwołujący w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny zawartych w piśmie z dnia 15 października 2018 r.

W świetle powyższego złożenie oferty przez konsorcjum nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji nie było zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Ad. 7 - Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 - dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sygnity S.A. podczas gdy ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ jest oferta Konsorcjum (co do której zaniechano jej wyboru).

Zamawiający obowiązany jest do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą Pzp. Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum, oferta Odwołującego w świetle określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Dodatkowo należy podkreślić, że niedostatki w zakresie informacji jakie Zamawiający winien przekazać wykonawcom na gruncie art. 92 ust. 1 nie mogą być sanowane na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Skoro Odwołujący nie może po wniesieniu odwołania rozszerzyć zarzutów ponad to co zostało przez niego przedstawione, sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron byłoby umożliwienie Zamawiającemu rozszerzania podstaw faktycznych wskazanych

w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum. Jak wskazuje się w orzecznictwie „wobec związania swymi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego, po wniesieniu odwołania” (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15.07.2011 sygn. XXIII Ga 416/11).

W świetle powyższej argumentacji niniejsze odwołanie winno być uwzględnione.

Załączniki: (...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania, wniósł o ich oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz przedstawił merytoryczne stanowisko odnośnie do zarzutów zawartych w każdym z odwołań.

W toku postępowania strony i uczestnicy postępowania odwoławczego składali dodatkowe pisma, również z zastrzeżeniem objęcia informacji zakazem udostępniania ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełniają przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego w wyniku skutecznych przystąpień, stali się uczestnikami postępowania, zwanymi dalej również „przystępującymi”.

Nie wystąpiły przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołań, zatem zostały rozpoznane na rozprawie.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 1 SIWZ Przedmiotem zamówienia jest świadczenie: 1.1. Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu SODIR przez 36 miesięcy, nie wcześniej niż od dnia 21.12.2018 r., 1.2. Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu SODIR przez okres 36 miesięcy, nie wcześniej niż od dnia 21.12.2018 r.

Cenę oferty należało przedstawić w załączniku nr 2 do SIWZ – Formularz ofertowy (rozdział XVI pkt 1 SIWZ). W pkt 3 tego rozdziału Zamawiający wskazał, że cena oferty musi zawierać wszelkie koszty związane z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia łącznie z aktualnie obowiązującą stawką podatku VAT. Powinna ona obejmować wszystkie składniki związane z wykonaniem zamówienia, które są niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia.

W rozdziale XVIII SIWZ Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny oferty, Zamawiający wskazał kryteria oceny ofert.

1. Kryterium ceny – Cena oferty „C” - waga 60% = 60 pkt:

- a) Podkryterium „CA” – Cena za świadczenie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu SODIR waga 40% = 40 pkt
- b) Podkryterium „CM” – Cena za świadczenie Usługi Modernizacji i Rozwoju Systemu SODIR waga 60% = 60 pkt.

Pod opisem kryterium ceny Zamawiający wskazał, że ostateczną ocenę punktową każdej z ocenianych ofert w kryterium cena oferty „C” stanowić będzie liczba punktów przyznanych na podstawie podkryteriów i wagi kryterium, tj. $C=(CA+CM)\times 60\%$.

Najkorzystniejsza oferta w kryterium – Cena oferty „C” może uzyskać maksimum 60 pkt.

2. Kryterium – Jakość obsługi „J” – waga 40% = 40pkt.

W formularzu ofertowym – załącznik nr 2 do SIWZ w pkt II należało przedstawić łączną cenę oferty brutto. W Tabeli nr 1 w części 1. Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji należało przedstawić Koszt miesięczny brutto oraz Koszt maksymalny za cały okres trwania umowy. W części 2. Tabeli Usługa Modyfikacji i Rozwoju należało wskazać koszt za jedną Roboczogodzinę oraz Koszt maksymalny za 100 000 Roboczogodzin.

Oferty złożyło 8. wykonawców, którzy wskazali Koszt za jedną Roboczogodzinę (brutto) w kwotach: 0,01; 1,23; 34,44; 43,05; 90; 109,47; 131,00; 184,50. Pierwszych czterech wykonawców: Goldenore sp. z o.o. sp.k.; Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k.; Sygnity S.A.; Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A., zamawiający wezwał (pisma z dnia 09.10.2018 r.) do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wskazując art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i cytując treść pkt 1-5 tego ustępu, wezwał każdego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny/kosztu za 1 Roboczogodzinę. Wezwania dotyczyły ceny/kosztu (w zł): 0,01 - Goldenore sp. z o.o. sp.k.; 1,23 - Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k.; 43,05 - Softiq sp. z o.o., Softman S.A.

Wykonawca Sygnity S.A. został wezwany, poza zakresem wynikającym bezpośrednio z art. 90 ust. 1 ustawy, do przedstawienia w szczególności kalkulacji obejmującej obszary: 1) Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu SODIR, 2) Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu SODIR w ramach maksymalnego limitu 100 000 Roboczogodzin, w tym koszt za 1 Roboczogodzinę, 3) Inne czynniki mające wpływ na wartość przedstawionej przez wykonawcę oferty.

W takim też zakresie został wezwany wykonawca Asseco Poland S.A.

We wszystkich wezwaniach Zamawiający zamieścił informację na temat skutków, o których

stanowią przepisy ustawy Pzp: art. 90 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia, zastrzegli nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wraz z uzasadnieniem zastrzeżeń.

Zamawiający uwzględniając argumenty wykonawcy Asseco Poland S.A. przedstawione w piśmie skierowanym do Zamawiającego, ujawnił uzasadnienia zastrzeżeń, nie ujawnił, uznając zastrzeżenie za zasadne, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba uznała za zasadne czynności Zamawiającego, aczkolwiek w wielu przypadkach w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczone są informacje stanowiące też tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419 i 1637) wynika zakres jaki może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z orzecnictwem (Izby i sądów powszechnych) kształtowanie ceny oferty związane jest z istotnymi informacjami, które mają znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, w art. 23 ustawy przewidziana została odpowiedzialność karna w przypadku ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyniku przeprowadzonego badania i oceny ofert Zamawiający odrzucił oferty wykonawców: Goldenore sp. z o.o. sp.k.; Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k., wskazując w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty podstawy prawne odrzucenia (takie same wobec dwóch wykonawców) – przepisy ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 4 – rażąco niska cena lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 2 – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 3 – złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dalszej części pisma Zamawiający wskazał, że cena jednej roboczogodziny usługi modyfikacji i rozwoju w wysokości – odpowiednio do wykonawców 0,01 zł brutto oraz 1,23 zł brutto, jest ceną rażąco niską (potwierdzoną w złożonych wyjaśnieniach), wykonawca nie ma możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym przez Zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że cena (koszt) 1 roboczogodziny jest rażąco niska, w obecnych warunkach ekonomicznych, jest to żaden koszt, za taką kwotę nie jest możliwe wykonanie jakiegokolwiek odpłatnej pracy, a wskazane kwoty 0,01 zł i 1,23 zł, są to kwoty brutto.

Izba podzieliła też zarzuty wykonawców, że podane przyczyny odrzucenia ofert nie wyczerpują obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Powody odrzucenia ofert zostały wskazane co do zastosowanego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy – oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie zostały podane powody zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, poza powtórzeniem treści przepisów. Nie ma to jednakże znaczenia, bowiem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Okoliczności te nie występują w sprawie.

KIO 2374/18 Goldenore sp. z o.o. sp.k.

KIO 2379/18 Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k.

Wyjaśnienie wykonawcy Goldenore sp. z o.o. sp.k. przyczyn zaoferowania stawki 0,01 zł brutto za 1 roboczogodzinę – Modernizacja i Rozwój, w sytuacji gdy Zamawiający wyodrębnił tę część zamówienia i zobowiązał wykonawców do przedstawienia poszczególnych cen wg schematu załącznika nr 2 do SIWZ i równocześnie ustanowił cenę/koszt 1 roboczogodziny podkryterium oceny ofert o wadze 60% Modernizacja i Rozwój, nie znajduje uzasadnienia by ocena czynności odrzucenia oferty stanowiła podstawę uwzględnienia odwołania. Odwołujący potwierdził na rozprawie (str. 8/9 protokołu z dnia 29 listopada 2018 r.), że przyjmując sposób obliczenia stawki za 1 roboczogodzinę 0,01 zł uznał, że oszczędności, które będzie generować wynagrodzenie ryczałtowe (Asysta i Konserwacja), będzie pokrywać wydatki osobowe (Modernizacja i Rozwój). Czynność taka jest czynem nieuczciwej konkurencji wyczerpującym przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy wskazanego w informacji o odrzuceniu oferty. Przyjmuje się, że takie „przerzucanie” kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę ofert z zastosowaniem kryteriów oceny, do drugiego, mniej korzystnego, określane jest jako „inżynieria cenowa”, uznawana za czyn nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na tożsame uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy: Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Relayonit Sp. z o.o. Sp.k., cały wywód dotyczący wykonawcy – Odwołującego w sprawie KIO 2374/18 odnosi się bezpośrednio do Konsorcjum – Odwołującego w sprawie KIO 2379/18. Różnicą jest to, że Konsorcjum zastosowało stawkę za 1 roboczogodzinę 1,23 zł brutto. I podobnie jak w poprzedniej sprawie, Odwołujący przyznał na rozprawie, że zastosował wskazaną stawkę za 1 roboczogodzinę, gdyż koszt tej usługi ujęty jest w kosztach asysty (protokół z dnia 29 listopada 2018 r. str.13).

Odwołania zostały oddalone z uwagi na ich merytoryczną niezasadność. Brak odpowiedniego wskazania przyczyn odrzucenia ofert nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

KIO 2366/18 - Wykonawca Asseco Poland S.A.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba dostrzegła w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego działania sprzeczne z uczciwą konkurencją przejawiające się w tym, że wykonawca pierwotnie ustalił łączny koszt realizacji roboczogodzin (zgodnie z przedstawionymi wyliczeniami PLN brutto w zakresie Modernizacji i Rozwoju str. 13 wyjaśnień), następnie dokonał odjęcia od tej wartości kosztu ujętego w ramach świadczenia gotowości w skali 36 miesięcy PLN brutto, który zgodnie z przyznaniem wykonawcy mieścił się w ramach ryczału w zakresie Asysty i Konserwacji, dając tym zmienioną wartość do wyliczenia średniej stawki za 1 roboczogodzinę PLN brutto. W konsekwencji wykonawca spowodował obniżenie łącznego kosztu do wyliczenia średniej stawki roboczogodziny PLN brutto. Przedstawienie łącznego kosztu do wyliczenia średniej stawki za roboczogodzinę PLN brutto, przy uwzględnieniu 100 000 roboczogodzin (ostatni wiersz w tabeli) wskazuje na manipulację cenami jednostkowymi będącymi wyodrębnionymi usługami w ramach przedmiotu zamówienia i odrębnymi kryteriami oceny ofert i jako takie mieści się w katalogu czynów nieuczciwej konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z klauzulą generalną (art. 3 ustawy), jest czyn niezgodny z prawem, także z dobrymi obyczajami (kupieckimi) oraz zagrażający lub naruszający interes – w tym przypadku – innego przedsiębiorcy.

Naruszenie wskazanego przepisu skutkuje naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów, w tym: naruszenia art. 8 ust. 1-3 (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) z przyczyn wskazanych już wyżej oraz naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy.

Zamawiający ujawnił uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść uzasadnienia zastrzeżenia nie musi być nadmiernie objętościowa. Zamawiający ma uzyskać z uzasadnienia wiedzę, że informacje zastrzeżone mają znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego co do nieujawniania / nieudostępniania informacji zastrzeżonych, zwłaszcza, że informacje dotyczące kształtowania ceny oferty lub kosztu,

z reguły zawierają dane, które w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowią informację chronioną - tajemnicę. Powszechne i wzajemnie kontrolowane przez wykonawców jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, szczególnie odnośnie do ceny lub kosztu oferty. Nieuprawnione ujawnienie zastrzeżonych informacji obwarowane jest odpowiedzialnością karną.

Izba nie uwzględniła też zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Sygnity wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że **oferta zawiera cenę rażąco niską**.

Odwołujący konstruując zarzut wskazał **cenę oferty jako rażąco niską**, a nie **kosztu** w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy cena oferty Sygnity S.A. jest wyższa od ceny oferty Odwołującego (cena oferty brutto Sygnity S.A. 12 419 556,00 zł, cena oferty (brutto) Odwołującego 11 799 688,00 zł).

Izba oddaliła odwołanie w zakresie dotyczącym Konsorcjum: Softiq sp. z o.o., Softman S.A. w zakresie naruszenia przepisów ustawy:

art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum Softiq wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że **oferta zawiera cenę rażąco niską**; art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Softiq, pomimo że **oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia**, zaś Konsorcjum Softiq nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3.

Odwołujący, podobnie jak w sprawie Sygnity S.A., wskazuje jako zarzut – rażąco niską cenę oferty, gdy spór prowadzi w zakresie koszu jednostkowego – kosztu za 1 roboczogodzinę w ofertach obu wykonawców w części Modernizacja i Rozwój.

Wykonawca Sygnity S.A. zaoferował łączną kwotę brutto za realizację zamówienia (cenę oferty) w kwocie 12 419 556,00 zł, koszt roboczogodziny 34,44 zł.

Cena oferty (brutto) Odwołującego wynosi 11 799 688,00, jak wskazał w odwołaniu. Zatem trudno jest uznać, że cena oferty wykonawcy wyższa od ceny oferty Odwołującego, może być w okolicznościach sprawy uznana za rażąco niską.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o rażąco niskiej „cenie” lub „kosztu” w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba jest związana zarzutami odwołania przedstawionymi zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy.

KIO 2378/18

Izba uwzględniła zarzuty przedstawione przez Odwołującego, który wskazał zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sygnity S.A. jako oferty zawierającej niską cenę lub koszt, a także jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba, podobnie jak w sprawie KIO 2366/18, dostrzegła w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego działania sprzeczne z uczciwą konkurencją przejawiające się w tym, że wykonawca pierwotnie ustalił łączny koszt realizacji roboczogodzin (zgodnie z przedstawionymi wyliczeniami PLN brutto w zakresie Modernizacji i Rozwoju str. 13 wyjaśnień), następnie dokonał odjęcia od tej wartości kosztu ujętego w ramach świadczenia gotowości w skali 36 miesięcy PLN brutto, który zgodnie z przyznaniem wykonawcy mieścił się w ramach ryczału w zakresie Asysty i Konserwacji, dając tym zmienioną wartość do wyliczenia średniej stawki za 1 roboczogodzinę PLN brutto. W konsekwencji wykonawca spowodował obniżenie łącznego kosztu do wyliczenia średniej stawki roboczogodziny PLN brutto. Przedstawienie łącznego kosztu do wyliczenia średniej stawki za roboczogodzinę PLN brutto, przy uwzględnieniu 100 000 roboczogodzin (ostatni wiersz w tabeli) wskazuje na manipulację cenami jednostkowymi będącymi wyodrębnionymi usługami w ramach przedmiotu zamówienia i odrębnymi kryteriami oceny ofert i jako takie mieści się w katalogu czynów nieuczciwej konkurencji.

Skutkiem powyższego jest uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Następnie należy wskazać, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 2 i 3 poprzez **błądną ocenę oferty i wyjaśnień Sygnity** złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę **lub koszt**, wskazuje koszt (roboczogodziny w części Modernizacja i Rozwój), a przedstawione wyżej dane zawarte w wyjaśnieniach dotyczą właśnie roboczogodziny w tej części usługi.

Izba orzekając uwzględniła złożone w toku postępowania odwoławczego dokumenty, z zastrzeżeniem, że przedmiotem tego postępowania jest ocena zaskarżonych czynności lub zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany.

Sprawozdania i informacje finansowe nie dotyczące okresu, w którym były przygotowywane oferty, mogą nie odzwierciedlać aktualnej sytuacji ekonomiczno-finansowej wykonawców.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....