

**Sygn. akt: KIO 162/16**

**Sygn. akt: KIO 164/16**

**Sygn. akt: KIO 167/16**

**Sygn. akt: KIO 172/16**

## **WYROK**

**z dnia 7 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk  
Jolanta Markowska  
Grzegorz Matejczuk

**Protokolant:** Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 22 lutego i 26 lutego oraz w dniu 2 marca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2016 r. przez wykonawców:

- 1. DahliaMatic Sp. z o.o., ul. Gottlieba Daimplera 2, 02-460 Warszawa,**
- 2. ITC S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa,**
- 3. Sputnik Software Sp. z o.o., ul. Górecka 30, 60-201 Poznań,**
- 4. Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa

przy udziale wykonawcy:

- A. Sputnik Software Sp. z o.o., ul. Górecka 30, 60-201 Poznań,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 162/16 po stronie odwołującego oraz KIO 164/16 i KIO 172/16 po stronie zamawiającego,
- B. ITC S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 162/16 po stronie zamawiającego,

C. **DahliaMatic Sp. z o.o., ul. Gottlieba Daimplera 2, 02-460 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 164/16, KIO 167/16 oraz KIO 172/16 po stronie zamawiającego,

D. **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 164/16 po stronie zamawiającego oraz KIO 167/16 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1.1. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 162/16 wniesione przez DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**

1.2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża DahliaMatic Sp. z o.o. ul. Gottlieba Daimplera 2, 02-460 Warszawa i:

1.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnaście tysięcy zł zero gr] uiszczoną przez DahliaMatic Sp. z o.o. ul. Gottlieba Daimplera 2, 02-460 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

1.2.2. zasądza od DahliaMatic Sp. z o.o. ul. Gottlieba Daimplera 2, 02-460 Warszawa na rzecz Ministerstwa Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa kwotę 900 zł 00 gr [słownie: dziewięćset zł zero gr], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

**2.1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 164/16 wniesione przez ITC S.A. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty ITC S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy;**

2.2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa i:

2.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnaście tysięcy zł zero gr] uiszczoną przez ITC S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2.2. zasądza od Ministerstwa Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa na rzecz ITC S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr [słownie: osiemnaście tysięcy sześćset zł zero gr], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika;

**3.1. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 167/16 wniesione przez Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;**

3.2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Sputnik Software Sp. z o.o., ul. Górecka 30, 60-201 Poznań i:

3.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnaście tysięcy zł zero gr] uiszczoną przez Sputnik Software Sp. z o.o., ul. Górecka 30, 60-201 Poznań tytułem wpisu od odwołania;

3.2.2. zasądza od Sputnik Software Sp. z o.o., ul. Górecka 30, 60-201 Poznań na rzecz Ministerstwa Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa kwotę 900 zł 00 gr [słownie: dziewięćset zł zero gr], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

**4.1. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 172/16 wniesione przez Comarch Polska S.A. z siedzibą Krakowie;**

4.2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i:

4.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnaście tysięcy zł zero gr] uiszczoną przez Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania;

4.2.2. zasądza od Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków na rzecz Ministerstwa Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa kwotę 900 zł 00 gr [słownie: dziewięćset zł zero gr], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164.t.j) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

Sygn. akt: KIO 162/16

Sygn. akt: KIO 164/16

Sygn. akt: KIO 167/16

Sygn. akt: KIO 172/16

#### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego – Ministerstwo Finansów na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.], dalej „ustawa Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup usługi utrzymania i asysty dla Informatycznego Systemu Obsługi Budżetu Państwa Trezor.” W tym postępowaniu odwołania zostały wniesione przez czterech wykonawców:

1. DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt: KIO 162/16;
2. ITC S.A. z siedzibą w Warszawie - sygn. akt: KIO 164/16;
3. Sputnik Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - sygn. akt: KIO 167/16;
4. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie - sygn. akt: KIO 172/16.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2016 r. odwołania zostały przekazane na podstawie art. 189 ust.1 ustawy Pzp do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Izby.

Sygn. akt: KIO 162/16.

Odwołujący DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [wykonawca DahliaMatic] zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności i zaniechań, w związku z oceną oferty wykonawcy ITC S.A. [wykonawca ITC], które naruszyły art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty tego wykonawcy, które prowadziło do istotnej i niedopuszczalnej zmiany treści jego oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 6) ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty ITC S.A. pomimo, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i jej treść jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, który nie podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wezwania wykonawcy ITC S.A. do wyjaśnień treści złożonej oferty oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Wykonawca podał, że pismem z dnia 29.01. 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że oferta Odwołującego została wybrana, jako najkorzystniejsza, a oferta ITC S.A. została odrzucona na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący upatruje interes określony w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

w tym, że Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITC S.A. również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 6) ustawy Pzp może doprowadzić do sytuacji, że o ile Krajowa izba Odwoławcza uzna, że oferta ITC S.A. nie zawiera ceny rażąco niskiej, jako najkorzystniejsza może zostać wybrana oferta ITC S.A., pomimo, iż podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 6) ustawy Pzp. Oferta ITC S.A. zawiera korzystniejszy bilans ceny i innych czynników cenotwórczych niż oferta Odwołującego i, gdyby nie została odrzucona, uzyskałaby więcej punktów w oparciu o kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego. Podkreślił, że udzielona w trybie art. 87 ust.1 ustawy odpowiedź przez ITC S.A., w istotny sposób zmienia treść złożonej oferty, co zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie 2 jest niedopuszczalne. Bezprawna istotna zmiana treści oferty dokonana w wyniku wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może doprowadzić do braku możliwości uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia, co wskazuje na fakt, że DahliaMatic może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W uzasadnieniu zarzutów podał, że „Dane zawarte w Formularzu ofertowym złożonym przez wykonawcę ITC S.A. są wzajemnie sprzeczne. Po podpisaniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie oferty tego wykonawcy, mogą zostać złożone faktury według jednego z dwóch równie prawdopodobnych scenariuszy: faktura o wartości 23.400.000 brutto lub faktura o wartości 19.024.390,24 netto gdzie wybór oferty, będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczący wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów”. Powyższe jego zdaniem świadczy, że oferta ITC S.A. zawierała błąd w obliczeniu ceny ofertowej i w związku z powyższym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Dalej podał, że Zamawiający wezwał wykonawcę ITC do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, iż wykonawca zawarł w Formularzu ofertowym sprzeczne względem siebie informacje tj. wskazał „Całkowitą cenę oferty Brutto” w wysokości 23.400. 000 zł. Jednocześnie Zamawiający w piśmie podniósł, że wykonawca wskazał wartość bez kwoty podatku w wysokości 19.024.390,24 zł, co zdaniem Zamawiającego „wskazuje, że Wykonawca nie przewidywał, że jego oferta spowoduje powstanie u Zamawiającego obowiązku podatkowego, gdyż w przeciwnym wypadku nie podałby ceny brutto, gdyż tę cenę wylicza już Zamawiający”. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający pominął fakt, że wskazanie wartości netto w miejscu, w którym dokonała tego ITC S.A. wskazuje właśnie na fakt, że wykonawca podał wartość dostawy lub świadczenia, które będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. Zdaniem wykonawcy, (..) pytanie Zamawiającego w sposób wybiórczy traktuje zapisy Formularza ofertowego. „Wartość bez kwoty podatku w wysokości 19 024 390,24 zł” znajdowała się w części Formularza dotyczącej sytuacji, gdy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (o ile

dotyczy). Zapis „(o ile dotyczy)” oznaczał, że wykonawcy tę część Formularza mieli obowiązek wypełnić jedynie w sytuacji, w której wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Opis pola do wskazania wartości netto nawiązuje bezpośrednio do lewej strony tabeli oznaczonej w następujący sposób: „wskazanie nazw (rodzajów) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami od towarów i usług (o ile dotyczy)”. Natomiast kolumna, w której ITC wpisało wartość 19.024.390,24 zł nawiązuje bezpośrednio do tych towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług [„Część Formularza ofertowego, który stanowił Załącznik A do SIWZ. Czy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego: TAK/NIE (wybrać odpowiednie). W przypadku, gdy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (o ile dotyczy) wskazanie nazw (rodzajów) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług (o ile dotyczy) wskazanie ich wartości bez kwoty podatku (...)]. Zatem Wykonawca ITC S.A. w dwóch miejscach Formularza ofertowego wskazał, iż wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, pozostawiając słowo TAK oraz, wskazując wartość towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług bez kwoty podatku w wysokości 19 024 390,24 zł. Wykonawca ITC nie wskazał nazwy ani rodzaju towaru, którego dostawa lub świadczenie będzie prowadziło do powstania w Zamawiającego obowiązku podatkowego, choć byłby do tego zobowiązany, gdyby taki podatek istniał”. Zamawiający wezwał wykonawcę ITC do „wyjaśnienia sprzeczności powstałych w Formularzu ofertowym i wskazanie, czy wpisana odpowiedź „TAK” przy zapytaniu o powstanie u Zamawiającego obowiązku podatkowego była omyłką, czy też według ITC S.A. usługa będąca przedmiotem oferty podlega tzw. „odwrotnemu obciążeniu” podatkiem od towarów i usług.” Nie ma zatem wątpliwości, że treść oferty ITC S.A. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dlatego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ wady, którymi obarczona jest oferta nie podlegają konwalidacji na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy ITC do dokonania wyjaśnień, prowadziło do dokonania zmiany treści oferty, które nie są dopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp. Niedopuszczalne jest bowiem prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczącej jego oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek jej zmiany, a z taką sytuacją w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia. Oczywiście niedopuszczalne byłoby poprawienie

oferty ITC na podstawie jednego z przepisów art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Dalej podał, że „Ustawodawca nie stworzył definicji legalnej pojęcia „omyłka”, zatem dla przeprowadzenia rozważań odnośnie przesłanek zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy posłużyć się wykładnią językową oraz dorobkiem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego. Zgodnie z definicją słownikową omyłka to «sposób, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie» (Słownik języka polskiego PWN). Wskazując na orzecznictwo KIO podał, że omyłka pisarska to oczywista omyłka, która jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści ofert. Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu; błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Zatem przesłanką do zakwalifikowania omyłki w treści oferty, jako omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest jej „oczywisty charakter”. Taka teza jest podyktowana zakazem prowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w odniesieniu do treści oferty, które prowadziłyby do zmiany treści oferty. Wskazał ponadto, że „Wyjątkami od tej zasady są przepisy art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp, które umożliwiają sprecyzowanie i doprecyzowanie treści ofert w postępowaniach prowadzonych w trybie dialogu konkurencyjnego oraz poprawianie omyłek (ust. 2). „Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 ab initio ustawy Pzp). W przedmiotowej sprawie Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, zatem nie potrafił sam rozstrzygnąć powstałych wątpliwości. Dalej podał, że oczywista omyłka rachunkowa jest omyłką wynikającą z błędnej operacji rachunkowej na liczbach, zatem w przedmiotowej sprawie omyłka rachunkowa nie będzie miała zastosowania. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacją ustawy Pzp, która miała miejsce w 2008 r. Celem tej regulacji - jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy - było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić



się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, jednakże poprawienie nieprawidłowości w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp. Po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Z uwagi na fakt, że wykonawca dwukrotnie potwierdził w Formularzu oferty, że wybór oferty ITC S.A. będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zatem nie można zakwalifikować działania ITC, jako omyłkowego. ITC S.A. nie zrozumiało treści Formularza ofertowego i wypełniło go w sposób błędny, co uniemożliwia konwalidowanie treści tej oferty i uznanie jej za prawidłową. Wykonawcom, którzy mieli wątpliwości w zakresie sposobu wypełniania Formularza ofertowego przysługiwało zadawanie pytań do treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty złożonej przez ITC S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 6) ustawy Pzp, ponieważ oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i jej treść jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego - wykonawca Sputnik Software sp. z o.o. z Poznania wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie Zamawiającego – wykonawca ITC S.A z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 164/16

Odwołujący ITC S.A. z Warszawy zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na nieprawidłowe uznanie, że cena oferty Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami i uznanie, że potwierdzają one, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: powtórne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Wykonawca podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania jest bowiem wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego

oferta zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych i jednocześnie, Odwołujący zaoferował skrócenie terminów usuwania błędów do najwyżej punktowanego przez Zamawiającego poziomu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez Odwołującego nie zostałaby odrzucona, a uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu zarzutów wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego, wykonawca w udzielonych na jego żądanie wyjaśnieniach, nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem wykonawcy jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co potwierdzają wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 października 2015 r. (wyjaśnienia z dnia 26 października 2015 r.) oraz w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 grudnia 2015 r. (wyjaśnienia z dnia 7 stycznia 2016 r.), które są kompleksowe i rzeczowe, a ponadto zostały poparte odpowiednimi dowodami. Decyzja podjęta przez Zamawiającego jest nieuzasadniona i została oparta na błędnej i powierzchownej ocenie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów. Fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rynkową, realną, za którą możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia oprócz złożonych przez Odwołującego wyjaśnień potwierdza chociażby m.in. porównanie jej z ceną zaoferowaną przez wykonawcę DhaliaMatic, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest bardzo zbliżona do ceny oferty DhaliaMatic. Różnica pomiędzy ceną oferty DhaliaMatic, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego wynosi mniej niż 10%. Różnica cen na takim poziomie jest powszechnym zjawiskiem na bardzo konkurencyjny rynku usług IT. Wskazał, że cena w ofercie wykonawcy DaliaMatic: 1) za świadczenie usług utrzymania stanowi kwotę: 11 328 595,20 zł, a oferowana przez Odwołującego: 10 000 000,00, co stanowi różnicę: 1 328 595,20zł; 2) za świadczenie usługi asysty technicznej i konsultacji stanowi kwotę 3 099 600,00zł, a oferowana przez Odwołującego: 3 000 000,00, co stanowi różnicę: 99 600,00; 3) za świadczenie usługi utrzymania nowych funkcjonalności (opcja) stanowi kwotę:11 542 556,16, a oferowana przez Odwołującego: 10 400 000,00, co stanowi różnicę: 1 142 556,16. Reasumując stwierdził, że cena całkowita oferty (brutto) oferowana przez DaliaMatic stanowi kwotę: 25 970 751,36, a przez Odwołującego: 23 400 000,00, co stanowi różnicę: 2 570 751,36. Odnosząc się do wezwań, jakie Zamawiający kierował do Odwołującego podał, że w wezwaniu z dnia 20 października 2015 r. Zamawiający w pkt 2

wskazał jedynie, że zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie, albowiem oferowana przez wykonawcę (...) cena w wysokości 23 400 000 złotych brutto, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWI. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”. Następnie Zamawiający przywołał treść art. 90 ust. 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego (...) Zamawiający w treści wezwania poza ogólnym stwierdzeniem, iż cena zaoferowana przez Odwołującego wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia oraz przywołania treści przepisów nie wskazał, że wymaga od Odwołującego przedstawienia określonych informacji czy też kosztów w odniesieniu do części podstawowej i opcji. Pomimo tak ogólnego wezwania, Odwołujący w odpowiedzi przedstawił przyjętą przez siebie kalkulację kosztów oraz wskazał okoliczności i czynniki, które miały wpływ na zaoferowanie przez niego ceny na poziomie określonym w ofercie”. Podkreślił, że (...) Treść odpowiedzi jest każdorazowo uwarunkowana wezwaniem Zamawiającego. Skoro Zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie wymaga przedstawienia kosztów realizacji zamówienia (część podstawowa i opcja), to Odwołujący był uprawniony do przyjęcia dowolnie wybranej przez siebie metody ich przedstawienia, w tym przedstawienia ich w odniesieniu do zamówienia podstawowego i prawa opcji. Przyjęte przez Odwołującego założenie poczynione w wyjaśnieniach było uzasadnione także tym, iż sam Zamawiający kierując wezwaniem z dnia 20 października 2015 r. wskazywał na cenę za całość zamówienia (podstawowe oraz opcję) i te ceny porównywał badając oferty w kontekście art. 90 ust. 1 Pzp. Zatem przedstawienie kalkulacji dla całości zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji nie tylko nie stanowiło błędu, ale wręcz konieczność z uwagi na treść wezwania Zamawiającego”. Ponadto (...) Kierując do Odwołującego drugie wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień (wezwanie z dnia 30 grudnia 2015 r.) Zamawiający zadał pytania, na które Odwołujący udzielił rzetelnych i kompleksowych odpowiedzi, przedstawiając jednocześnie odpowiednią kalkulację i dodatkowe dowody. Jak wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, wyjaśnienia te zostały jednak prawdopodobnie pominięte przez Zamawiającego w toku badania oferty Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny. Opierając swoje działania na analizie tylko części przedstawionej przez Odwołującego argumentacji i dowodów, Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp”. Zdaniem Odwołującego (...) Za nieuzasadnione należy również uznać stwierdzenia Zamawiającego, iż zachodzi obawa, że jakość świadczonych przez Odwołującego usług nie będzie spełniała jego wymagań, co może spowodować poważne skutki finansowe ze względu na krytyczność procesów realizowanych z

wykorzystaniem świadczonych usług. Przywołane stwierdzenia Zamawiającego są arbitralne, a Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego poza własnymi przypuszczeniami nie przedstawił żadnych rzeczowych argumentów w tym zakresie”. Stwierdził ponadto, że (...) Z uwagi na fakt, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami zostały skutecznie objęte ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa (Zamawiający uznał zasadność zastrzeżenia), a Odwołujący podtrzymuje oświadczenie o zastrzeżeniu ich ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa, szczegółowa argumentacja merytoryczna w tym zakresie została przedstawiona w załączniku nr 1 do niniejszego odwołania. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nie udostępnianie załącznika nr 1 do odwołania innym podmiotom, a na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp wnosi o rozpoznanie odwołania w tym zakresie z wyłączeniem jawności rozprawy”.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Sputnik Software sp. z o.o. z Poznania, DahliaMatic sp. z o.o. z Warszawy oraz wykonawca Comarch S.A. z Warszawy - wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 167/16

Odwołujący Sputnik Software Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty DahliaMatic Sp. z o.o. ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia tej oferty w sytuacji, gdy ocena wyjaśnień tego wykonawcy wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał ponadto na naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi dokonanie wyboru oferty DahliaMatic, która powinna zostać odrzucona. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty DahliaMatic; dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego. Wykonawca stwierdził, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego doznał uszczerbku w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem wykonawca pozbawiony został możliwości zawarcia umowy z Zamawiającym i osiągnięcia przychodu z tytułu jej wykonania (szkoda).

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał, że w niniejszym postępowaniu, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale I SIWZ jego zakres obejmuje: (1) usługi utrzymania; (2) usługi asysty technicznej i konsultacji; (3) usługi utrzymania nowych funkcjonalności Systemu, wytworzonych przez innego wykonawcę w ramach odrębnej

umowy (Rozszerzona Usługa Utrzymania - opcja). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji znajduje się we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik D do SIWZ. W postępowaniu złożono 6 ofert z następującymi cenami: [cena całkowita – cena utrzymania – cena asysty – cena utrzymania (opcja)]:

1. Sygnity S.A.: 46 073 340,00 - 24 895 200,00 - 701 000,00 - 20 477 040,00;
2. DahliaMatic: 25 950 751,36 - 11 328 595,20 - 3 099 600,00 - 11 542 556,16;
3. Sputnik Software Sp. z o.o.: 35 800 380,00 - 17 343 000,00 - 2 546 100,00 – 15.911.280,00;
4. Atos Polska S.A.: 29 260 240, 67 - 11 827 689,26 - 4 428 000,00 - 13 004 551,42;
5. Comarch: 37 514 016,00 - 14 027 904,00 - 6 813 216,00 - 16 672 896,00;
6. ITC S.A.: 23.400.000,00 – 10.000.000,00 – 3.000.000,00 – 10.400.000,000.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 69.146.341,43 zł (uwzględniając zamówienia uzupełniające), natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 31.500.000 zł (co odnosi się do zakresu podstawowego zamówienia). Wobec różnicy pomiędzy wartością zamówienia i cenami ofert wykonawców ITC S.A., Atos Polska S.A. i DahliaMatic, Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał ich do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawcy w wyznaczonym terminie złożyli wyjaśnienia, z tym że dwaj pierwsi spośród wyżej wymienionych zostali jeszcze poproszeni o udzielenie odpowiedzi na dodatkowe pytania. Wszystkie wyjaśnienia zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r. Zamawiający, oprócz powiadomienia o dokonaniu wyboru oferty DahliaMatic poinformował o odrzuceniu trzech ofert, z czego dwóch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP. Ta podstawa została zastosowana wobec oferty ITC S.A. i Atos Polska S.A., w stosunku do których Zamawiający stwierdził, że zawierają rażąco niską cenę. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Atos Polska S.A. „są ogólnikowe a przedstawione wyliczenia nie potwierdzają, że cena zaproponowana w ofercie nie stanowi rażąco niskiej”. Natomiast ITC S.A. miał popełnić błąd „obliczając cenę dla całego zamówienia zakładając, że część dotycząca opcji zostanie zrealizowana w całości”. W związku z tym Zamawiający przyjął, jako wielce prawdopodobne, że w przypadku nie wykonania prawa opcji koszty podstawowego świadczenia (utrzymania systemu) przewyższą uzyskiwane z tego tytułu przychody. W rezultacie Zamawiający odrzucił ofertę z najniższą ceną (ITC S.A.) oraz ofertę z trzecią ceną (Atos Polska S.A.), a dokonał wyboru oferty z drugą ceną (DahliaMatic). Oznacza to, że uznał za rażąco niską cenę Atos Polska S.A. opiewającą na 29 260 240, 67 PLN, a nie stwierdził, że takową jest cena o ponad 3 mln zł niższa (DahliaMatic - 25 950 751,36 PLN). Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący na poparcie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty DahliaMatic wskazał na: (a) brak przesłanek, wskazujących na realność ceny DahliaMatic; (b) brak dowodów na możliwe

oszczędności przy wykonaniu zamówienia oraz potwierdzających wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla DahliaMatic, w tym na osiągalność niskich kosztów pracy; (c) brak obiektywnej możliwości zrealizowania zamówienia za cenę ofertową DahliaMatic. Podał także, że wyjaśnienia wykonawcy DahliaMatic pozostają niejawnie dla Odwołującego, a zatem nie ma on możliwości bezpośredniego odniesienia się do nich. Niemniej bazując na powszechnej wiedzy rynkowej i doświadczeniu życiowym Odwołujący wskazuje na pewne związki i następstwa określonych zdarzeń, a następnie wyprowadza logiczne wnioski. Dalej podał, że (...) Zamawiający uznał, że cena oferty DahliaMatic jest rynkowa, realistyczna i gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odmówił natomiast tych przymiotów cenie Atos Polska Sp. z o.o., nominalnie o ponad 3 mln zł wyższej. Racjonalnie podchodząc do sprawy trudno zrozumieć takie rozstrzygnięcie. Formalnie jest to dopuszczalne, bo decyzję o odrzuceniu oferty determinuje jakość wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie wspomnianego przepisu. Tych Odwołujący nie miał okazji poznać, ale przyglądając się bliżej wykonawcy, którego uprzywilejowano (DahliaMatic) oraz temu, którego ofertę uznano za dumpingową (Atos Polska) nie sposób założyć, że ten pierwszy był w stanie wskazać na obiektywne i przekonujące czynniki świadczące o jego większej konkurencyjności w stosunku do innych wykonawców, a zwłaszcza w stosunku do Atos Polska, a to z następujących przyczyn". Ponadto (...) Nie jest tajemnicą, iż system Trezor był utrzymywany w okresie ostatnich kilku lat przez Buli Polska Sp. z o.o., należąca do grupy kapitałowej Atos. Powszechnie również wiadomo, że podwykonawcą Buli Polska Sp. z o.o. był DahliaMatic. Opis architektury tego systemu zawiera załącznik nr 1 do umowy, zaś szczegółowy zakres, zasady i parametry świadczenia usług jego utrzymania (w tym w ramach prawa opcji) przedstawiono w załączniku nr 2 do umowy. Lektury tych dokumentów nie pozostawiają wątpliwości, że mamy do czynienia ze skomplikowanym systemem i skonkretyzowanymi oczekiwaniami użytkownika, co do poziomu usługi świadczonej przez wykonawcę. W takich okolicznościach należy stwierdzić, że wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień ceny praktycznie nie mieli możliwości powoływania się na nowatorską metodę wykonania zamówienia - bo narzucił ją Zamawiający. Z podobnych przyczyn nie mogli szukać istotnych oszczędności poprzez stosowanie oryginalnych rozwiązań technicznych, czy zakładać uzyskiwanie funkcjonalności z użyciem tańszej technologii. Dla podstawowego obszaru obowiązków wykonawcy należy utrzymanie systemu ściśle wg instrukcji Zamawiającego. Ułatwienia mogą być wykorzystane tylko w ograniczonym zakresie. Jediną sprzyjającą i dostępną rzeczywiście dla wąskiego grona firm okolicznością, mogącą ewentualnie stanowić przewagę nad konkurentami, było doświadczenie w obsłudze Trezor -a. Zdobyte kompetencje i umiejętności w początkowym okresie „opieki” nad systemem, można byłoby bowiem spróbować przełożyć na mniejsze zaangażowanie osobowe, a w konsekwencji na niższe koszty. Przy czym tracą one na

znaczeniu w miarę upływu czasu, a praktycznie zupełnie nie wpływają na świadczone procesy informatyczne w zakresie opcjonalnych usług utrzymania. Innymi słowy wspomniana przewaga, dająca się odczuć w początkowej fazie przejmowania obsługi topnieje w kolejnych okresach wsparcia, a jej sumaryczne znaczenie jest trudno policzalne, ale nie może znacząco wpłynąć na koszty”. Dalej podał, że (...) 2.2. Patrząc na wynik Postępowania można stwierdzić, że Zamawiający raczej bagatelizował powyższą zależność skoro koszty wykwalifikowanego zespołu Atos Polska S.A. uznał za zbyt niskie. W związku z powyższym nasuwa się pytanie, co mogło go skłonić do stanowiska, że oferta DahliaMatic nie zawiera rażąco niskiej ceny. 2.3. Zakładając hipotetycznie, że DahliaMatic nie mógł powołać się na wiarygodne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne tylko dla niego (inne niż dotychczasowe doświadczenie, którego Zamawiający nie traktował, jako obiektywnej przewagi konkurencyjnej) należałoby przyjąć, że przedstawił Zamawiającemu jedynie kalkulację swojej ceny. Jeśli tak to musiała być ona dla Zamawiającego bardziej przekonująca od wyliczeń pozostałych oferentów”. Stwierdził także, że (...) 2.4. Postanowienia SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia pozwalają na wniosek, że kluczowym kosztem w projekcie jest zatrudnienie osób realizujących kontrakt. Wykonawcy mieli zadeklarować udział w realizacji zamówienia, co najmniej 11 osób o konkretnych kwalifikacjach, przy czym realna ich liczba była uzależniona od potrzeb rzeczywistych, ocenianych indywidualnie (w ocenie Odwołującego wydaje się mało prawdopodobne, aby 11 osób wystarczyło do sprawnej obsługi systemu). Pozostałe wydatki stanowiły niewielki odsetek kosztów i składały się na nie przede wszystkim organizacja narzędzi do obsługi zgłoszeń (Service Desk) oraz licencje na oprogramowanie wykorzystywane przy pracy zespołów zadaniowych (o ile nie były w posiadaniu wykonawców). W związku z powyższym, DahliaMatic w kalkulacji musiała skoncentrować się na ww. grupach kosztów. Tyle, że również Atos Polska zapewne w ten sposób objaśniał swoją cenę oferty. Przy czym w wypadku tego wykonawcy było to o tyle łatwiejsze, że mógł dokładnie rozpiścić koszty mając podgląd na dotychczasową organizację wsparcia. Dodatkowo mógł precyzyjnie oszacować narzuty na Service Desk, (który być może nawet już posiadał)”. Konkludując stwierdził, że (...) jeśli Atos Polska S.A. złożył wyjaśnienia oparte na kosztach osobowych, to nawet, jeśli Zamawiający uznał je za pobieżne („ogólnikowe”) to przy świadomości, że każdy wykonawca będzie musiał zabezpieczyć przede wszystkim wynagrodzenia kadr nie mógł racjonalnie przyjąć, że oferta przewidująca niższe koszty osobowe jest bardziej realna. Tym bardziej, że teoretycznie nakłady konieczne na infrastrukturę techniczną po stronie Atos Polska S.A. mogły być niższe, czy też mogły być w ogóle nie uwzględnione. Zatem jeśli nawet DahliaMatic dokładniej rozpiściła koszty pracy ludzi niż Atos Polska S.A., (który miał to zrobić w sposób „ogólnikowy”), to ostatecznie jej budżet na ten cel nie mógł być wyższy niż Atos Polska S.A. Dlatego Zamawiający, w okolicznościach niniejszego stanu faktycznego,

uwzględniając specyfikę zamawianych usług, stwierdziwszy, że oferta Atos Polska S.A. zawiera rażąco niską cenę nie mógł inaczej ocenić oferty DahliaMatic”. Podał również, że (...) Odwołujący nie zna wyjaśnień ceny żadnego z wykonawców, którzy byli do tego wezwani (tajemnica przedsiębiorstwa), dlatego siłą rzeczy swoją argumentację musi częściowo budować na podstawie przypuszczeń, oczekując ich weryfikacji przez Krajową Izbę Odwoławczą, mającą nieskrępowany dostęp do dokumentacji Postępowania. W tym kontekście Odwołujący wnosi o sprawdzenie, czy DahliaMatic składając wyjaśnienia przedstawiła dowody potwierdzające, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyjmując, że powinny dotyczyć przede wszystkim możliwości taniego zatrudniania pracowników, (których płace stanowią zdecydowaną większość kosztów wykonawcy) należy stwierdzić, że DahliaMatic (zresztą jak każdy inny wykonawca) miała je „pod ręką”. Tak więc nie mogła się zasłonić trudnościami natury technicznej, czy czasowej. Zarobki w sektorze informatycznym należą do jednych z najwyższych w gospodarce. Wynika to z dużego popytu na te profesje, determinowanego przez rosnące zapotrzebowanie na nowe technologie. Średnie pensje wielokrotnie przewyższają płacę minimalną, a uposażenie ludzi na kierowniczych stanowiskach nawet niższego szczebla wynosi nawet kilkanaście tysięcy złotych miesięcznie. Odwołujący w pkt Fel poniżej przedstawia wyliczenie kosztów oparte na raportach płacowych, natomiast w tym miejscu swoim argumentem chce uczynić fakt ewentualnego braku dowodów (argumentów) na możliwość zatrudniania przez DahliaMatic wykwalifikowanych specjalistów poniżej stawek rynkowych. Oczywiście w tym zakłada Odwołujący, że DahliaMatic nie mógł przyjąć takich stawek (rynkowych), bo wówczas jego oferta musiałaby być znacznie wyższa (por. kalkulacje w pkt c poniżej). Innymi słowy, jeśli nawet nie można a priori wykluczyć możliwości zaangażowania do projektu osób ze średnim wynagrodzeniem w wysokości np. 4000 zł (czyli znacznie powyżej płacy minimalnej i w okolicach przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw), to dla podmiotów zorientowanych w działalności branży informatycznej jest oczywiste, że ww. poziom jest nieosiągalny. W związku z tym, jeśli stawki przedstawione przez DahliaMatic choćby trochę odbiegały od rynkowych Zamawiający powinien oczekiwać dowodów ich dostępności dla DahliaMatic, a przy ich braku nie miał absolutnie żadnych podstaw do uznania wyjaśnień za wiarygodne. Wykazanie kosztów zatrudnienia wiąże się ze złożeniem banalnych dokumentów (umowy, rachunki, faktury), zatem jeśli DahliaMatic tego nie uczynił to powinno się to spotkać z krytyką Zamawiającego i konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty”. Przechodząc do omówienia minimalnych kosztów związanych z realizacją zamówienia zaznaczył, że (...) składają się na nie przede wszystkim wynagrodzenia osób. Oczywiście nie są to jedyne wydatki, lecz z całą pewnością tworzą grupę najbardziej uniwersalną, bo nikt nie mógł ich pominąć niezależnie od tego czy miał styczność z Trezorem, czy nie. Przeprowadzenie symulacji tych kosztów prowadzi natomiast do prostych



wniosków, że cena oferty DahliaMatic nie wystarcza na pokrycie nawet tego podstawowego obciążenia. W rezultacie inne koszty, niezależnie od ich wymiaru, które z całą pewnością też będą musiały być poniesione, tylko pogłębiają ujemny wynik (stratę)". (...) Zespół niezbędny do wykonania zamówienia powinien składać się z co najmniej 11 osób, które SIWZ wymagała do potwierdzenia potencjału kadrowego z podziałem na role w projekcie, również wynikające ze specyfikacji. Należy oczywiście mieć na uwadze, że to jest ilość absolutnie minimalna, prawdopodobieństwo, że jest to poziom wystarczający jest bardzo niewielkie nawet, jeśli przyjąć, że DahliaMatic ma już doświadczenia w utrzymaniu Trezor-a. Realnie zaangażowanie osobowe powinno w trakcie umowy wahać się pomiędzy 12-18 etatów, co daje średnią 15 etatów". (...) Koszty zatrudnienia poszczególnych specjalistów zaczynają się od ok. 3500 zł (dokumentalista, obsługa zgłoszeń) po kilkanaście tysięcy w przypadku kierownika projektu. Stosownie do potrzeb nie można wykluczyć przypadku, kiedy członek zespołu nie w pełnym wymiarze pracy będzie zaangażowany w przedmiotowe zadanie. Tak więc można przeprowadzić kalkulację opartą na statystycznej ilości pełnych etatów i pełnego średniego wynagrodzenia miesięcznego zespołu lub uwzględnić rzeczywistą ilość osób ale z uwzględnieniem częściowego zaangażowania w umowę i zestawić ją z kosztem płacy w części przypadającej na projekt. Dla przejrzystości Odwołujący przyjął ten pierwszy model z uwzględnieniem 11 pełnych etatów. Ich średni koszt to ok. 7500 zł plus narzuty na płacowe i poza płacowe koszty pracy wynoszące ok. 40%. Daje to miesięczne obciążenie na poziomie 115 500 zł, a w ciągu 6 lat 8 316 000 zł netto. Do tego trzeba dodać ryzyka, infrastrukturę, itp. Przy czym powyżej wskazano na absolutnie minimalne zaangażowanie osobowe (wynikające z SIWZ), które w rzeczywistości może być wyższe, na co rozsądnie należało przyjąć, co najmniej 1 mln zł dodatkowych kosztów w perspektywie 6 lat. W istocie budżet na płace powinien realnie wynosić ponad 9 mln zł, a na tyle opiewa cała oferta DahliaMatic". Zdaniem Odwołującego (...) przy uwzględnieniu zaangażowania minimalnej liczby osób (11) koszty z tym związane praktycznie wyczerpują kwotę oferty DahliaMatic. Nie jest wykluczone, że DahliaMatic płaci mniej pracownikom, jednakże jest to mało prawdopodobne (a przynajmniej różnica nie powinna być duża), gdyż koszty prowadzenia działalności w Warszawie są najwyższe w kraju". Podał także, że (...) Zamawiającemu nie powinny być obce powyższe stawki wynagrodzeń, dlatego powinien krytycznym okiem patrzeć na ceny za utrzymanie poniżej 15 mln zł. Wartość oscylująca wokół 17 mln. zł (notabene właściwa Odwołującemu) jest niewątpliwie rzeczywista i wiarygodna, bo nie pozostawia wątpliwości, że proponujący ją wykonawca realnie ocenia wydatki osobowe. Natomiast 11 mln zł jest rzędem wielkości z przeciwnego bieguna, skrajną, toteż powinien być poddany szczegółowej analizie, opartej na dowodach". Ponadto stwierdził, że (...) Zamawiający odrzucił ITC S.A. za przyjęcie, iż koszty usługi utrzymania będą pokrywane z przychodów opcjonalnych z tytułu świadczenia Rozszerzonej Usługi Utrzymania. Zamawiający nigdzie nie

zagwarantował wykonania prawa opcji, a w szczególnej sytuacji może z niego w ogóle nie skorzystać, co oznacza, że podstawowy i pewny zakres świadczenia wykonawcy może być sprowadzony wyłącznie do usługi utrzymania oraz asysty technicznej i konsultacji. W związku z powyższym Zamawiający nie aprobował możliwości przeniesienia kosztów utrzymania systemu Trezor do pozycji Rozszerzonej Usługi Utrzymania, tym samym oczekiwał, że wykonawcy dokonają niezależnej wyceny przede wszystkim usługi utrzymania. Zwłaszcza, że wynagrodzenie umowne za wykonanie Rozszerzonej Usługi Utrzymania będzie ostatecznie uzależnione od wynagrodzenia za realizację nowych funkcjonalności Systemu, a jego łączna maksymalna wartość została ustawiona na progu 80% sumy wartości utrzymania i asysty. W związku z tym DahliaMatic nie mógł zakładać pokrycia starty na usłudze utrzymania dodatkowym przychodem z tytułu wykonania prawa opcji". Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze wskazane okoliczności – zdaniem Odwołującego - Zamawiający (...) nie miał żadnych realnych podstaw do uznania, iż oferta DahliaMatic nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odstąpienie od tego obowiązku musiały wywołać względy pozaprawne. Być może intuicja Zamawiającego, zaufanie do kompetencji tego wykonawcy, którego miał okazję poznać przy dotychczasowej obsłudze systemu Trezor, czy inne jeszcze powody pozwalające zaryzykować, że pomimo niskiej ceny należycie zrealizuje zamówienie. Nie są to jednak powody uprawniające do uprzywilejowania wybranego wykonawcy, a ewidentnie z takim, lepszym traktowaniem DahliaMatic mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości wymagają, aby oceniać wykonawców i ich oferty według jednakowych kryteriów, bazując na dokumentach (zasada pisemności), a nie na zaufaniu, czy wierze. Oferta DahliaMatic zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, bo nie pokrywa podstawowych kosztów związanych z jego wykonaniem. Zarazem wytłumaczenie tak niskiej ceny nie mogło być obiektywne, wiarygodne i poparte dowodami, bo żaden wykonawca, operując realnymi wskaźnikami obowiązującymi w przedsiębiorstwie, nie ma możliwości uniknięcia straty przy takiej cenie, jaka jest udziałem DahliaMatic". W konkluzji stwierdził, że Zamawiający odstępując od odrzucenia tej oferty naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, a także art. 7 ust. 1 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego - wykonawca Comarch Polska S.A. z Krakowa wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie Zamawiającego – wykonawca Dahlia Matic sp.z o.o. z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 172/16

Odwołujący - Comarch Polska S.A. z Krakowa zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie udostępnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę: DahliaMatic Sp. z o.o., - wykaz wykonanych usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, wykaz osób oraz zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów i dokumenty dotyczące tych podmiotów], oraz Sputnik Software Sp. z o.o. - wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób, zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów oraz informacji z banku, dotyczącej zdolności finansowej;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp (względnie art. 90 ust. 3 pzp) z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy DahliaMatic oraz wykonawcy Sputnik, pomimo że te oferty zawierają rażąco niską cenę;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sputnik, pomimo iż złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności oceny ofert - w przypadku uwzględnienia przez Izbę któregokolwiek z podnoszonych zarzutów; (2) udostępnienia informacji zawartych w powołanych wyżej dokumentach, niezasadnie zastrzeżonych, jako tajemnica w ofercie wykonawcy DahliaMatic oraz wykonawcy Sputnik, wskazanych w uzasadnieniu odwołania; (3) odrzucenie oferty wykonawcy DahliaMatic oraz wykonawcy Sputnik na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp (względnie art. 90 ust. 3 pzp) z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę; (4) odrzucenie oferty wykonawcy Sputnik na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; (5) dokonania ponownej oceny ofert. Odwołujący podał, że ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu ważną ofertę i ma szansę na uzyskanie zamówienia. W wyniku wadliwych czynności może jednak ponieść szkodę, polegającą na nie uzyskaniu zamówienia. Zamawiający powinien odrzucić oferty wykonawców wskazanych w petitum odwołania, co winno spowodować wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp podał, że wykonawca DahliaMatic objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wykaz wykonanych usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, wykaz osób oraz zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów oraz dokumenty dotyczące tych podmiotów, a w ofercie wykonawcy Sputnik zastrzeżona została ponadto informacja z banku, dotycząca zdolności finansowej. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w

powołanych dokumentach nie powinno być przez Zamawiającego utrzymane, z pewnością nie ma podstawy do objęcia ochroną całości zastrzeżonych przez wykonawcę DahliaMatic i wykonawcę Sputnik dokumentów. W szczególności podał, że analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych przez DahliaMatic dokumentów nie wskazuje na to, że faktycznie istnieją podstawy do zastrzeżenia powołanych informacji w całości m.in. w odniesieniu do informacji dotyczących przedmiotu wykonanych zamówień, terminów ich wykonania, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień (w tej części, która określa, czy zamówienie zostało wykonane należyście), a także doświadczenia i kwalifikacji osób, które będą realizować zamówienia (bez ujawniania danych osobowych) oraz treść zobowiązań do udostępnienia zasobów (bez udostępniania informacji wskazujących na dane podmiotu udostępniającego zasoby). Odwołujący zgadza się z twierdzeniem, że niektóre informacje faktycznie mogą podlegać ochronie, jednak zastrzeżenie przez danego wykonawcę całego dokumentu zawierającego chronione informacje nie jest równoznaczne z uprawnieniem do respektowania takiego zastrzeżenia przez Zamawiającego w zakresie tych elementów, których udostępnienie nie będzie naruszać chronionych interesów wykonawcy, a jednocześnie pozwoli na prowadzenie postępowania z zachowaniem jawności i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO, i reasumując m.in. stwierdził, że (...) jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców." Wykonawca wniósł o udostępnienie wskazanych dokumentów z ofert wykonawców, a ponadto także o udostępnienie ewentualnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami w zakresie dotyczącym wyżej wskazanych elementów (w szczególności wezwań do wyjaśnień i uzupełnień oraz złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień i uzupełnień). Odwołujący podkreślił ponadto, że w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów opisanych w pkt. II i III niniejszego odwołania, a uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia w ofertach wykonawców DahliaMatic i Sputnik tajemnicy przedsiębiorstwa, dalej wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty niezależnie od

nakazania udostępnienia powołanych w niniejszym punkcie informacji. Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie przez Zamawiającego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty umożliwi bowiem Odwołującemu rzeczywiste wykorzystanie uprawnienia związanego z jawnością postępowania, o którego wykorzystanie zabiega podnosząc opisany zarzut. W przypadku braku unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący mógłby bowiem być pozbawiony możliwości podniesienia potencjalnych zarzutów wobec oferty wykonawcy DahliaMatic bądź Sputnik - nawet jeśli na podstawie informacji udostępnionych przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 pzp Odwołujący miałby podstawy na sformułowanie takich zarzutów i dowody na ich poparcie. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp podał, że wykonawca DahliaMatic zaoferował w niniejszym postępowaniu następującą cenę oferty: cena łączna oferty: 25.970.751,36 zł brutto, w tym: 1) usługa utrzymania - 11 328 595,20 zł brutto, 2) usługa asysty 900.000 jednostek - 3 099 600,00 zł brutto, 3) rozszerzone usługi utrzymania – 11. 542. 556,16 zł brutto. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (bez części zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji) kwotę 31.500.000,00 zł brutto, złożona oferta stanowi zaledwie 45,80% przewidywanego budżetu (cena ta jest niższa o 54,20% od wartości zamówienia). W ocenie Odwołującego cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Wskazując na poszczególne elementy wyceny Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wymagał od wykonawcy dysponowania zespołem minimum 11 specjalistów przez okres 72 miesięcy. Szczegółowa analiza treści SIWZ oraz określony w niej zakres zadań wskazuje na to, że do realizacji przedmiotu zamówienia potrzeba de facto większej liczby członków zespołu utrzymującego i należałoby przyjąć minimum 14 osobowy zespół, a także wyższą szacowaną pracochłonność na poziomie 22.176 roboczodni [MD] = 14 osób x 72 miesiące. Przeliczając ofertę DahliaMatic według przedstawianego założenia otrzymujemy wartość stawki MD na poziomie 510,85 zł brutto. Przyjęcie takich wartości wynagrodzenia pracowników nie daje gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie. Powyższe obliczenia stawki MD potwierdzają, że DahliaMatic Sp. z o.o. zaniżyła wartość oferowanych usług i zasługuje na zakwalifikowanie oferty do obarczonej rażąco niską ceną, co powinno skutkować jej odrzuceniem. W ramach oferty Zamawiający wymagał także podania całkowitej wartości budżetu przewidzianego na realizację 900.000 jednostek rozliczeniowych przewidzianych na realizację usług określonych w Załączniku nr 3 do Umowy - Usługa Asysty. Zamawiający określił w tym załączniku „cennik” usług przewidzianych do realizacji w ramach Usług Asysty. Przewidywane usługi mają określoną cenę wyrażoną w jednostkach rozliczeniowych. Wykonawca DahliaMatic zaoferował łączną kwotę 3.099.600,00 zł za 900.000 jednostek rozliczeniowych. Cena jednej jednostki

rozliczeniowej to 3,44 zł. Przy średniej liczbie 32,5 jednostek rozliczeniowych na roboczogodzinę wartość jednego MD to 895,44 zł brutto. Taka wartość MD daje pewną szansę na realizację usług Asysty Technicznej „wycenionych” jedynie dla pozycji, gdzie jednostką miary jest 1 roboczo godzina. Jednak dla pozycji gdzie jednostką rozliczeniową jest 1 dzień lub 1 szkolenie, przy zaoferowanej cenie 1 j.r. na poziomie 3,44 zł brutto, nie jest możliwe zrealizowanie przewidzianych usług. Jednym z przykładów jest pozycja 4 cennika - Warsztaty szkoleniowe certyfikowane przez producenta rozwiązania. Zamawiający „wycenił” realizację tej pozycji na 1686 jednostek rozliczeniowych, dla jednego dnia szkoleniowego, co przy zaoferowanej przez Wykonawcę DahliaMatic wartości jednostki na poziomie 3,44 zł daje wycenę tej pozycji na kwotę 5.799,84 zł. Tymczasem System Trezor w znacznej części oparty jest o rozwiązania firmy Oracle. W ramach pozycji 4 cennika Zamawiający może oczekiwać zatem realizacji szkolenia dla 12 osób z produktu R12.2 Oracle E-Business Suite Fundamentals Ed 1. Według oficjalnego cennika Oracle dostępnego na stronie [education.oracle.com](http://education.oracle.com) cena trzydniowego szkolenia dla jednej osoby to 5 370 zł czyli 64.440 zł za trzydniowe szkolenie dla grupy 12 osób. Podsumowując, wg cennika i zaoferowanej wartości jednostki rozliczeniowej Zamawiający zapłaci:  $5.799,84 \text{ zł} \times 3 \text{ dni} = 17.399,52 \text{ zł}$  za szkolenie, które wg cennika Oracle warte jest  $12 \text{ osób} \times 5370 \text{ zł} = 64.440$  Realizując jedynie to jedno zamówienie Wykonawca osiągnie stratę na poziomie  $17.399,52 \text{ zł} - 64.440 \text{ zł} = -47.040,48 \text{ zł}$ . Podobna sytuacja dotyczy innych pozycji cennika. Zaznaczył, że Odwołujący nie otrzymał dostępu do wyjaśnień DahliaMatic, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, lecz w ocenie Odwołującego nie istnieją w odniesieniu do wykonawcy DahliaMatic takie okoliczności, które uzasadniałyby oszacowanie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia na tak niskim poziomie. Dlatego też Odwołujący z ostrożności podnosi także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DahliaMatic, pomimo iż dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami powinna potwierdzać, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konkluzji Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty DahliaMatic Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp, względnie art. 90 ust 3 pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp wskazał, że „Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług zapewniających poprawne działanie Systemu Elektronicznej Obsługi Budżetu Państwa Trezor (Systemu) w zakresie: 1) usługi utrzymania; 2) usługi asysty technicznej i konsultacji; 3) usługi utrzymania nowych funkcjonalności Systemu, wytworzonych przez innego wykonawcę w ramach odrębnej umowy. Usługa ta - zwana Rozszerzoną Usługą Utrzymania - będzie realizowana w ramach opcji. Wykonawca zobowiązany był wskazać w ofercie cenę łączną za wykonanie przedmiotu zamówienia (zawierającą wszystkie wymienione wyżej elementy) oraz cenę za poszczególne elementy

wskazane w pkt 1-3. Spośród trzech wymienionych w pkt. 1-3 elementów tylko usługa utrzymania (pkt 1) jest elementem, który ma być przez wykonawcę wykonany na pewno i w całości (cena za wykonanie usługi utrzymania jest ryczałtowa). W odniesieniu do określonej w pkt. 2) usługi asysty technicznej i konsultacji Zamawiający określił sposób rozliczania na zasadzie kosztorysowej - zgodnie z postanowieniami paragrafu 4 wzoru umowy, Zamawiający może zlecać wykonawcy wykonanie prac objętych asystą, lecz nie jest zobowiązany do wykorzystania wszystkich jednostek rozliczeniowych w ramach świadczenia usługi asysty. W odniesieniu do usługi utrzymania nowych funkcjonalności - zgodnie z postanowieniami paragrafu 2 wzoru umowy, Wykonawca zobowiązany będzie do realizowania przedmiotu umowy w zakresie prawa opcji, to jest w przypadku, jeśli Zamawiający zdecyduje się na wykonanie tego uprawnienia. Ocenie w ramach kryteriów oceny ofert podlega cena łączna za wykonanie przedmiotu umowy, czyli cena za wszystkie wymienione powyżej w pkt. 1-3 elementy przedmiotu umowy. Jednocześnie, ponieważ tylko zakres usługi wskazanej w pkt. 1 jest dla wykonawców wynagrodzeniem „gwarantowanym”, szczególnie istotne z punktu widzenia uczciwej konkurencji jest prawidłowe, rzetelne określenie kosztów świadczenia tej usługi. Wykonawca Sputnik określił następujące ceny w formularzu ofertowym: cena łączna - 35 800 380,00 zł, w tym: 1. cena utrzymania - 17.430.000,00 zł, 2. cena 900.000 jednostek rozliczeniowych (asysta techniczna) - 2.546.100,00 zł, 3. cena utrzymania w ramach opcji -15.911.280,00 zł. Przyjęty przez Wykonawcę Sputnik podział kosztów oznacza, że koszty „niepewnego” elementu 2 (asysty w ramach 900.000 jednostek rozliczeniowych), stanowią jedynie 14% łącznej ceny oferty, podczas gdy pozostali wykonawcy, realnie szacując koszt świadczenia powołanych usług, określili ten koszt na poziomie od prawie 30% do prawie 50% (pomijając ofertę wykonawcy Sygnity, która jednak nie podlegała ocenie ze względu na wykluczenie wykonawcy z postępowania, a wobec której należałoby podnieść zarzut identyczny jak wobec wykonawcy Sputnik). Podniósł ponownie, że w ramach oferty Zamawiający wymagał także podania całkowitej wartości budżetu przewidzianego na realizację 900.000 jednostek rozliczeniowych przewidzianych na realizację usług określonych w Załączniku nr 3 do Umowy - Usługa Asysty. Zamawiający określił w tym załączniku „cennik” usług przewidzianych do realizacji w ramach Usług Asysty. Przewidywane usługi mają określoną cenę wyrażoną w jednostkach rozliczeniowych. Wykonawca Sputnik zaoferował łączną kwotę 2.546.100,00 zł za 900.000 jednostek rozliczeniowych. Cena jednej jednostki rozliczeniowej to 2,83 zł. Przy średniej liczbie 32,5 jednostek rozliczeniowych na roboczogodzinę wartość jednego MD to 735,54 zł brutto. Przy zaoferowanej cenie 1 j.r. na poziomie 2,83 zł brutto, nie jest możliwe zrealizowanie przewidzianych umową usług, gdzie jednostką rozliczeniową jest 1 dzień lub 1 szkolenie. Jednym z przykładów jest pozycja 4 cennika - Warsztaty szkoleniowe certyfikowane przez producenta rozwiązania. Zamawiający „wycenił” realizację tej pozycji na

1686 jednostek rozliczeniowych, dla jednego dnia szkoleniowego, co przy zaoferowanej wartości jednostki na poziomie 2,83 zł daje kwotę 4771,38 zł. Jak już wskazano wyżej, w ramach pozycji 4 cennika Zamawiający może oczekiwać realizacji szkolenia dla 12 osób z produktu R12.2 Oracle E- Business Suite Fundamentals Ed 1. (według oficjalnego cennika Oracle dostępnego na stronie education.oracle.com cena trzydniowego szkolenia dla jednej osoby to 5370 zł, czyli 64.440 zł za trzydniowe szkolenie dla grupy 12 osób), co oznacza, że według cennika i zaoferowanej przez Wykonawcę Sputnik wartości jednostki rozliczeniowej Zamawiający zapłaci:  $4771,38 \text{ zł} \times 3 \text{ dni} = 14.314,14 \text{ zł}$  za szkolenie, które według cennika Oracle warte jest  $12 \text{ osób} \times 5370 \text{ zł} = 64.440 \text{ zł}$ . Realizując jedynie to jedno zamówienie Wykonawca osiągnie stratę na poziomie  $17.399,52 \text{ zł} - 64.440 \text{ zł} = -50.125,86 \text{ zł}$ . Podobna sytuacja dotyczy innych pozycji cennika. Znaczące zaniżenie oferty w zakresie Usług Asysty wskazuje na to, że wykonawca „przerzucił” (ukrył) część kosztów realizacji Usług Asysty do Usług Utrzymania lub przyjął ryzyko, że w przypadku zamówienia przez Zamawiającego części lub całości Usług Asysty, straty spowodowane wykonaniem tych usług zostaną pokryte w ramach Usług Utrzymania. Prawdopodobnym może być także założenie, że Wykonawca dla osiągnięcia korzystniejszej ceny swojej oferty, nie uwzględnił wszystkich Usług Asysty, jakie Zamawiający będzie mógł zamówić w trakcie trwania umowy. W każdym jednak przypadku naraża Zamawiającego na potencjalny wybór oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W zakresie asysty cena usługi Wykonawcy Sputnik jest niższa aż o 3.713.616 zł brutto od oferty Odwołującego, 1.881.900 zł brutto niższa od oferty Atos). W tym kontekście określenie kosztów realizacji przedmiotu umowy w ofercie wykonawcy Sputnik należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, jest to bowiem działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które jednocześnie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że w wyniku wskazanego działania wykonawca utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku, ponieważ działanie to nakierowane jest na złożenie oferty najkorzystniejszej kosztem i uzyskanie zamówienia. Wskazał dodatkowo, że - jak wynika z informacji z dnia 29 stycznia 2016 r. - Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp ofertę wykonawcy ITC S.A., ponieważ „duża część podstawowych kosztów rozłożona została na całe zamówienie, a powinna zostać uwzględniona w całości w części podstawowej. Wysoce prawdopodobnym jest, że w przypadku braku realizacji lub niepełnej realizacji części zamówienia dotyczącej prawa opcji, koszty realizacji usługi utrzymania oraz asysty technicznej przewyższą cenę oferty.” Wykonawca ITG zaoferował za wykonanie elementu 2) - asysty - cenę 3.000.000 zł i, jak wynika z uzasadnienia odrzucenia tego wykonawcy, Zamawiający uznał tę cenę (i dokonany przez tego wykonawcę podział kosztów) za stwarzający ryzyko świadczenia usługi „gwarantowanej” poniżej kosztów. Wykonawca Sputnik zaoferował za wykonanie tego elementu cenę jeszcze niższą - 2 546



100,00 zł., natomiast wykonawca DahliaMatic - cenę niewiele wyższą - 3 099 600,00 zł. W ocenie Odwołującego świadczyć to może o istnieniu podstaw do odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny również ofert wykonawców Sputnik i DahliaMatic. Z pewnością zaś istnieją podstawy do stwierdzenia, że „przeniesienie” kosztów do części „niegwarantowanej” jest czynem nieuczciwej konkurencji. Powołując się na orzecznictwo KIO podał, że „Przy takim założeniu wykonawcy i przy przyjętych warunkach oceny ofert i płatności wynagrodzenia za realizację umowy w postanowieniach SIWZ (odrębnie płatne usługi utrzymania - miesięcznym ryczałtem i usługi rozwoju odrębnie płatne w oparciu o odrębne zlecenia i wycenę ad hoc na podstawie ceny ofertowej za 1 Punkt Funkcyjny) ewidentnie wykonawca ten ustawił się w pozycji korzystniejszej wobec innych wykonawców, niemniej nieuczciwej wobec nich poprzez podanie ceny z najniższą wymiarną jednostką pieniężną w kraju za 1 Punkt Funkcyjny (1 grosz). (...) wycena tego elementu przedmiotu zamówienia dla celów porównania i oceny ofert w postępowaniu, a także zasad wypłaty wynagrodzenia umownego powinna być realna. Za taką realną wycenę z pewnością nie może być uznana sytuacja, w której cena 1 Punktu Funkcyjnego kształtuje się na poziomie 0,01 gr. Odwołujący zatem powinien także w oparciu o postanowienia SIWZ dokonać wyceny tego elementu oferty, wydzielając i szacując realnie wartość usług rozwoju (...)”.

Zamawiający, w przypadku tego odwołania, w pisemnej odpowiedzi, wniósł o jego oddalenie podnosząc, że jego zdaniem, wskazane w odwołaniu dokumenty - wykaz usług i wykaz osób oraz zobowiązania podmiotów do udostępnienia zasobów, a także informacja banku – zostały prawidłowo zastrzeżone w ofercie Sputnik Software Sp. z o.o. oraz DahliaMatic, a zatem Zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zakresie jawności postępowania, gdyż dołożył należytej staranności przy weryfikacji wyjaśnień wszystkich podmiotów uzasadniających utajnienie określonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jego zdaniem, ten zarzut nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym oraz, że Odwołujący nie wykazał, do czego był zobowiązany, na podstawie art. 6 kc. w związku z art.14 Pzp, nieprawidłowości działania, a przedstawione przez Odwołującego argumenty odwołują się jedynie do jego przekonań. Dalej podał, że (...) Odwołujący wskazuje na okoliczności potwierdzające jego tezy, jednak te nie znajdują oparcia w faktach lub pomijają fakty niezgodne ze stawianymi тезami. W akapicie 3 odwołania, w zakresie dotyczącym przedmiotowego zarzutu, Wykonawca stawia tezę, że jedynie usługa utrzymania jest gwarantowana, Teza ta nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym, bowiem gdyby tak było usługa asysty technicznej i konsultacji stanowiłaby prawo opcji. Zamawiający nie gwarantuje wykonania limitu 900 000 jednostek rozliczeniowych, co nie oznacza, że nie zleci wykonania tej usługi wykonawcy, któremu udzieli zamówienia w przedmiotowym

postępowaniu. Jednak dane historyczne wskazują na znaczne wykorzystanie usługi asysty technicznej i konsultacji, co wynika z realizacji dwóch uprzednich umów: C/710/10/BP/J/1024 z dnia 27 grudnia 2010r. i C/2S0/14/BP/B/490 z dnia 8 lipca 2014r obejmujących swoim zakresem usługi dotyczące systemu Trezor, w których usługa asysty technicznej została wykonana prawie w całości. Ponadto Odwołujący zakłada całkowitą i absolutną rozdzielną usług utrzymania i asysty. Założenie to nie znajduje jednak oparcia ani w postanowieniach SIWZ ani w specyfice realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawców wynikającej z przedmiotu zamówienia i Wzoru umowy. Przedmiotem zamówienia zgodnie z postanowieniami ROZDZIAŁU I ust. 1 SIWZ jest świadczenie trzech usług; 1. usługi utrzymania - stanowiącej pewny dla wykonawcy element zamówienia - Wynagrodzenie wykonawcy płacone będzie, co 3 miesiące przez cały okres wykonywania przedmiotu umowy; 2. usługi asysty technicznej i konsultacji - ograniczona jest limitem 900 000 jednostek rozliczeniowych, a Zamawiający nie jest zobowiązany do wykorzystania pełnego limitu. Sposób wyliczenia wartości jednostek rozliczeniowych został narzucony przez Zamawiającego w Rozdziale V ust. 3 SIWZ w związku z postanowienia z Załącznika nr 3 do Wzoru Umowy.; 3. nieistotnej dla tego zarzutu - usługi utrzymania nowych funkcjonalności systemu - stanowiącej prawo opcji - ta część zamówienia jest zupełnie niepewna, a jej wartość została wymuszona przez Zamawiającego postanowieniami Rozdziału V ust, 4 SIWZ jako iloczynu 0,8 i wartości sumy ceny usługi utrzymania i ceny maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie usługi asysty technicznej i konsultacji. Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania usługi utrzymania ciągle przez okres sześciu lat i być gotowym do wykonania usługi asysty technicznej i konsultacji na żądanie Zamawiającego w całym tym okresie. § 4 Wzoru umowy określa procedurę uzgadniania zakresu wykonania asysty technicznej i konsultacji, która ogranicza możliwości wykonawców pozyskiwania zasobów ad hoc do wykonania usługi asysty technicznej i konsultacji. Ponadto wykonawcy zobowiązani są do wykonania przedmiotu zamówienia przez osoby wskazane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z porównania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdziale VII ust.4 pkt 1 SIWZ z treścią Załącznika nr 3 do Wzoru umowy określającego zakres przedmiotowy usługi asysty technicznej i konsultacji wynika, że jedynie usługa wymieniona w pozycji 4 tabeli „Warsztaty szkoleniowe certyfikowane przez producenta rozwiązania" nie wymaga żadnego zaangażowania osób wskazywanych przez Wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem kompetencje tych osób zostały narzucone warunkami udziału w postępowaniu i pokrywają się z kompetencjami niezbędnymi do wykonania usługi asysty technicznej i konsultacji. Wobec powyższego, aby wykonywanie umowy było możliwe, konieczne jest zapewnienie ciągłej dostępności osób wskazanych do realizacji zamówienia niezależnie od stopnia ich wykorzystania przy realizacji usługi asysty technicznej i

konsultacji. Zatem wykonanie usługi utrzymania i usługi asysty technicznej i konsultacji są ze sobą powiązane zarówno osobowo jak i merytorycznie, a koszty utrzymania zespołu dzielą się między tymi usługami. Potwierdzenie tej tezy znajduje również oparcie w opinii biegłego wykonanej na zlecenie Zamawiającego (strona 13 akapit 1). W konsekwencji stan faktyczny jest radykalnie odmienny od sugerowanego przez Odwołującego. Powyższe obiektywnie uzasadnia możliwość przenoszenia przez wykonawców ryzyka niewykonania przez Zamawiającego limitu 900 000 jednostek rozliczeniowych do usługi utrzymania. Skoro, 1) Zamawiający narzucił wykonawcom sposób obliczenia ceny usługi asysty technicznej i konsultacji i 2) pozostawił wykonawcom niepewność, co do stopnia realizacji usługi asysty technicznej i konsultacji oraz 3) ze specyfiki przedmiotu zamówienia wynika powiązanie merytoryczne i osobowe obu usług, to nie można czynić żadnemu wykonawcy zarzutu, iż ten zminimalizował swoje ryzyko w zakresie zamówienia niepewnego w sytuacji, gdy faktycznie zobowiązany był ponieść koszty utrzymania osób niezbędnych do realizacji niepewnej części zamówienia". Zwrócił również uwagę, że Odwołujący przedstawia statystyki uprawdopodobniające jego tezy przedstawiając procentowy udział ceny usługi asysty technicznej i konsultacji w odniesieniu do cen ofert, co (...) nie oddaje jednak właściwego obrazu sytuacji. Bowiem w wartościach bezwzględnych wyrażonych w złotych ceny usługi asysty technicznej i (ATiK) kształtowały się w następujący sposób: Trzech wykonawców złożyło oferty o bardzo podobnej cenie usługi ATiK. Oferta Odwołującego natomiast w najwyższym stopniu odbiega od średniej ceny usługi ATiK. Powyższe może wskazywać na odmienne zrozumienie postanowień SIWZ przez Odwołującego". Odnośnie braku możliwości wykonania usługi asysty technicznej i konsultacji za cenę z pozycji 4 stwierdził, że (...) Odwołujący argumentując powyższe pomija fakt, że jest to jedyna pozycja wymuszająca wykorzystanie w całości podmiotu trzeciego. Odwołujący ignoruje wyjątkowość tej pozycji i próbuje rozszerzyć wnioski na pozostałe pozycje wskazane w Załączniku nr 3 do Wzoru umowy. Odwołujący wskazuje na potencjalną stratę Sputnik Software pomijając fakt, iż Odwołującego oferta, w tym zakresie również jest poniżej poniesionych przez niego kosztów. Zaoferowana przez Odwołującego cena ATiK wynosi 6 813 216,00 zł. Podzielona przez liczbę jednostek rozliczeniowych (900 000) daje cenę jednostki o wartości 7,57 zł. Zatem cena trzydniowego szkolenia podnoszonego przez Odwołującego kalkulowana dla jego oferty przedstawia się następująco: 3 (liczba dni) x 1686 (liczba jednostek rozliczeniowych za dzień szkolenia) x 7,57 zł (oferowana przez odwołującego cena jednostki rozliczeniowej) - 38 289,06 zł. Podana przez Odwołującego cena katalogowa szkolenia wynosi 64 400 zł. Uwzględniając powyższe Odwołujący ponosi stratę w wysokości 26.150, 94 zł. Zatem stan taktyczny ofert Odwołującego i Sputnik Software niczym się nie różni. Realizacja każdej z tych dwóch ofert w zakresie tego fragmentu przedmiotu zamówienia może przynieść stratę. Zatem zarzut uderza również w ofertę Odwołującego. Na marginesie

postulowana w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 22 lutego 2016r. wartość 4,61 zł za jednostkę rozliczeniową jest obarczona taką samą wadą, czyniąc cały wywód Odwołującego niezrozumiałym. Wielkość wyżej wskazanej straty będzie jednak marginalna dla samego zamówienia, bowiem ww. szkolenia są tą częścią realizacji umowy asysty technicznej, która będzie bardzo rzadko występowała, Zlecenie wykonania tego szkolenia stanie się celowe dopiero przy zmianie wersji oprogramowania wykorzystywanego przez system Trezor. Do zmian takich dochodzi rzadko - raz na kilka lat i jest uzależnione od producenta oprogramowania. Nadto nowe wersje oprogramowania nie są instalowane natychmiast do środowisk tak krytycznych systemów jak Trezor, gdyż podnosiłyby ryzyko wystąpienia błędów. Ponadto szkoleniem takim objęta będzie znacznie ograniczona liczba pracowników Zamawiającego - liczba osób nie przekroczy 12. Zamawiający ocenia wykorzystanie usługi na poziomie trzech trzydniowych szkoleń dla 12 osób, co stanowi 1,7 % ogółu jednostek rozliczeniowych. Zatem wykonie tej usługi będzie marginalne dla wartości całej usługi asysty technicznej i konsultacji". Podkreślił, że (...) zobligował wykonawców do wyznaczenia wartości jednostki rozliczeniowej przedstawiając liczbę jednostek i usługi, które będą wykonywane. Oczywiście jest zatem konieczność uśrednienia wartości poszczególnych usług, a w konsekwencji wyceny niektórych poniżej ich wartości. Dla omawianej usługi szkolenia wszystkie oferty mają zaniżoną wartość powodującą stratę, Ponadto odwołujący w odwołaniu nie wykazał żadnej czynności wykonawcy Sputnik Software sprzecznej z prawem lub dobrymi obyczajami, która naruszyłaby interes Odwołującego". Podniósł także, że „W kryterium ceny porównywana jest cena oferty. Nie jest badana samodzielnie cena usługi asysty technicznej i konsultacji czy cena utrzymania. Niezależnie od tego jak Wykonawca Sputnik Software skalkulowałby ceny poszczególnych usług pozostawiając cenę oferty niezmienną nie wpłynęłoby to ani na liczbę przyznanych mu punktów, ani na liczbę punktów przyznanych Odwołującemu, ani na ranking wykonawców ogółem. Ponadto mechanizm określony w § 4 ust. 2d Wzoru Umowy dotyczy wszystkich wykonawców i przedstawiona w piśmie procesowym Odwołującego z 22 lutego 2016 r. argumentacja dotyczy wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego, co zostało wykazane na przykładzie podniesionym przez samego Odwołującego a dotyczącego szkoleń Oracle. Co istotne postanowienia § 4 zostały zmodyfikowane w wyniku: 1) odwołania KIO 1649/15, w którym Comarch przystąpił po stronie ówczesnego odwołującego Asseco, 2) pytań zadanych m. in. przez Comarch. Upřednie postanowienia § 4 ograniczały ryzyko Zamawiającego, jednak utrudniały również złożenie ofert. Obecne postanowienia zwiększają niepewność Zamawiającego niwelując ograniczenia wykonawców. Jednak samo ryzyko i sama treść postanowień Wzoru umowy, ukształtowana m.in. na wniosek Odwołującego, oraz stawianie hipotez przez Odwołującego, co do przyszłego przebiegu realizacji umowy nie są wystarczające do uznania, że złożenie oferty przez Sputnik Software stanowiło czyn

nieuczciwej konkurencji. Argumentacja odwołania jest oparta jedynie na przekonaniach. Ponadto Odwołujący w swoich wywodach pisząc o najniższej lub najwyższej cenie odnosi się do ceny gwarantowanej usługi utrzymania, co nie ma umocowania w postanowieniach SIWZ, a w szczególności dotyczących ceny oferty (Rozdział V ust.1 SIWZ) i kryteriów oceny ofert (Rozdział XV SIWZ). Cena oferty Sputnik Software jest niższa niż cena Odwołującego, a ceny usługi utrzymania i asysty technicznej i konsultacji pozostają bez wpływu na ten fakt". Reasumując stwierdził, że (...) Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wykazał, że złożenie oferty przez Sputnik Software stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Tezy postawione przez Odwołującego nie zostały przez niego uprawdopodobnione, a przedstawiona analiza jest wybiórcza i pomija fakty istotne dla sprawy, lecz niepasujące do stawianych przez Odwołującego tez. Ponadto gdyby uznać argumentację Odwołującego, Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert i uwzględniając postanowienia art. 7 ust. 1 Pzp zobowiązany byłby odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1pkt 3 Pzp również ofertę Odwołującego, gdyż wszystkie podniesione przez Odwołującego argumenty mają zastosowanie również do jego oferty".

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Sputnik Software sp. z o.o. z Warszawy oraz DahliaMatic z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, uwzględniając art. 189 ust.2 ustawy Pzp, brak podstaw odrzucenia w stosunku do każdego z odwołań. Stwierdziła również, że wnoszący odwołanie wykonawcy posiadają – także wykonawcy DahliaMatic w sprawie o sygn. akt: KIO 162/16 (o czym dalej) - wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp legitymację do ich wniesienia i z tego też względu postanowiła - z wyłączeniem naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp podnoszonego w odwołaniu o sygn. akt: KIO 167/16 (o czym dalej) - o merytorycznym rozpoznaniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Rozpoznając zarzuty z odwołań, Izba miała na uwadze poczynione przez wykonawców na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, co powodowało, że Izba z uwagi na potrzebę ochrony tych informacji – niekwestionowanych przez innych uczestników tego postępowania zobowiązana była – przedstawić argumentację w sposób ogólny, nie ujawniając treści zastrzeżonych informacji.

Sygn. akt KIO 162/16

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut braku legitymacji wykonawcy DahliaMatic sp. z o.o. z Warszawy [wykonawca DahliaMatic lub Odwołujący] wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła, że wykonawca ten wykazał przesłanki wymagane wskazanym art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Oferta Odwołującego, co prawda została uznana za najkorzystniejszą, jednakże zarzuty i wnioski kierowane w stosunku do oferty wykonawcy ITC S.A. z Warszawy [Uczestnik postępowania lub wykonawca ITC], która została odrzucona mogą na dalszym etapie postępowania wpłynąć, na sytuację Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ITC wniósł bowiem odwołanie [sygn. akt: KIO 164/16] wobec odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp stwierdzając, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uwzględnienie zatem zarzutów z odwołania wykonawcy ITC może spowodować, że ten wykonawca zostanie przywrócony do postępowania, a to z kolei zagraża interesowi Odwołującego w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a zatem skutkuje również możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego. Tym samym stan faktyczny sprawy, dla oceny przesłanek uprawniających wykonawcę do wniesienia odwołania, uzasadnia powoływanie się przez Odwołującego na możliwość poniesienia przez Odwołującego w przyszłości ewentualnej szkody, wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Z uwagi na obowiązującą w postępowaniu odwoławczym zasadę koncentracji wnoszenia środków odwoławczych - odwołań - zaniechanie kwestionowania wszystkich podstaw nie odrzucenia oferty konkurencyjnej powoduje, że wykonawca taki na późniejszym etapie postępowania, w związku z art. 182 ust.3 ustawy Pzp, nie mógłby skutecznie powoływać się na okoliczności, co do której posiadał wiedzę już na wcześniejszym etapie - pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty - gdyż zarzuty w tym zakresie uznane byłyby za spóźnione w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ITC nie prowadziły do zmiany treści złożonej przez niego oferty oraz nie stanowiły negocjacji treści tej oferty. W stanie faktycznym sprawy można mówić raczej o ewentualnym skorzystaniu przez Zamawiającego ze „wskazówek” zawartych w wyjaśnieniach, co nie może być kwalifikowane, jako niezgodne z przepisami Pzp. Ponadto na gruncie niniejszej sprawy, ewentualne poprawienie omyłki pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, albowiem oferta wykonawcy ITC w dalszym ciągu przedstawiałaby najniższą cenę, a w rankingu ofert – w przypadku gdyby nie została odrzucona na podstawie przesłanki z art. 89

ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp - uzyskałaby najwyższą liczbę punktów z uwzględnieniem drugiego z kryteriów. Izba stwierdza również, że wykonawca ITC w ofercie wskazał zarówno cenę netto jak i brutto, a zatem Zamawiający dysponował danymi niezbędnymi do jej poprawienia. Także nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 6 Pzp, albowiem podnoszone okoliczności nie pozwalają uznać, że w spornym zakresie treść oferty wykonawcy ITC jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem zawiera niemożliwą do poprawienia omyłkę oraz, że zawiera błąd w obliczeniu ceny. Przedmiotowy zarzut nie znajduje uzasadnienia tak faktycznego jak i prawnego. W toku rozprawy bezspornie ustalono, że wskazywana przez Odwołującego niezgodność ze specyfikacją, może być zakwalifikowana – jak wskazała Izba – nie, jako błąd w obliczeniu ceny, ale jako inna omyłką, w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, której poprawienie nie powoduje zmiany treści oferty. Powyższe związane było ze sposobem wypełnienia formularza oferty, będącego wynikiem jego modyfikacji przez wykonawcę. Polegało bowiem na wpisaniu w formularzu ofertowym przy zapytaniu o powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego odpowiedzi „TAK” w miejsce „NIE”, co wynikało z faktu, że w kolumnie trzeciej Formularza oferty, który stanowił załącznik A do siwz, wykonawca podał standardowo - wartość netto oferowanej ceny. Poza sporem pozostaje fakt, że usługa, której dotyczy zamówienie nie jest obciążona odwróconym podatkiem VAT. Izba stwierdza również, że omyłkowe, a nawet niewłaściwe, wypełnienie przez wykonawcę pozycji formularza ofertowego związane z wykonaniem ciężącego na wykonawcy obowiązku informacyjnego w stosunku do zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego (art. 91 ust. 3a Pzp) nie jest obwarowane sankcją odrzucenia oferty. Tak jak podnosił wykonawca ITC, powyższe zostało potwierdzone na etapie prac legislacyjnych nad ustawą o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 9 kwietnia 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 605) na mocy, której do art. 91 dodano ust. 3a, co wynika z Raportu z konsultacji projektu z dnia 7 listopada 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych [wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych zgłosił uwagi do art. 3 ustawy zmieniającej wskazując: „UZP proponuje w art. 3 ust. 1 projektu ustawy zrezygnować z sankcji przewidzianej w tym przepisie dotyczącej odrzucenia oferty w przypadku nie przedstawienia informacji odnośnie powstania obowiązku podatkowego zamawiającego w wyznaczonym terminie”]. Izba stwierdza również, że w tym stanie faktycznym, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut błędu w obliczeniu ceny, albowiem nie można uznać, że sposób wypełnienia pozycji Formularza w zakresie ceny, po jego modyfikacji przez wykonawcę ITC, w związku ze wskazywanymi powyżej okolicznościami, można porównywać z sytuacją zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT do obliczenia ceny oferty.

W konkluzji Izba stwierdza, że brak jest podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 87 ust.1 ustawy Pzp oraz zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ITC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp i z tego też względu odwołanie podlega oddaleniu.

Sygn. akt: KIO 164/16

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zamawiający informując o odrzuceniu oferty wykonawcy ITC Spółka Akcyjna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stwierdził, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz podał, że „Wykonawca, w udzielonych na żądanie Zamawiającego wyjaśnieniach, nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca popełnił błąd, obliczając cenę dla całego zamówienia zakładając, że część dotycząca opcji zostanie zrealizowana w całości. Duża część podstawowych kosztów „rozłożona” została na całe zamówienie, a powinna zostać uwzględniona w całości w części podstawowej. Wysoce prawdopodobnym jest, że w przypadku braku realizacji lub niepełnej realizacji części zamówienia dotyczącej prawa opcji, koszty realizacji usługi utrzymania oraz asysty technicznej przewyższą cenę oferty. Zachodzi zatem obawa, że jakość świadczonych usług nie będzie spełniała wymagań Zamawiającego, co może spowodować poważne skutki finansowe ze względu na krytyczność procesów realizowanych z wykorzystaniem świadczonych usług”.

Zdaniem Izby, odnosząc się do okoliczności wskazanych w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający nie udowodnił w toku rozprawy, że dokonał oceny oferty wykonawcy ITC, w zakresie oferowanej ceny, z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy z dnia 7 stycznia 2016 r. W każdym razie, w żaden sposób się nie odniósł się do tych wyjaśnień w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty, jak również na rozprawie. W ocenie Izby, wykonawca ITC, w wyjaśnieniach z dnia 7 stycznia 2016 r. przedstawił szczegółowe rozbitcie kosztów pomiędzy zamówieniem podstawowym a zamówieniem opcjonalnym, wskazując m.in. na stronach 5 i 6 kalkulacji także wysokość zysku w zależności od tego, czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji czy też nie. Izba zgodziła się z Odwołującym, że wnioski przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający mógł oprzeć na Ekspertyzie z dnia 21 grudnia 2015 r. sporządzonej przez P.H. na zlecenie Zamawiającego [umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym, a Polskim Towarzystwem Informatycznym], która to Ekspertyza była oparta tylko na wyjaśnieniach wykonawcy udzielonych w piśmie z dnia 26 października 2015 r. Nie została ona, co prawda wprost przywołana w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jednakże analiza i



porównanie przedstawionych w niej wniosków z uzasadnieniem faktycznym odrzucenia, wskazuje, że mogła ona stanowić podstawę podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że nie zlecał sporządzenia ekspertyzy uzupełniającej, czy dodatkowej opinii w związku z wyjaśnieniami przedstawionymi przez Odwołującego po sporządzeniu Ekspertyzy. Izba podziela pogląd Odwołującego, że uzyskanie Ekspertyzy nie zwalniało Zamawiającego z przeprowadzenia rzetelnej i całościowej oceny jego wyjaśnień oraz, że tego typu opinia może być pomocna przy podejmowaniu decyzji, nie może jednak „zastępować” Zamawiającego w ocenie ofert, zwłaszcza, gdy tak jak w tym przypadku, decyzja oparta została tylko na części argumentacji i dowodów przedstawionych przez Odwołującego. Izba ponadto zwraca uwagę, że autor Ekspertyzy w istotnych elementach pozytywnie ocenił założenia kalkulacyjne, chociażby, co do przyjętej średnią stawkę pensji dla konsultanta [kluczowego elementu kalkulacyjnego] na poziomie (.....) zł przy średniej dla województwa mazowieckiego wg badania Sedlak & Sedlak, stawki 7 800 zł, stwierdzając, że ten element kalkulacyjny nie daje podstawy do uznania ceny za rażąco niską. Także w ocenie Eksperta, Odwołujący prawidłowo naliczył podatki i daniny obciążające pensję konsultanta oraz pozostałe narzuty, budżet ryzyka oraz marżę, które są ponoszone przez pracodawcę. Co do wysokości niektórych narzutów – kosztów „wirtualnego biura”, który to sposób prowadzenia działalności, niosący określone ryzyka dla należytego wykonania – Ekspert ocenił tylko, jako dyskusyjne. Wnioski końcowe i negatywną ocenę Ekspert oparł na niewłaściwej – jego zdaniem - liczbie konsultantów przewidzianych przez Odwołującego do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. W ocenie autora Ekspertyzy oznacza to, że Odwołujący błędnie założył, iż prawo opcji zostanie wykorzystane w pełni - powyższe założenie jest niezgodne z SIWZ. Takie stanowisko zostało powtórzone w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, w którym podano „Wykonawca popełnił błąd, obliczając cenę dla całego zamówienia zakładając, że część dotycząca opcji zostanie zrealizowana w całości. Duża część podstawowych kosztów „rozłożona” została na całe zamówienie, a powinna zostać uwzględniona w całości w części podstawowej. Wysoce prawdopodobnym jest, że w przypadku braku realizacji lub niepełnej realizacji części zamówienia dotyczącej oprawa opcji, koszty realizacji usługi utrzymania oraz asysty technicznej przewyższą cenę oferty.” Izba zwraca uwagę, że Odwołujący na wezwanie z dnia 30 grudnia 2015 r., w odpowiedzi na pytanie nr 1 oświadczył, że kalkulując cenę oferty przeanalizował różne warianty w zakresie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji oraz, że składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny postanowił posłużyć się wariantem, w którym założono, że opcjonalna część zamówienia zostanie w pełni wykorzystana przez Zamawiającego. Za posłużeniem się tym wariantem, zdaniem Odwołującego przemawiał fakt, że opcja wyznacza maksymalny

dostępny Zamawiającemu w ramach umowy zakres świadczenia Wykonawcy, czyli górny zakres zamówienia, do wykonania, którego będzie zobowiązany Wykonawca (odpowiedź na pytanie nr 1, str. 2 odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 grudnia 2015 r.). Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 2 - potwierdził, że nawet w przypadku, gdy Zamawiający nie będzie korzystał z opcjonalnej części zamówienia, oferta została skalkulowana w sposób zapewniający wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji oraz uwzględniający osiągnięcie przez wykonawcę godziwego zysku. Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący przedstawił kalkulację ceny oferty w dwóch wariantach, zarówno w wariantcie, w którym Zamawiający skorzysta z prawa opcji w pełnym zakresie jak i w wariantcie, w którym Zamawiający w ogóle nie będzie korzystał z opcjonalnej części zamówienia. Zdaniem Izby, przedstawiony przez wykonawcę szczegółowy kosztorys wykonania usługi - wersja rozszerzona - dowodzi, że zarówno cena zaoferowana za realizację zakresu podstawowego zamówienia, jak i cena zaoferowana za realizację opcjonalnej części zamówienia pokrywa koszty wykonania usługi oraz uwzględnia zysk. W rozszerzonej wersji szczegółowego kosztorysu, Odwołujący uwzględnił takie same czynniki kosztowe, jak w przypadku kosztorysu przedstawionego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 20 października 2015 r., a przyjęty przez wykonawcę poziom kosztów osób oddelegowanych do świadczenia usługi, jak i pozostałych kosztów (podatki i daniny obciążające wynagrodzenie konsultanta oraz pozostałe narzuty, budżet ryzyka oraz marża) zostały w Ekspertyzie uznane za prawidłowe. Zatem te okoliczności nie wskazują, że cena zaoferowana przez Odwołującego za realizację podstawowego zakresu zamówienia ma charakter rażąco niskiej. Izba stwierdza także, że Ekspertyza w odniesieniu do zamówienia podstawowego odnosi się do liczby konsultantów innej – większej - niż założonej przez wykonawcę, i stąd przyjęcie, że w świetle złożonych wyjaśnień [wyjaśnienia z dnia 22.10.2015 r.] wartość za realizację tej części zamówienia jest rażąco niska [„w zakresie wykorzystywanych zasobów i stosowanych stawek.”]. Wskazana okoliczność, zdaniem Izby, znacząco wpływa na ogólne koszty świadczenia usług objętych podstawowym zakresem zamówienia. Izba zwraca także uwagę na zdania odrębne zgłoszone przez członków komisji przetargowej, w których m.in. wskazano, że (...) ITC S.A. wykazało zysk/rentowność w każdym nawet najbardziej niekorzystnym wariantcie (...) oraz, że kwota (...) z tytułu przeniesienia praw autorskich praw majątkowych uwzględniona w wariantach 2, 3 i 4 kalkulacji zysku ITC S.A. nie podważa uzyskania zysku” oraz, że (...) prawo opcji dotyczy utrzymania nieznanymi ani wykonawcy ani zamawiającemu zmian w systemie (...), która to okoliczność (...) może uzasadniać rozbieżność w podziale kosztów między częścią podstawową, a częścią opcjonalną”. Izba zwraca uwagę, że to zróżnicowanie w podziale kosztów nie miało wpływu na obliczoną cenę za przedmiot zamówienia objęty prawem opcji z użyciem wymaganego przez zamawiającego w rozdziale V.4 wzoru matematycznego, zgodnie z którym wartość za ten

zakres stanowi 80 % sumy wartości cen za Usługę Utrzymania i Usługę Asysty. Należy podkreślić, że Zamawiający poprzestał jedynie na ogólnikowym wskazaniu, że „duża część podstawowych kosztów „rozłożona” została na całe zamówienie, a powinna zostać uwzględniona w całości w części podstawowej”. Zamawiający nie wskazał jednak, jakie to koszty i w jakiej wielkości nie zostały uwzględnione w części podstawowej. Szczegółowa analiza całości złożonych wyjaśnień, w tym wyjaśnień z dnia 7 stycznia 2016 r., wskazuje, że wykonawca przyjął odpowiednią liczbę specjalistów dedykowanych do wykonania zamówienia, z założeniem zwiększenia tej liczby na potrzeby zamówienia opcjonalnego. Dla wszystkich tych pracowników wykonawca podał wynagrodzenie w stawkach, które nie sposób uznać za odbiegające od realiów rynkowych, bynajmniej oceny takiej nie można wywieść z dotychczasowego uzasadnienia decyzji Zamawiającego. Zasób osobowy stanowi w tym postępowaniu kluczowy element kosztotwórczy. Kolejne elementy kalkulacji zawarte w wyjaśnieniach także nie jawią się, jako zaniżone – bynajmniej Zamawiający nie wykazał tej okoliczności, zarówno w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy, jak również na etapie rozprawy. Zamawiający nie dał więc Izbie rzeczowych argumentów i podstaw do podzielenia stanowiska, że podstawowe koszty, w oparciu o realne stawki i założenia adekwatne do zamówienia, nie zostały faktycznie przypisane do części podstawowej. Zamawiający stawiając tezę, że „duża część podstawowych kosztów powinna zostać uwzględniona w całości w części podstawowej” powinien szczegółowo przedstawić, jakiego rodzaju kosztów stwierdzenie to dotyczy, tak by można było również ocenić, czy faktycznie jest to „duża część”. W tym zakresie Zamawiający nie przedstawił rzeczowej argumentacji, a zatem rozstrzygając sprawę Izba mogła kierować się w głównej mierze treścią uzasadnienia, które Zamawiający wskazał przy odrzuceniu oferty Odwołującego. W zasadzie zakres tego uzasadnienia wyznaczył zakres oceny czynności Zamawiającego. Izba nie wyklucza, przy ponownej ocenie oferty w zakresie oferowanej ceny, możliwości dojścia do wniosku o rażącym zaniżeniu ceny, niemniej jednak na obecnym etapie uzasadnienie, które podał Zamawiający i okoliczności, do których się odwołał, nie dają żadnych podstaw do uznania, że cena oferty wykonawcy jest rzeczywiście ceną rażąco niską. Warto przy tym wskazać, że w tym postępowaniu, przy regule wprowadzonej przez Zamawiającego, w sytuacji gdy wykonawca dokonał realnej wyceny części podstawowej, to cena skalkulowana dla tej części determinowała poziom ceny za część opcjonalną. Wykonawca został postawiony przed obowiązkiem wpisania kwoty stanowiącej równowartość 80%. To Zamawiający wprowadził tę sztywną proporcję. Innymi słowy, jeżeli wykonawca rzetelnie skalkulował części podstawowe to cena za część opcjonalną – niezależnie od tego, co w cenie tej mogłoby się znaleźć – musiała wynieść dokładnie 80%. Kluczowa dla oceny oferty wykonawcy powinno więc być analiza wyceny dla części podstawowej (cena za część opcjonalną jest bowiem jedynie pochodną, ustaloną według sztywnej reguły 80%). Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w

uzasadnieniu odrzucenia oferty nie podał, że część gwarantowana została rażąco zaniżona, ani nie wskazał, które ewentualnie z elementów i kosztów wchodzących w tą część podstawową, nie zostały do niej przypisane i miały zostać „rozłożone” na całe zamówienie. Trudno także uznać za rzeczowe uzasadnienie zajętego stanowiska, co do rażąco niskiej ceny oferty, przyjęcie pewnego hipotetycznego założenia kwalifikowanego „wysokim prawdopodobieństwem”.

W świetle przedstawionej argumentacji, w ocenie Izby, brak było podstaw tak faktycznych jak i prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 167/16

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DahliaMatic z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, Izba stwierdza, że w uzasadnieniu tego zarzutu, Odwołujący Software Sputnik powołał się na argumentację, odnoszącą się do podstaw odrzucenia oferty ITC S.A. i Atos Polska S.A., wskazując, że w przypadku oferty Atos Polska „Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Atos Polska S.A. „są ogólnikowe a przedstawione wyliczenia nie potwierdzają, że cena zaproponowana w ofercie nie stanowi rażąco niskiej”. Natomiast ITC S.A. miał popełnić błąd „obliczając cenę dla całego zamówienia zakładając, że część dotycząca opcji zostanie zrealizowana w całości”. W rezultacie Zamawiający odrzucił ofertę z najniższą ceną (ITC S.A.) oraz ofertę z trzecią ceną (Atos Polska S.A.), a dokonał wyboru oferty z drugą ceną (DahliaMatic). Zdaniem Odwołującego, uwzględniając specyfikę zamawianych usług, Zamawiający uznając, że oferta Atos Polska zawiera rażąco niską cenę nie mógł inaczej ocenić oferty DahliaMatic. Bezsporne zatem jest, że decyzja o odrzuceniu oferty Atos Polska S.A. podjęta została przez Zamawiającego z uwagi na stwierdzenie, że wyjaśnienia – co podniósł w odwołaniu wykonawca – są ogólnikowe, a przedstawione wyliczenia nie potwierdzają, że cena zaproponowana w ofercie nie stanowi rażąco niskiej. Tej decyzji wykonawca Atos Polska nie zaskarżył. Tym samym argumentacja Odwołującego, odnosząca się do podstaw odrzucenia wskazanego wykonawcy na poparcie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DahliaMatic z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp nie może stanowić dowodu w tej sprawie, albowiem wybór oferty tego wykonawcy został poprzedzony przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej dla ustalenia, czy oferowana cena jest ceną rynkową, gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, które to wyjaśnienia nie zostały przez Zamawiającego podważone. Przede wszystkim Zamawiający nie uznał, że te wyjaśnienia są ogólnikowe. Zważywszy, że wyjaśnienia uzyskane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zostały – podobnie jak w przypadku wyjaśnień innych wykonawców – zastrzeżone przez DahliaMatic, jako tajemnica

przedsiębiorstwa, stanowisko Izby w przedmiocie oceny tych wyjaśnień może być podane z uwzględnieniem tego zastrzeżenia. Zdaniem Izby, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca DahliaMatic, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, wskazując na obiektywne czynniki, pozwalające wykonawcy na skalkulowanie ceny na oferowanym poziomie. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że Odwołujący argumentację rażąco niskiej ceny odnosi do postanowienia z rozdziału VII.4 specyfikacji stwierdzając, że zadeklarowanie udziału w realizacji zamówienia tylko 11 osób o konkretnych kwalifikacjach, wydaje się mało prawdopodobne, aby 11 osób wystarczyło do sprawnej obsługi systemu. Jego zdaniem, realne zaangażowanie osobowe powinno w trakcie umowy wahać się pomiędzy 12-18 etatów, co daje średnią 15 etatów. Izba zauważa, że to postanowienie specyfikacji nie było przez Odwołującego uprzednio kwestionowane. Odwołujący wskazał także, że zarobki w sektorze informatycznym należą do jednych z najwyższych w gospodarce i średnie pensje wielokrotnie przewyższają płacę minimalną, a uposażenie ludzi na kierowniczych stanowiskach nawet niższego szczebla wynosi nawet kilkanaście tysięcy złotych miesięcznie, podkreślając brak możliwości zatrudniania przez DahliaMatic wykwalifikowanych specjalistów poniżej stawek rynkowych. Uznał, że przyjęcie stawek rynkowych przez DahliaMatic powodowałoby, że cena musiałaby być znacznie wyższa. Jego zdaniem, jeżeli stawki przedstawione przez DahliaMatic choćby trochę odbiegały od rynkowych, Zamawiający powinien oczekiwać dowodów ich dostępności dla DahliaMatic, a przy ich braku nie miał absolutnie żadnych podstaw do uznania wyjaśnień za wiarygodne. Za wynagrodzenie rynkowe Odwołujący uznał kwotę ok. 7.500 zł plus narzuty na płacowe i poza płacowe koszty pracy wynoszące ok. 40%. W dalszej argumentacji wykonawca wskazał, że Zamawiający odrzucił ITC S.A. za przyjęcie, iż koszty usługi utrzymania będą pokrywane z przychodów opcjonalnych z tytułu świadczenia Rozszerzonej Usługi Utrzymania w sytuacji, gdy nie zagwarantował wykonania prawa opcji, i z tego powodu nie aprobował możliwości przeniesienia kosztów utrzymania systemu Trezor do pozycji Rozszerzonej Usługi Utrzymania oczekując, że wykonawcy dokonają niezależnej wyceny przede wszystkim usługi utrzymania. Izba stwierdza, że z dokumentacji sprawy, w tym wyjaśnień DahliaMatic oraz Ekspertyzy biegłego P.H. [wskazanej w sprawie o sygn. akt: KIO 164/16] – wynika, że wykonawca ten kalkulując cenę przyjął liczbę etatów nie naruszając wymagań specyfikacji, a przyjęty poziom wynagrodzenia także nie narusza reguł rynkowych, na które w odwołaniu wskazuje Odwołujący.

W konkluzji, mając na uwadze argumentację Odwołującego, Izba stwierdza, że ustalenia nie potwierdziły podnoszonego w odwołaniu zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z oraz naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i tym samym także w związku z tymi zarzutami podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO 172/16

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie udostępnienia: Wykazu wykonanych usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, wykazu osób oraz zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia zasobów oraz dokumentów dotyczących tych podmiotów z oferty wykonawcę DahliaMatic Sp. z o.o., oraz Wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykazu osób, zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia zasobów oraz informacji z banku, dotyczącej zdolności finansowej z oferty Sputnik Software Sp. z o.o. zastrzeżonych informacji niezasadnie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa został pozostawiony przez Izbę bez rozpoznania w związku z art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany art. 189 ust.2 ustawy Pzp zdanie pierwsze stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi m.in., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą [ust. 2 pkt 3]. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania. Powyższa przesłanka ma także odpowiednio zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, i w takim przypadku zarzut taki - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Powyższe, w niniejszej sprawie, ma odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust.1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zarzut ten – zdaniem Izby - podniesiony został po upływie terminu określonego przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, takich jak niezasadne zaniechanie udostępnienia/odtajnienia, czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ustawa - Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności, mającej na celu zweryfikowanie skuteczności takiego zastrzeżenia. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko

zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź - alternatywnie - o ile jest to uzasadnione okolicznościami faktycznymi - w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert] w pełnym zakresie – również w tym zastrzeżonym. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, chociażby w dniu 5 października 2015 r., albowiem w tym dniu, z upływem terminu wyznaczonego na otwarcie i złożenie ofert [zgodnie z siwz termin otwarcia ofert godz.12:30], mogli zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców i w ten sposób zweryfikować poprawność informacji zastrzeżonych przez wykonawców, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz poprawność czynności Zamawiającego związanych z oceną tych informacji. Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się również od daty, od której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności – było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko od daty jej podjęcia przez wykonawcę, tak jak w tym stanie faktycznym, po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty. Wnoszący odwołanie wykonawca nie udowodnił, że po dniu 5 października 2015 r. zaistniały nowe okoliczności, uprawniające go do skutecznego wniesienia odwołania w zakresie tego zarzutu, a wskazywana korespondencja z dnia 22.10.2015 r. dotyczyła tylko przedłożenia, w miejsce kopii, oryginału dokumentu, zastrzeżonego w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, a z ostrożności również zarzutu naruszenia art. 90 ust.3 tej ustawy, względem oferty DahlaMatic oraz Sputnik Software, Izba stwierdza, że Odwołujący ten zarzut w istocie odniósł do ceny za usługę podstawową gwarantowaną - Usługi Utrzymania oraz Usługi Asysty i Konsultacji oferowanej przez wykonawcę DahlaMatic. Odnosnie ceny usługi podstawowej stwierdził, że co prawda Zamawiający wymagał od wykonawcy dysponowania zespołem minimum 11 specjalistów przez okres 72 miesięcy, jednakże szczegółowa analiza treści SIWZ oraz określony w niej zakres zadań wskazuje, że do realizacji przedmiotu zamówienia potrzeba de facto większej liczby członków zespołu utrzymującego i należałoby przyjąć minimum 14 osobowy zespół, a także wyższą szacowaną pracochłonność na poziomie 22 176 roboczodni [MD) = 14 osób x 72 miesiące. Jego zdaniem, wartość stawki MD na poziomie 510,85 zł brutto uzyskane po przeliczeniu ceny z oferty DahliaMatic według przedstawianego założenia nie daje gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie, a to z kolei wskazuje, że ten wykonawca zaniżył wartość oferowanych usług, co kwalifikuje ofertę, jako obarczoną ceną rażąco niską, co powinno skutkować jej odrzuceniem. Odnosnie Usługi Asysty stwierdził, że oferowana przez wykonawcę DahliaMatic łączna kwota 3.099.600,00 zł

za 900.000 jednostek rozliczeniowych, [cena jednej jednostki rozliczeniowej 3,44 zł a wartość jednego MD 895,44 zł brutto, przy średniej liczbie 32,5 jednostek rozliczeniowych na roboczogodzinę wartość] nie pozwala na zrealizowanie przewidzianych usług objętych Usługą Asysty w ramach załącznika nr 3. To twierdzenie odniósł do pozycji 4 cennika - Warsztaty szkoleniowe certyfikowane przez producenta rozwiązania, wskazując, że Zamawiający „wycenił” realizację tej pozycji na 1686 jednostek rozliczeniowych, dla jednego dnia szkoleniowego, co przy zaoferowanej przez wykonawcę DahliaMatic wartości jednostki na poziomie 3,44 zł daje wycenę tej pozycji na kwotę 5.799,84 zł. Wskazał, że System Trezor w znacznej części oparty jest o rozwiązania firmy Oracle i według oficjalnego cennika Oracle cena trzydniowego szkolenia dla grupy 12 wynosi 64.440 zł.

Uznając, że wskazany zarzut – także naruszenia art. 90 ust.3 Pzp - nie zasługuje na uwzględnienie Izba – tak jak w odwołaniu sygn. akt. KIO 167/16 - zwraca uwagę, że postanowienie specyfikacji, co do wymaganej liczby 11 specjalistów, nie było przez Odwołującego uprzednio kwestionowane. Argumentowanie zatem zarzutu rażąco niskiej ceny w powołaniu na kalkulację wynagrodzenia w odniesieniu do liczby 14 specjalistów nie może stanowić obiektywnego dowodu w sprawie. Odnośnie ceny Usługi Asysty, Izba stwierdza, że zarzut ten wykonawca odniósł tylko do jednej z wielu pozycji objętej tą usługą – pozycji 4, albowiem stwierdzając w odwołaniu, że „Podobna sytuacja dotyczy innych pozycji cennika”, nie wymienił tych pozycji. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że także Odwołujący dla pozycji 4 nie uwzględnił w jego ofercie wskazywanej w odwołaniu kwoty 64.440 zł. Izba podzieliła ponadto, stanowisko zamawiającego, że Odwołujący powołując się na rynkową cenę pozycji 4 pomija fakt, że jest to jedyna pozycja, której realizacja będzie następowała z wykorzystaniem podmiotu trzeciego, a także fakt, że ta usługa będzie zlecana tylko wówczas, gdy nastąpi zmiana wersji oprogramowania Trezor, do których to zmian dochodzi rzadko – raz na kilka lat. Izba zauważa również, że dla tej usługi Zamawiający nie wymagał, aby o szkolenie było realizowane bezpośrednio przez producenta rozwiązania. W konkluzji Izba stwierdza, że w okolicznościach tej sprawy argumentacja Odwołującego na poparcie podnoszonego do oferty DahliaMatic zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 oraz 90 ust.3 ustawy Pzp nie pozwoliła uznać tych zarzutów za zasadne. Przedstawiona przez wykonawcę argumentacja związana jest przede wszystkim z założoną przez wykonawcę liczbę konsultantów oraz zakresem realizowanej w przyszłości Usługi Asysty które to założenia nie znajdują potwierdzenia w postanowieniach specyfikacji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp skierowany do oferty wykonawcy Sputnik Software sp. z o.o. także nie podlega uwzględnieniu. Odwołujący zarzut ten oparł również na kwestionowaniu ceny za Usługę Asysty i Konsultacji, podnosząc, że przyjęty przez wykonawcę Sputnik podział kosztów oznacza, że koszty „niepewnego” elementu drugiego (asysty w ramach 900 000 jednostek rozliczeniowych), stanowią jedynie 14% łącznej ceny



oferty, podczas gdy pozostali wykonawcy, realnie szacując koszt świadczenia powołanych usług, określili ten koszt na poziomie od prawie 30% do prawie 50%. W tym przypadku także wskazał na cennik usług przewidzianych do realizacji w ramach Usług Asysty oraz, że cena jednej jednostki rozliczeniowej to 2,83 zł, [co wynika z przeliczenia oferowanej przez wykonawcę Sputnik dla tej Usługi ceny w łącznej kwocie 2.546.100,00 zł oraz określonych w specyfikacji 900.000 jednostek rozliczeniowych]. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie przewidzianych umową usług, gdzie jednostką rozliczeniową jest 1 dzień lub 1 szkolenie i w tym przypadku także wskazał na jedną z pozycji, pozycję 4 cennika - Warsztaty szkoleniowe certyfikowane przez producenta rozwiązania, wskazując również na kwotę 64.440 zł (za trzydniowe szkolenie dla grupy 12 osób) według cennika producenta Oracle. Powyższe ma świadczyć o znaczącym zaniżeniu ceny oferty przez Sputnik Software zakresie Usług Asysty oraz, że wykonawca „przerzucił” (ukrył) część kosztów realizacji Usług Asysty i Konsultacji do Usług Utrzymania lub przyjął ryzyko, że w przypadku zamówienia części lub całości Usług Asysty, straty spowodowane wykonaniem tych usług zostaną pokryte w ramach Usług Utrzymania. Prawdopodobnym może być także założenie, że Wykonawca dla osiągnięcia korzystniejszej ceny oferty, nie uwzględnił wszystkich Usług Asysty, jakie Zamawiający będzie mógł zamówić w trakcie trwania umowy. Izba zauważa, że argumentacja w zakresie tego zarzutu jest w istocie analogiczna jak w przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp skierowanego do oferty DahliaMatic także, dotyczącego ceny Usługi Asysty i Konsultacji. Dlatego też Izba podtrzymuje wyrażone powyżej stanowisko. Zwraca ponadto uwagę, że w tej części odwołania, wskazując na ceny oferowane dla tej usługi przez wykonawcę Sputnik w kwocie 2. 546.100,00 zł, a wykonawcę DahliaMatic - niewiele wyższą – w kwocie 3. 099. 600,00 zł Odwołujący stwierdził, że może to świadczyć dodatkowo o istnieniu podstaw do odrzucenia tych ofert z powodu rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w kryterium ceny porównywana jest łączna cena oferty, a nie odrębnie – samodzielnie - cena usługi Asysty, w oderwaniu od ceny gwarantowanej usługi utrzymania i ceny opcji. Tym samym podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem postawiona w odwołaniu teza, że złożenie oferty przez Sputnik Software stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji nie została przez Odwołującego uprawdopodobniona, a przedstawiona przez wykonawcę argumentacja związana jest z założonymi przez wykonawcę oczekiwaniami, które nie znajdują również potwierdzenia w postanowieniach specyfikacji i w stanie faktycznym sprawy.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji, wydając na podstawie 192 ust.8 ustawy Pzp wyrok łączny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1i ust. 3 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....