

WYROK

z dnia 21 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Irmina Wiktoria Pawlik
Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 roku przez Odwołującego: **Bezpieczne.it Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy w Warszawie**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Bezpieczne.it Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektor Pracy w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi utrzymania i rozwoju Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów Państwowej Inspekcji Pracy”, numer sprawy: GIP-GOZ.213.86.2019, (zwane dalej postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 093-225097. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 30 grudnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Bezpieczne. It Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego a tym samym unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów prawa.

Wadliwym czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasady udzielania zamówień publicznych w tym w szczególności w związku z dokonaniem zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu czynności, a także w związku z zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta jest ofertą zgodną z przepisami prawa;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie z postępowania oferty Odwołującego w sytuacji, gdy złożona oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności art. 3 ust. 1 uznk;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie w cenie wskazanej w ofercie;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z bezzasadnym twierdzeniem, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- 5) w konsekwencji bezzasadności czynności odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o wszystkie ww. podstawy prawne naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z unieważnieniem postępowania;

- ewentualnie:

- 6) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień o ile faktycznie treść oferty mogła budzić wątpliwości,
- 7) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, pomimo że ustawa nie ogranicza wzywania jedynie do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawcy,
- 8) naruszenie 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie Zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 9) art. 92 ust. 1 pkt 2 - przez brak podania pełnego uzasadnienia faktycznego przyczyn odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2-4 ustawy Pzp oraz unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp,
 3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważniania postępowania,
 4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego i wyboru oferty wykonawcy Bezpieczne.it jako najkorzystniejszej,
- ewentualnie wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do treści oferty lub w zakresie ceny oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wniosł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz, według norm przepisanych

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wnoszeniu niniejszego odwołania, bowiem jest jedynym podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu. Oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami prawa i wymogami określonymi w SIWZ zarówno co do zakresu oferty, treści oferty, prawidłowości kalkulacji ceny oferty oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym uwzględnienie odwołania skutkować winno wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Podkreślić również należy, że brak jest spełnienia się przesłanki, że wystąpiła jakkolwiek istotna zmiana okoliczności, która mogłaby prowadzić do wniosku, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Tym samym brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów i wniosków, Odwołujący przedstawił następującą argumentację. Oferta Odwołującego nie zawiera zaniżonej ceny, tak więc w kontekście złożenia oferty przez Odwołującego nie można mówić o jakimkolwiek czynnie nieuczciwej konkurencji odnoszącym się do zniżenia ceny. Wszystkie składniki ceny Odwołującego zostały ustalone na poziomie

realnym i rynkowym - szerszą argumentację w tym zakresie Odwołujący przedstawił już w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz rozwija ją w odniesieniu do zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i wnosi o uznanie tej argumentacji za immanentną część niniejszego zarzutu i odwołania. Tym bardziej, że argumentacja dotycząca wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący pragnie wskazać co faktycznie leży u podstaw działania Zamawiającego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający szacując zamówienie, wzywając do złożenia wyjaśnień jak i oceniając złożone wyjaśnienia stoi na stanowisku, że jedynym prawidłowym sposobem przedstawienia ceny ofertowej w tym postępowaniu jest zasada rozliczenia umowy w układzie abonamentowym tzn. dokładnie tak jak to uczynił wykonawca Netia w ofercie z dnia 23 stycznia 2019 r., która stanowiła podstawę szacowania.

Jednakże w żadnym miejscu SIWZ nie ma informacji o jakichkolwiek ograniczeniach [w dokonywaniu płatności w określonych terminach, o obowiązku równego podziału kwoty na cały okres realizacji zamówienia za udzielenie licencji lub o rozliczeniu abonamentowym przedmiotu zamówienia itp.

Wykonawca Netia zamierzał brać udział w postępowaniu. Zadawał pytania i składał odwołanie. Informował Zamawiającego o posiadaniu przez swojego podwykonawcę (wcześniej konsorcjanta), firmę Timsi praw autorskich do systemu, tym samym chcąc wymusić na Zamawiającym ograniczenie konkurencji. Jednakże ostatecznie oferty nie złożył. Zamawiający jednak jako podstawę do oszacowania wartości zamówienia przyjął ofertę Netii, mimo, że kwota ta (kwota z rozeznania rynkowego) była zawyżona już w samej ofercie Netia o co najmniej 1,33 miliona złotych. Następnie z przyczyn znanych jedynie Zamawiającemu została podniesiona z kwoty 4 milionów do kwoty 5,7 milionów zł. W związku z czym istotnym dla rozstrzygnięcia w tej sprawie jest okoliczność, że szacunkowa wartość zamówienia bazowała wyłącznie na wycenie wykonawcy Netia.

Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania stwierdza, że jego intencją było przyjęcie zasady rozliczeń wg zasady „abonamentowej” zgodnie z ofertą Netia czyli założył, że koszty procesu udzielenia licencji są splateane w abonamencie świadczonych usług. Jednakże tylko Netia i Zamawiający znali sposób rozbitcia kosztów przyjęty przez Zamawiającego tzn. w pierwszym roku 609 981,15 zł w drugim roku 1 219 962,29 zł w trzecim roku 1 219 962,29 zł i w kolejnym roku 609 981,15 zł.

Nikt inny poza tymi podmiotami nie miał takiej wiedzy, a więc „domyślenie się” i przyjęcie takiej organizacji pracy i takiego rozliczenia kosztów przez jakiegokolwiek innego wykonawcę, który nie był związany z Zamawiającym i wykonawcą Netia było nieprawdopodobne. W konsekwencji jak wynika z dokonanych czynności to właśnie ta okoliczność stała się przyczyną do poszukiwania podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Co istotne w analogicznym postępowaniu z 2014 roku Zamawiający nie stosował metody abonamentowej. Ostatecznie w niniejszym postępowaniu ofertę złożył jedynie Odwołujący bezpieczne.it, który

„nie wpisał się” w propozycję abonamentową znaną Zamawiającemu i wykonawcy Netia, a tym samym Zamawiający postanowił odrzucić tę ofertę i unieważnić postępowanie.

Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, kilkakrotnie podkreśla, że Odwołujący dokonał kalkulacji ceny oferty, niezgodnie z wymogami określonymi w SIWZ — nigdzie jednak tych postanowień nie przytacza, bowiem takich postanowień jakie próbuje narzucić Zamawiający na etapie odrzucenia i unieważnienia SIWZ nie zawiera.

W żadnym miejscu SIWZ, czy jakiegokolwiek dokumentu udostępnionego wykonawcom, nie wskazano, żadnych ograniczeń w sposobie finansowania przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie zastrzegł, że posiada określone kwoty na poszczególne lata i w takim zakresie zobowiązuje wykonawców do dokonywania kalkulacji (a określanie możliwości finansowania zamówienia w określonych terminach jest powszechne i nie budzi żadnych wątpliwości w prowadzonych postępowaniach), nie stosował również pojęcia rozliczenia abonamentowego.

W związku z czym nie ulega wątpliwości, że Zamawiający posiada stosowne środki finansowe, bowiem cena oferty Odwołującego jest niższa o ponad 1,7 mln. zł. w stosunku do kwoty jaką Zamawiający posiada na sfinansowanie tego zamówienia.

Podkreślić również należy, że działania Zamawiającego od dnia złożenia ofert, kiedy to okazało się, że ofertę złożył podmiot, którego Zamawiający się nie spodziewał, nakierowane były na unieważnienie postępowania. W pismach kierowanych do Ministra Finansów i Kancelarii Premiera, Zamawiający sugerował, że unieważni postępowanie i uruchomi drugie w nowym roku w nieco innym zakresie. W ostateczności Zamawiający podjął nieformalną decyzję o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty wykonawcy na długo przed wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Z notatek Zamawiającego wynika, że rozważał różne sposoby unieważnienia postępowania. Ostatecznie zdecydował się na unieważnienie postępowania poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy bezpieczne.it. Zamawiający odrzucił ofertę bezpieczne.it ze względu na: rażąco niską cenę, niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ i czyn nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu Zamawiający podniósł 85 rzekomych nieprawidłowości w ofercie Wykonawcy. Zestawienie jest przygotowane przez Zamawiającego w wielu pozycjach chaotycznie i nieczytelnie. Część podnoszonych zarzutów wielokrotnie się powiela i jest elementem różnych spekulacji, a czasami nawet wzajemnie się wyklucza i stanowi nadinterpretację okoliczności faktycznych.

Dla przejrzystości niniejszego odwołania Odwołujący zebrał 85 zarzutów do 5 części.

1. Rzekome rzetelne oszacowanie wartości zamówienia uprawniające Zamawiającego do porównywania ceny oferty z ceną rynkową (pkt. 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 37 zawiadomienia o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania).
2. Zarzut zbyt małej ilości roboczogodzin skalkulowanych do realizacji usługi utrzymania środowisk SEOD i SST (pkt. 23, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 46 zawiadomienia o odrzuceniu

i unieważnieniu postępowania).

3. Zarzut rażąco zaniżonych wg. Zamawiającego stawek godzinowych (pkt. 26, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 48, 52, 53 zawiadomienia o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania).
4. Zarzut niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami SIWZ (pkt. 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70 zawiadomienia o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania).
5. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji (pkt. 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 zawiadomienia o odrzuceniu i unieważnieniu postępowania).

Rzekomo rzetelne oszacowanie wartości zamówienia uprawniające Zamawiającego do porównywania ceny oferty Odwołującego z ceną rynkową (pkt. 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 37).

Zamawiający w informacji o odrzuceniu podnosi, że w sposób nieuprawniony, lub w sposób spóźniony (brak odwołania na wezwanie o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) Odwołujący odnosi się do sposobu szacowania wartości zamówienia. Podkreśla, że to właśnie szacunkowa wartość zamówienia jest punktem odniesienia i badania ceny oferty Odwołującego, a ponadto sposób oszacowania ma istotny wpływ na ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, kalkulacji, a także jest podstawą do unieważnienia postępowania.

Tak więc Odwołujący nie kwestionuje szacowania wartości zamówienia, a przedstawia argumentację mającą pokazać, że prawidłowy i zgodny z zasadami tego postępowania jest własny sposób kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego, tym bardziej, że SIWZ nie narzuca żadnych zasad przedstawienia ceny oferty poza formularzem ofertowym.

Odwołujący podnosi w złożonych wyjaśnieniach, że szacowanie ceny nie uwzględnia sytuacji, w której usługi będzie świadczył inny podmiot niż ten, który dotychczas ją świadczył.

Zamawiający szacował zamówienie na podstawie oferty wykonawcy Netia z dnia 23 stycznia 2019 r. Z dokumentacji i notatek Zamawiającego wynika, że nie poczynił on żadnych innych ustaleń, ani w zakresie ceny całkowitej, ani w zakresie cen składowych i sposobu organizacji pracy charakterystycznej dla wykonawcy przejmującego realizację usługi.

Zamawiający operował na oderwanych od rynkowych cenach, stąd też Odwołujący uznał, że wzywianie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie jest uzasadnione. Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca Netia składając ofertę działał w przekonaniu, że będzie realizował zamówienie w układzie tzw. vendor locking tzn. w układzie bez konkurencji rynkowej. Zamawiający uwzględnił podczas szacowania czterech innych wykonawców, którzy są w stanie realizować zamówienie jednak nie odpytał żadnego z nich o wycenę zamówienia lub jego elementów składowych, ani nie uzyskał od nich wyceny. Dodatkowo należy wskazać, że nawet oferta wykonawcy Netia, która miała posłużyć za wycenę zamówienia, w żaden sposób nawet nie zbliża się do podanej przez Zamawiającego ceny 5,7mln zł brutto. Oszacowana przez Zamawiającego kwota nie wynika z żadnych zestawień czy jakichkolwiek

wyliczeń arytmetycznych, nie ma odzwierciedlenia w realiach rynkowych, nie uwzględnia zapisów umownych występujących w tym postępowaniu. Tak więc Odwołujący z pełną świadomością w złożonych wyjaśnieniach wskazywał, że kwota ta jest przeszacowana. A mając na uwadze, fakt że rozbieżność pomiędzy szacunkiem a ceną oferty nie wynosi nawet 30% argument ten ma istotne znaczenie.

Zarzut zbyt małej ilości roboczogodzin skalkulowanych do realizacji usługi utrzymania środowisk SEOD i SST (pkt.: 23. 24. 25. 26. 27. 31.32. 33. 46).

Zamawiający zarzucił Wykonawcy, że ten skalkulował zbyt małą ilość roboczogodzin do realizacji usługi utrzymania środowisk SEOD i SST. Wskazać należy, że planowany nakład pracy ma znaczenie w wycenie usługi. Tym niemniej Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy nie podał jaka wg niego liczba roboczogodzin byłaby odpowiednia, nie odniósł się także, jaka to miałyby być ilość w modelu tradycyjnym organizacji pracy, (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*, który zastosował Odwołujący.

Wg. Odwołującego istnieje możliwość łatwego ustalenia, ile roboczogodzin w zupełności wystarczy do realizacji usługi utrzymania SEOD i SST.

Obecny konsorcjant tzn. wykonawca Netia wykonał szacunki w tym zakresie. Z oferty Netia z dnia 23 stycznia 2019r., przedstawionej Zamawiającemu do szacowania zamówienia wynika, że oszacowana przez tego Wykonawcę miesięczna kwota utrzymania wynosi 39.500 zł netto. Netia proponuje stawkę w wysokości 181 zł netto za roboczogodzinę.

Liczba ta w porównaniu do szacunków Odwołującego, który założył (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*), jest rażąco niska i uniemożliwi realizację zamówienia w stosunku do liczby roboczogodzin poprzedniego wykonawcy, który zna swój system najlepiej i sam jeszcze przed wszczęciem procedury przetargowej oszacował liczbę roboczogodzin jedynie na 218 roboczogodzin miesięcznie ostać się nie może.

Co ważne zgodnie z zapisami SIWZ sam Zamawiający dla należytego wykonania umowy sprecyzował kryterium minimum, w którym żądał zatrudnienia jedynie 2 osób na pół etatu (dopuszczał nawet, że będzie to ta sama osoba) a kwalifikacje wskazanych osób (bliżej nieokreślona znajomość ASP.Net oraz MS SQL) są przeciętne i wpasowują się w raporty firm analitycznych rynku pracy na poziomie wskazanym przez Wykonawcę. Odnosząc się do tej grupy zarzutów Odwołujący wskazuje na charakter zamówienia opisany w SIWZ, oraz wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę. W pierwszej kolejności należy wskazać, że usługi utrzymania obejmują usługi określone w załączniku 3 SIWZ tzn.:

- a) Zapewnienie dostępności i nieprzerwanego działania
- b) Stały nadzór
- c) Zapewnienie obsługi zgłoszeń
- d) Analizę i usuwanie awarii krytycznych
- e) Instalację przez wykonawcę zmian do SEOD i SST wraz z dokumentacją
- f) Dostarczenie Zamawiającemu i instalowanie zaktualizowanych wersji SEOD

g) Współpracę z przedstawicielami Zamawiającego w diagnostyce i rozwiązywaniu problemów.

Zgodnie z zapisami SIWZ i przedstawionymi przez Wykonawcę wyjaśnieniami zakres prac nie jest jednak ustalony sztywno. Poza zagadnieniem b) tzn.: „stały nadzór” który będzie wykonywany automatycznie bez ingerencji personelu wykonawcy za pomocą (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Może wynieść mniej lub nawet zbliżyć się do 0 roboczogodzin miesięcznie, bowiem jeżeli nie wystąpią żadne usterki wykonawca nie będzie wykonywał żadnych napraw, rekonfiguracji i update itp. (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Zarzut rażąco zaniżonych wg Zamawiającego stawek godzinowych (pkt. : 26, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 48, 52, 53).

Zarzut ten związany jest z dwoma zasadniczymi faktami:

1. *Porównywania stawek przyjętych przez Odwołującego w ofercie do zawyżonej stawki 181,00zł przyjętej przez wykonawcę Netia oraz kolejno sztucznie i bez uzasadnienia powiększonej przez Zamawiającego do kwoty 325,00zł netto za roboczogodzinę (ok. 400,00zł brutto za godzinę) (...) tajemnica przedsiębiorstwa*.

Odnosząc się do porównania stawek Zamawiającego należy wskazać, że podobnie jak w wycenie całości zamówienia Zamawiający bazuje na stawce podanej przez wykonawcę Netia, w kwocie 181,00zł, który podaje stawkę: „nadzoru autorskiego”, przy czym ten sam Wykonawca Netia, który jest w rzeczywistości operatorem telekomunikacyjnym i nie prowadzi działalności związanej z przedmiotem zamówienia, dołącza do swojej oferty dokument licencyjny rzeczywistego autora aplikacji tzn. TIMSI co oznacza, że wykonawca Netia nie wykona tych prac, a jest jedynie pośrednikiem w ofertowaniu prac rzeczywistego autora i dolicza do ww. stawki ustaloną przez siebie marżę sprzedając usługi innego podmiotu.

Wielkość marży doliczanej jest zależna od warunków konkurencji rynkowej. Tzn. przy vendor lockigu tzn. metodzie zakładanej przez Wykonawcę Netia, który spodziewał się braku konkurencji oraz spodziewał się, że złoży jako jedyny ofertę bazującą na nadzorze autorskim rzeczywistego wykonawcy firmy TIMSI należy się spodziewać, że w kwocie 181,00zł sama marża stanowi 100 - 200% ceny bazowej.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający popełnił błąd bowiem nie zwrócił się z zapytaniem ani bezpośrednio do autora, ani do żadnego innego wykonawcy, który mógłby wykonać usługi, ale do wybranego przez siebie odsprzedawcy - pośrednika.

Odwołujący podnosi, że realność i rynkowość zaoferowanych przez bezpieczne.it stawek potwierdza dołączony w wyjaśnieniach Odwołującego jeden z przykładowych raportów niezależnej firmy analitycznej S. & S. z której wynika, że przyjęte przez Wykonawcę stawki odpowiadają przeciętnym stawkom podawanym w tych raportach.

(...) *tajemnica przedsiębiorstwa*).

Zarzut niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami SIWZ (pkt.: 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70).

Zdaniem Odwołującego stanowisko opisane w wymienionych pozycjach jest nieuprawnione. Zamawiający wymagał, aby oferta wykonawcy uwzględniała pełny, wymagany zakres usług, a Zamawiający nie ponosił żadnych dodatkowych kosztów. Jeżeli jakieś elementy formularza ofertowego lub złożonych wyjaśnień są niezrozumiałe to obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Wykonawcy do złożenia stosownych precyzyjnych wyjaśnień (art. 87 ust. 1 uPzp), czego Zamawiający nie uczynił.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji (pkt. 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57)

Opisany przez Zamawiającego zarzut wiąże się z błędnym ustaleniem cen rynkowych przez Zamawiającego oraz znanym tylko Zamawiającemu i Wykonawcy Netia sposobem rozliczeń abonamentowych, a także różnym traktowaniem wykonawcy, który kontynuuje usługę od wykonawcy, który ją przejmuje i rozpoczyna jej świadczenie. (...) *tajemnica przedsiębiorstwa*).

Zamawiający miał prawo zastrzec rozliczenie, którego parametry brzegowe mógł ujawnić w SIWZ, ale tego nie zrobił. W ocenie Wykonawcy wynika to z faktu, że Zamawiający założył, że ofertę złoży wyłącznie wykonawca Netia.

Zamawiający nie wprowadził stosownych założeń w dokumentacji postępowania, nie zastrzegł wysokości poszczególnych pozycji i nie może na obecnym etapie obarczać za to Odwołującego. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że zachodzi podstawa do zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji po stronie Wykonawcy. Tym bardziej, że przepis art. 3 ust. 1 uznk przywołany w odrzuceniu to klauzula generalna, która znajduje swoje uszczegółowienie w dalszych przepisach ustawy, a żaden z nich nie został przytoczony przez Zamawiającego. Brak jest zatem możliwości stwierdzenia na czym ten czyn nieuczciwej konkurencji polega.

Odwołujący podkreśla, że chcąc uniknąć stwierdzenia, iż jakkolwiek z zarzutów został przez niego niezakwestionowany poniżej odnosi się, szczegółowo do każdego z 85 zarzutów i twierdzeń Zamawiającego:

Odrzucenie oferty BIT ze względu na rażąco niską cenę

1. *Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie aa. 89 ust. / pkt 4 PZP, w związku z art. 90 ust. 3 PZP, tj. ze względu na to, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia oraz ze względu na to, że Wyjaśnienia RNC złożone przez Wykonawcę 12 listopada 2019 r. z jednej strony - nie odpowiadają treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego 31 października 2019 r., z drugiej zaś strony, w części, w której korespondują one z treścią tego wezwania - potwierdzają, że cena zaoferowana przez BIT jest rażąco niska.*

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem, że złożone wyjaśnienia nie korespondują z treścią wezwania, a także że potwierdzają, że cena BIT jest rażąco niska. (...) *tajemnica przedsiębiorstwa*).

Ponadto Zamawiający nie wskazuje, które wyjaśnienia nie odpowiadają treści wezwania, a także w jakim zakresie z nim nie korespondują. Nie wyjaśnia, dlaczego kwestionuje wysokość cen podanych przez Odwołującego. Nie odnosi się przy tym do żadnych statystyk, porównań czy rzeczywistych prezentowanych danych, posługując się jedynie własną opinią. To na Zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby Wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn odrzucenia oferty. Taki sposób uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego utrudnia a nawet uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do przyczyn odrzucenia oferty i narusza przepisy prawa o obowiązku podania uzasadnienia faktycznego podstaw odrzucenia oferty.

2. *W ramach toczącego się Postępowania Zamawiający przeznaczył na realizację Zamówienia kwotę 5.701.648,86 zł brutto. Kwota ta odpowiada szacunkowej wartości Zamówienia, która również wyniosła 5.701.648,86 zł brutto.*

Jak już wskazał wcześniej Odwołujący, Zamawiający dokonał szacunku na podstawie oferty jednego podmiotu (...) tajemnica przedsiębiorstwa).

3. *Wartość brutto oferty złożonej przez BIT wyniosła 4.012.260.00 zł brutto. Zgodnie z treścią formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ ceny jednostkowe oferty wykonawcy BIT wyniosły:*

- a. *za usługę utrzymania Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów, zgranego dalej SEOD, - 27.060,00 zł brutto za 1 miesiąc (974.160.00 zł brutto za 36 miesięcy),*
- b. *za usługę utrzymania Środowiska szkoleniowo - testowego, zwanego dalej ŚST, - 6.150.00 zł brutto za 1 miesiąc (209.100,00 zł brutto za 34 miesiące),*
- c. *za udzielenie licencji ŚST - opłata jednorazowa w wysokości 2.460.000,00 zł brutto,*
- d. *za usługę rozwoju - i 23 zł brutto za 1 roboczogodzinę (369.000,00 zł brutto za 3000 roboczogodzin, po zmianie wynikającej z oczywistej omyłki rachunkowej Wykonawcy).*

Zgodnie z treścią SIWZ (str. 13) p. 13.2:

„Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia na uruchomienie Środowiska szkoleniowo-testowego dla Systemu SEOD i zapewnienie gwarancji na sprzęt (załącznik nr 3a do SIWZ), Poziomem świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD oraz Środowiska szkoleniowo-testowego (załącznik nr 3b SIWZ), Wykazem posiadanego przez Zamawiającego sprzętu (załącznik nr 3c SIWZ) oraz na warunkach określonych we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ”.

Powyższe oznacza, że Zamawiający narzucił obowiązek Wykonawcy uwzględnienia wszelkich kosztów przedmiotu zamówienia w czterech wyznaczonych przez siebie pozycjach formularza ofertowego.

Wynika to również z innych postanowień SIWZ, w tym między innymi:

Dla kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął 60%.

Przez „cenę oferty” Zamawiający rozumie łączną maksymalną cenę z podatkiem VAT

(brutto) wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia na uruchomienie Środowiska szkoleniowo-testowego dla Systemu SEOD i zapewnienie gwarancji na sprzęt (załącznik nr 3a do SIWZ), Poziomem świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD oraz Środowiska szkoleniowotestowego (załącznik nr 3b SIWZ), Wykazem posiadanego przez Zamawiającego sprzętu (załącznik nr 3c SIWZ) oraz na warunkach określonych we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.

Punktacja przyznana danej ofercie obliczona zostanie według następującego wzoru:

Cena z podatkiem VAT (brutto) najtańszej oferty niepodlegającej odrzuceniu/ Cena z podatkiem VAT (brutto) ocenianej oferty* Liczba punktów przyznana ocenianej ofercie = *60

Co istotne w trakcie postępowania jeden z potencjalnych Wykonawców - Netia zakwestionował wysokość kar umownych jako rażąco wygórowane, odwołanie zostało oddalone, a Izba w orzeczeniu z dnia 14 czerwca 2019 KIO 961 /1 9 wskazała, że: „W tym elemencie (określeniu przez Wykonawcę wysokości wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego) należy upatrywać instrumentu niwelującego dominującą pozycję Zamawiającego. Jeżeli bowiem oczekiwania Zamawiającego są wysokie (zarówno co do samego świadczenia, jak i wynikających ze wzoru umowy warunków jego realizacji), to w odpowiedzi wykonawca ma możliwość skalkulowania ceny na odpowiednio wysokim poziomie. (...) tajemnica przedsiębiorstwa).

4. *Z powyższego zestawienia wynika, że cena całkowita oferty Wykonawcy jest niższa o 29,63% od wartości Zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu Zamówienia przez BIT zgodnie z ustalonymi wymaganiami. Wątpliwości te zostały spotęgowane przez bardzo niskie ceny trzech istotnych elementów składowych oferty, tj. (i) cenę za usługę utrzymania SEOD, (ii) cenę za usługę utrzymania SST oraz (iii) cenę za usługę rozwoju.*

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podnosi, że ocenie oferty podlega cena całkowita, zgodnie z zapisami SIWZ. Natomiast stwierdzenia Zamawiającego, że ceny trzech elementów składowych oferty są według niego bardzo niskie, nie mają odniesienia do realiów rynkowych. Wobec braku rzetelnego szacowania nie wiadomo też co oznacza wg Zamawiającego pojęcie „bardzo niskie ceny”.

Odwołujący wskazuje, że w zakresie jego organizacji pracy uwzględnił on sposób realizacji zadania, który znajduje odbicie w przedstawionym Zamawiającemu sposobie kalkulacji kosztów. Z tego powodu i pod tym kątem należy oceniać po pierwsze samą istotność kosztu, jako kosztu składowego ceny ryczałtowej po drugie wpływu na cenę całkowitą oferty.

Ponadto należy zauważyć, iż ceny te nie są wyodrębnione w kryteriach oceny oferty.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 2 listopada 2017 r. (KIO 2155/17) Jak podkreśla W. Dzierżanowski, w komentarzu do art. 90 ust. 1 pzp: Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7

Wydanie, Warszawa 201 8, s. 703).

5. *Wątpliwości te skłoniły Zamawiającego do zwrócenia się w dniu 12 listopada 2019 r. o wykazanie, że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska oraz złożenie stosownych dowodów dotyczących wyliczanej ceny w szczególności w zakresie: (i) świadczenia usługi utrzymania Systemu SEOD, (ii) usługi utrzymania ŚST oraz (iii) usług rozwoju, tj.:*
- a. *Czy koszty utrzymania ŚST zapewniają osiągnięcie zysku oraz w szczególności, czy obejmują: koszty dostawy sprzętu.*
 - i. *koszty dostawy, uruchomienia, zainstalowania, konfiguracji aktualizacji wersji Systemu dla ŚST.*
 - ii. *koszty serwisu gwarancyjnego, w tym koszty materiałów, koszty dostawy urządzeń zastępczych oraz wymiany na fabrycznie nowe, koszty odbioru urządzenia zastępczego i urządzenia uszkodzonego zgodnie z wymaganiami SIWZ.*
 - iii. *koszty osobowe (V tym koszty dojazdu).*
 - b. *Czy koszty usługi utrzymania Systemu SEOD zapewniają osiągnięcie zysku oraz w szczególności, czy obejmują:*
 - i. *koszty dostawy, uruchomienia, zainstalowania, konfiguracji aktualizacji wersji Systemu SEOD zgodnie z wymaganiami SIWZ.*
 - ii. *koszty serwisu gwarancyjnego, w tym koszty materiałów, koszty dostawy urządzeń zastępczych oraz wymiany na fabrycznie nowe. koszty odbioru urządzenia zastępczego i urządzenia uszkodzonego,*
 - iii. *koszty osobowe (w tym koszty dojazdu)*
 - c. *Czy koszty usługi rozkroju zapewniają osiągnięcie zysku oraz w szczególności, czy obejmują:*
 - i. *koszty analizy, modyfikacji, implementacji, wdrożenia u- Systemie SEOD i ŚST,*
 - ii. *koszty osobowe (w tym koszty dojazdu na spotkania projektowe).*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego 12 listopada 2019 r Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia oraz poparł je dowodami. W swoich wyjaśnieniach nie pominął żadnego pytania, na wszystkie formułując szczegółową odpowiedź. Odwołujący zauważa, że trudno z wezwania ocenić jaki poziom szczegółowości zadowoli Zamawiającego. W związku z tym, że zgodnie z ustawą parametrem, do którego odnosi się badanie rażąco niskiej ceny jest w tym przypadku cena szacowania (...) *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Oceniając wyjaśnienia, Zamawiający nie może rozstrzygać ewentualnych wątpliwości na niekorzyść Wykonawcy udzielającego wyjaśnień, o ile nie jest w stanie podważyć (obiektywnie) wyjaśnień Odwołującego, gdyż jest to przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. (...) - *tajemnica przedsiębiorstwa*.

6. *Wystosowanie do BIT wezwania do wyjaśnienia całkowitej ceny oferty oraz jej istotnych elementów składowych znajduje oparcie zarówno w okolicznościach faktycznych sprawy, jak i w ugruntowanym orzecznictwie KIO. W swym orzecznictwie Izba podkreśla bowiem, że „wątpliwości zamawiającego mogą dotyczyć nie tylko ceny całkowitej lub kosztu całkowitego oferty, ale również ich istotnych elementów składowych. Powyższe znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich wyrokach wypowiadała się na temat dopuszczalności badania elementów składowych ceny. jeśli mają one istotny wpływ na wysokość ceny całkowitej oferty. Skierowanie zatem wezwania w trybie art. 90 ust.1 ZamPublU jest następstwem pojawienia się po stronie zamawiającego stanu niepewności co do rzetelności ceny lub jej istotnych elementów, który to stan może zostać usunięty w drodze złożenia przez wykonawcę rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, popartych stosownymi dowodami, odpowiednio do treści skierowanego wezwania. „ (tak KIO w wyroku z 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007//7, KIO 2014/17).*

Odwołujący podnosi, iż ze względu na specyfikę wykonania umowy istotne elementy składowe, które chce badać Zamawiający nie mogą być analizowane w oderwaniu od postanowień SIWZ i OPZ oraz bez uzasadnienia ekonomicznego.

Postulat, aby w każdej pozycji formularza cenowego, za każdy element przedmiotu zamówienia, żądano ceny obejmującej wszystkie koszty danej części zamówienia - tak jakby to było oddzielne zamówienie, oddzielnie kontraktowane i wykonywane bez jakiegokolwiek rzeczowego i finansowego związku z pozostałym zakresem zamówienia - jest nieracjonalny. Powyższe prowadziłyby do konieczności znacznego przeszacowania wartości zamówienia i do wielokrotnego liczenia tych samych kosztów w każdej części zamówienia, zamiast ich rozbicia i rozłożenia. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

7. *Nadto, jak wskazała KIO w wyroku z 24 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1379/17): „zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).*

Zgodnie z § 11 umowy w punkcie 2 Zamawiający zastrzegł:

Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu świadczenia Usługi utrzymania jest wynagrodzeniem ryczałtowym.

Zamawiający będzie uiszczał opłatę za świadczenie Usługi utrzymania Systemu SEOD z dołu w okresach miesięcznych, nie wcześniej niż od dnia 9 czerwca 2019 r., przez okres 36 miesięcy, po podpisaniu przez Strony każdorazowo Protokołu Odbioru Usługi utrzymania, o którym mowa w § 5 ust. 7-12 za dany okres rozliczeniowy. Zamawiający będzie uiszczał opłatę za świadczenie Usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego z dołu w okresach miesięcznych, przez okres 34 miesięcy od podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Środowiska szkoleniowo-testowego z zastrzeżeniem zachowania upływu terminu obowiązywania umowy, wskazanego w § 3 ust. 1 oraz po podpisaniu przez Strony każdorazowo Protokołu Odbioru Usługi utrzymania o którym mowa w § 5 ust. 7-11 za dany okres rozliczeniowy. Za okres rozliczeniowy przyjmuje się miesiąc kalendarzowy. Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu udzielenia licencji na Środowisko szkoleniowo-testowe płatne będzie po podpisaniu przez Strony Protokołu odbioru Środowiska szkoleniowo-testowego.

Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 kwietnia 2019 r. KIO 515/19, Przy cenie ryczałtowej ryzyko ewentualnego błędu obciąża wykonawcę. Powyższa konstatacja nie oznacza, że przy cenie ryczałtowej zamawiający nie może badać określonego, jednego z wielu elementów ceny - jednak wykonawca powinien być wprost zapytany o element, budzący wątpliwości zamawiającego, a ocena wyliczenia ceny jednostkowej i jej wpływu na stwierdzenie

rażąco niskiej ceny całej oferty powinna być badana przez pryzmat okoliczności danej sprawy, tj.m.in. ze względu na wycenę innych pozycji oraz całokształt informacji podanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach. W związku z czym jeśli Zamawiający po zapoznaniu się całymi wyjaśnieniami w tym w szczególności ze sposobem kalkulacji ceny oferty przez Odwołującego, miał jakiegokolwiek wątpliwości to winien wezwać do złożenia wyjaśnień uzupełniających, czego nie uczynił. Wzywianie do wyjaśnień więcej niż jeden raz jest praktyką powszechną i uznaną również w orzecznictwie, co więcej stanowi przejaw należytej staranności i rzetelności w ocenie oferty danego podmiotu.

8. *Mając na uwadze powyższe, wystosowanie do Wykonawcy BIT wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy PZP było w pełni zasadne. W tym kontekście jedynie na marginesie Zamawiający zwraca uwagę, że w przypadku, gdyby sam fakt wystosowania takiego wezwania lub jego treść budziły jakiegokolwiek wątpliwości BIT, Wykonawca ten mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej (np. odwołania skierowanego do KIO) w celu jego zakwestionowania. Potwierdzeniem tego jest m.in. wyrok KIO z 24 lipca 2018 r., KIO 1345/18, w którym „Izba wskazuje, iż granice działania oraz zaniechania zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyznaczają przepisy ustawy Pzp. A zatem jeżeli odwołujący się wykonawca, już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 16 maja 2018 r., kwestionował czynność wezwania wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp uznając, że nie powinno mieć ono miejsca z uwagi na nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia w części IX, która w ocenie Odwołującego została przeszacowana, to winien był dać temu wyraz w maju bieżącego roku i skorzystać z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej. Niezrozumiała w ocenie Izby jest bierność Odwołującego w ww. zakresie, który w ww. dacie miał wiedzę zarówno co do wartości szacunkowej części IX zamówienia powiększonej o VAT, cenach zaoferowanych przez wykonawców w ww. części, a finalnie o decyzji Zamawiającego w przedmiocie konieczności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, mimo iż ww. regulacja daje Zamawiającemu możliwość odstąpienia od jej zastosowania, jeżeli różnica między wartością szacunkową powiększoną o VAT a ceną oferty wynika z oczywistych okoliczności niewymagających wyjaśnienia. "W świetle powyższego za nieuzasadnioną na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznała argumentację Odwołującego dotyczącą nieuprawnionego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na fakt przeszacowania wartości zamówienia, skutkujący w ocenie Odwołującego, brakiem potrzeby wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dopuszczalnością odstąpienia przez Zamawiającego od ww. procedury.*

Zamawiający powołuje się na odosobniony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, która oceniała zupełnie inny stan faktyczny, niż ten zaistniały w niniejszym postępowaniu. Z treści wyroku KIO 1345/18 wynika, między innymi, że odwołujący się wykonawca unikał składania wyjaśnień mimo dwukrotnego wezwania do ich złożenia i argumentował to błędnym szacowaniem. (...) - tajemnica przedsiębiorstwa.

W tych okolicznościach można przytoczyć chociażby trafne stanowisko KIO 1321/15 ujęte w wyroku z dnia 9 lipca 2015 r.

„Zamawiający jest zobowiązany do oszacowania przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Oszacowanie przedmiotu zamówienia na podstawie jednej tylko oferty nie jest

miarodajne, zwłaszcza gdy przedmiot zamówienia jest wykonywany indywidualnie, a nie jest gotowym, istniejącym na rynku. Jedna cena ofertowa, jaką zamawiający uzyskał na etapie szacowania wartości zamówienia, nie może zostać uznana za miarodajną dla ustalenia ceny rynkowej, a tym samym - dla ustalenia czy wartość zamówienia została przez zamawiającego ustalona z należytą starannością. Skoro nie została ustalona miarodajnie wartość zamówienia, trudno uznać, że zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy oraz że powstało jakiegokolwiek domniemanie, że cena jego oferty jest rażąco niska."

Tym samym Odwołujący kwestionuje odrzucenie swojej oferty z tytułu rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy jego oferta nie jest obarczona wadą rażąco niskiej ceny oraz złożył szerokie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poparte dowodami, odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny i kosztów w niej przedstawionych.

9. *Jednocześnie, jak wynika z treści art. 90 ust. 2 PZP, w przypadku wezwania obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Należy również podkreślić, że dla obalenia powstałego stanu niepewności nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, które wskazują na sposób ogólny czy zdawkowy jakie okoliczności miały wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty, lecz konieczne jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe / winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę. Celem Wykonawcy składającego wyjaśnienia winno być bowiem „przekonanie” Zamawiającego, że Wykonawca wyliczył cenę sposób prawidłowy, ujmując wszystkie elementy składające się na cenę całkowitą lub też, w przypadku ceny jednostkowej, zawarł w niej wszystkie składowe tego elementu (tak KIO w wyroku z dnia 19 kwietnia 2019 r. sygn. KIO 619/19).*

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie dokonał analizy wyjaśnień Wykonawcy, lecz skupił się na zestawieniu jej z ofertą szacunkową otrzymana od dotychczasowego Wykonawcy, na podstawie reguł i zasad prowadzenia biznesu.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

10. *W okolicznościach niniejszej sprawy, pomimo wydłużenia terminu na złożenie Wyjaśnień RNC przez BIT, Wyjaśnienia te - zarówno w odniesieniu do ceny całkowitej oferty jak również w odniesieniu do cen za istotne części składowe, tj. za: (i) usługę utrzymania SEOD, (ii) usługę utrzymania ŚST oraz (iii) usługę rozwoju - były niewiarygodne i nierzetelne, co prowadzi do wniosku, że cena całkowita zaoferowana przez BIT nie gwarantuje wykonania przedmiotu Zamówienia, gdyż jest to cena rażąco niska, nierealistyczna i oderwana od realiów rynkowych. Nadto, Wyjaśnienia RNC przedstawione przez BIT nie odpowiadają w pełni treści wezwania z dnia 31 października 2019 r.*

Zarzut Zamawiającego jest gołosłowny i oprócz lakonicznych stwierdzeń nie odnosi się w żaden sposób do całości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego ani też nie jest przez niego udowodniony. Nie wiadomo do czego referuje stwierdzenie Zamawiającego w kontekście „realiów rynkowych”, ani jakie wartości cen spowodowały, że Zamawiający uznał, iż cena jest „rażąco niska oraz nierealistyczna”. Nie sposób podjąć polemiki z Zamawiającym, bez podania przez niego wartości cen rynkowych, w stosunku do których odnosi on ceny Wykonawcy jako

nierealistyczne.

Z zarzutu nie wynika także na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że cena całkowita zaoferowana przez Wykonawcę nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia, (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto wskazać należy na wewnętrzną sprzeczność stanowiska Zamawiającego, bowiem z jednej strony twierdzi on, że pewne części cenowe oferty wykonawcy są wg niego rażąco niskie, a z drugiej strony inne według niego rażąco wygórowane. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

11. *Odnosząc się do Wyjaśnień RNC złożonych przez BIT 12 listopada 2019 r, należy zauważyć, że pierwsza ich część (str. 1-10) zawiera wyłącznie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa BIT.*

Odnosząc się do zarzutu, że strony 1-10 zawierają wyłącznie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca wskazuje, że korzysta w ten sposób ze swoich uprawnień. Uzasadnienie zawiera wyjaśnienie przyjętych technicznych i organizacyjnych a także technologicznych informacji, które Odwołujący przedstawił odnosząc się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przepisy nie zabraniają ani nie ograniczają zakresu treści zawierającej uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, tym samym okoliczność ta nie może stanowić zarzutu. Argumentacja ta nie może ważyć także na jakości złożonych wyjaśnień, Zamawiający bowiem nie może oceniać ich obszerności a merytoryczną zawartość. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

12. *W dalszej części Wyjaśnień RNC (str.12-16) Wykonawca BIT skoncentrował się na zakwestionowaniu sposobu oszacowania wartości Zamówienia przez Zamawiającego, co w opinii Wykonawcy BIT ma podważać zasadność wezwania go do Wyjaśnienia RNC.*
(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

13. *Odnosząc się do tej części Wyjaśnień RNC, Zamawiający podkreśla, że wartość Zamówienia została oszacowana w sposób rzetelny, rynkowy oraz z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na koszt jego realizacji. Tym samym Zamawiający zdecydowanie nie zgadza się ze stwierdzeniem BIT, jakoby wartość Zamówienia została „przeszacowana”. Szacując wartość Zamówienia Zamawiający oparł się w szczególności na:*

- a. wycenie usług objętych przedmiotem Zamówienia dokonanej w ramach rozeznania runku przez jednego z wiodących dostawców tych usług na polskim rynku,*
- b. wycenie analogicznych usług dokonanej w ramach poprzedniej umowy o tym samym przedmiocie,*
- c. raportach firm analitycznych przedstawiających aktualne poziomy wynagrodzeń w branży IT,*
- d. doświadczeniu Zamawiającego wynikającym z realizacji kontraktów IT.*

Odnosząc się do tego zarzutu, Odwołujący podtrzymuje stanowisko podane wyżej.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

- c) analizując raporty firm analitycznych przedstawiających aktualne poziomy wynagrodzeń w branży IT wskazać należy, że Zamawiający wbrew swoim twierdzeniom nie posługiwał

się żadnymi raportami firm analitycznych. Nie ma o tym żadnego śladu w dokumentacji Zamawiającego ani w sporządzanych przez niego notatkach. Podana stawka za roboczogodzinę według kryteriów Zamawiającego w wysokości 325,00 zł netto za roboczogodzinę tzn. przeciętnie 67.158,00 zł brutto miesięcznie nie mieści się w widełkach żadnych uznanych raportów analitycznych wiodących firm np.:

- Sedlak & sedlak <https://wynagrodzenia.pl/uploads/files/raporty/Podsumowanie-Raportu-placowego-dla-branzy-IT-2019.pdf>
- Grafton <https://www.grafton.pl/raporty-grafton/it-salary-report-2019>
- Hays Poland <https://www.pulhr.pl> > media > plik
- Antal <https://antal.pl/wiedza/raport/raport-placowy-antal-2019>

d) Odnosząc się do doświadczeń Zamawiającego, należy pokusić się o stwierdzenie, że Zamawiający nie posiada doświadczenia, szczególnie w postępowaniach publicznych, w których (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Ponadto znaczne i nieuzasadnione przeszacowania zdarzały się już wcześniej.

(...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. Szczegóły postępowania znajdują się poniżej.

http://www.bip.pip.gov.pl/pl/bip/przetargi/pip/00_18_51/px_00_18_51_oo.pdf

Tak więc analiza szacowania może budzić wątpliwości. Tym samym żaden z argumentów Zamawiającego nie znajduje oparcia w stanie faktycznym.

Mając na uwadze powyższe nie można zgodzić się z twierdzeniem BIT jakoby (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Analizując dokumentację przedmiotowego postępowania należy dojść do wniosku, że również w tym postępowaniu podejmowane były próby dążenia do zablokowania postępowania i stosowania praktyk tzw. Vendor Locking.

Powyższe wynika np. z oferty Netia z dnia 23 stycznia 2019, która załączyła jako element informację o licencji z 12 grudnia 2015 roku, a także korespondencje tych wykonawców składaną w postępowaniu w ramach zadawania pytań do Zamawiającego dotyczącą praw autorskich:

- pytania wykonawcy Netia z 3 lipca 2019 r. w sprawie praw autorskich,
- pytania wykonawcy Netia z dnia 15 lipca 2019 r. w sprawie praw autorskich powołujące się na dokument licencyjny TIMS1 z 12 grudnia 2019 r. dostarczony Zamawiającemu z ofertą z dnia 23 stycznia 2019 r.,
- pytania Timsi z dnia 15 lipca 2019 r. w sprawie kodów źródłowych i praw majątkowych.

(...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

15. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że, wbrew twierdzeniom BIT ujętym w Wyjaśnieniach RNC jeszcze przed wszczęciem Postępowania, Zamawiający zaktualizował orientacyjną wartość Zamówienia, która została podana w planie zamówień publicznych na 2019 r. w ten sposób, że zamiast kwoty 4.000.000 zł brutto, wartość Zamówienia ustalona według nowego szacunku wyniosła 5.700.000 zł brutto.

Odnosząc się do powyższego stwierdzenia Odwołujący wskazuje na praktykę Zamawiającego.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Wynika to z treści dokumentów:

Pismo do Ministra Finansów Mariana Banasia z dnia 14 sierpnia 2019 r. załącznik 9

Pismo do Premiera Morawieckiego załącznik 10

Notatka z dnia 9 września 2019 r. załącznik 11

Notatka z dnia 27 sierpnia 2019 r. załącznik 12

Notatka z dnia 25 lipca 2019 r. załącznik 14.

16. *Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, poza ustaloną należycie przez Zamawiającego szacunkową wartością Zamówienia oraz cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców, mogą być również ceny rynkowe przedmiotu Zamówieniu (zob. wyr. KIO z 10 maja 2016 r., KIO 616/16. Legalis). Zgodnie z powyższym, Zamawiający dokonując kwalifikacji oferty BIT jako zawierającej rażąco niską cenę oparł się zarówno na własnych szacunkach jak również na obiektywnych uwarunkowaniach rynkowych branży IT.*

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że nie można mówić o obiektywnych warunkach rynkowych (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Sam Zamawiający nie wskazuje także, do jakich przedmiotów zamówienia w kontekście cen rynkowych się odnosi, zatem zarzut jest gołosłowny i nie poparty żadnym uzasadnieniem.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Ma to na tyle doniosłe znaczenie, że Zamawiający nie posiadał wiedzy w jaki sposób oszacuje swoje koszty oraz jak je rozłoży Wykonawca, który przejmie wykonanie usługi od dotychczasowego wykonawcy. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

17. *Twierdzenia Wykonawcy BIT ujęte na str. 12-16 Wyjaśnień należy zatem uznać za spóźnione oraz nieodpowiadające treści wezwania z 31 października 2019 r. W żaden sposób nie odnoszą się one bowiem do szczegółowych pytań sformułowanych przez Zamawiającego w treści wezwania oraz wątpliwości Zamawiającego odnośnie do wysokości zaoferowanych przez BIT cen. Zamiast tego koncentrują się one na podważeniu prawidłowości działania Zamawiającego, zmierzając de facto do przerzucenia na Zamawiającego ciężaru odpowiedzialności za rażąco niską cenę zaoferowaną przez Wykonawcę BIT.*

Czytając literalnie wezwanie do złożenia wyjaśnień, trudno uznać by wylistowanie kosztów przez Zamawiającego miało jakikolwiek szczegółowy charakter zapytania, w szczególności, aby zapytanie było na tyle precyzyjne, żeby określić jakiego poziomu szczegółowości oczekuje Zamawiający. Jeśli Zamawiający uznał, że któryś koszt nie jest wyjaśniony dostatecznie szczegółowo, winien doprecyzować pytanie na co zezwala mu ustawa PZP, Odwołujący przedstawił wszystkie koszty przejścia usługi zgodnie z SIWZ, wyjaśnił ich powiązanie z zakresem prac, przedstawił zasady czytania kosztów i opisał konkretne zadania. W opinii Odwołującego Zamawiający bez zrozumienia wyjaśnień, przyjął ich dowolną interpretację, przeinaczając stanowisko Odwołującego i nadając im inny sens niż to wynika z wyjaśnień.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie XII Ga 73/12 z dnia 13 marca 2012 r. Aktualnie nie istnieją w obowiązującym porządku prawnym (w szczególności w regulacji ustawy - Prawa zamówień publicznych) sztywne kryteria, jakie winny być spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Stąd oczywistym jest, że ich ocena dokonywana będzie w każdym konkretnym przypadku przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat treści zapytania. Zaznaczyć należy, że jedynie z ostrożności Odwołujący podnosi kwestię zwrócenia się o doprecyzowanie wyjaśnień w obszarach w jakich były one niewystarczające.

18. Dopiero w dalszej części swych Wyjaśnień (str. 16-23) Wykonawca BIT odniósł się do zaoferowanych cen oraz kosztów realizacji Zamówienia. W tym kontekście Zamawiający zwraca jednak uwagę, że Wyjaśnienia te również nie odpowiadają w pełni treści wezwania z 31 października 2019 r. Z drugiej strony, ocenie Zamawiającego, informacje podane przez BIT w zakresie, w jakim odpowiadają one na pytania zadane w wezwaniu, są niewiarygodne i nierzetelne, co prowadzi do wniosku, że cena całkowita zaoferowana przez BIT nie gwarantuje wykonania przedmiotu Zamówienia, gdyż jest to cena rażąco niska, nierealistyczna i oderwana od realiów rynkowych.

Odniesienie do tego stwierdzenia, z uwagi na ogólnikowość sprawy Odwołującemu problem. Zarzut Zamawiającego, polega na stwierdzeniu, że wyjaśnienia są niewiarygodne i nierzetelne, co prowadzi do wniosku, że cena całkowita zaoferowana przez BIT nie gwarantuje wykonania przedmiotu Zamówienia, gdyż jest to cena rażąco niska, nierealistyczna i oderwana od realiów rynkowych, nie jest uzasadniony. Zamawiający nie odwołuje się do żadnych statystyk, analiz, liczb, kwot, wartości innych „przedmiotów zamówienia”, które to miały by stanowić punkt odniesienia do rzetelności podważanej przez Zamawiającego, lub podważać wiarygodność założeń Odwołującego.

Nie wiadomo, co Zamawiający uznał za cenę realną, a co wobec braku zrozumienia wyjaśnień Odwołującego, wypaczania sensu przywołanych twierdzeń, mylenia kosztów osobowych z roboczogodziną stawki projektu, czy zaangażowaniem. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

19. Poniżej Zamawiający przedstawia szczegółowe uzasadnienie swojej decyzji w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych ceny oferty BIT.

Odwołujący podnosi, że ze szczegółowych uzasadnień Zamawiającego przede wszystkim wynika, że Zamawiający polega na własnej interpretacji wyjaśnień Wykonawcy, co zmienia ich sens.

Usługi utrzymania

20. W zakresie usług utrzymania Zamawiający wymagał podania w formularzu oferty odrębnej ceny za: (i) usługę utrzymania SEOD oraz (ii) usługę utrzymania ŚST. Taki podział usług utrzymania oraz, co za tym idzie, wyraźne wyodrębnienie odpowiadających im pozycji cenowych w formularzu oferty wynika z odmiennej specyfiki tych usług, różnego zakresu świadczeń, do których zobowiązany będzie Wykonawca, różnego nakładu pracy oraz odmiennego rozkładu ryzyk i kosztów projektowych.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazuje, że ze specyfikacji postępowania wynika, że wymogiem Zamawiającego jest to, żeby działanie środowiska szkoleniowo-testowego było identyczne jak działanie Systemu SEOD produkcyjnego w całym zakresie jego funkcjonalności oraz w całym okresie obowiązywania umowy za wyjątkiem funkcjonalności określonych w punktach od 1.1 do 1.5. tj

1.1 Rozpoznawania tekstów w dokumentach odwzorowanych cyfrowo (OCR)

1.2 Powiadomień oraz przypomnień mailowych

1.3 Integracji z ePuap

1.4 Przesyłania danych do zapasowego centrum.

1.5 Wysyłki maili poza urząd.

Obydwa środowiska zlokalizowane są w tych samych miejscach tj. Miejsce wykonania zamówienia - Główny Inspektorat Pracy 02-315 Warszawa ul. Barska 28/30 i Ośrodek Szkolenia Państwowej Inspekcji Pracy 51 -622 Wrocław ul. M. Kopernika (centrum zapasowe).

Dla serwisu sprzętowego Zamawiający wymagał jego świadczenia przez autoryzowany serwis producenta, lub producenta. Ingerencja Wykonawcy ogranicza się zatem do stoku (sprzętu, który nie można już naprawić i wymaga on wymiany na nowy).

Logika nakazuje zatem Odwołującemu przyjąć, że dla Odwołującego ryzyka projektowe są takie same i niczym się nie różnią podobnie jak nakład prac i wzajemnie przenikające się koszty projektowe, które zdaniem Odwołującego nie da się sztucznie wyizolować, już choćby dlatego, że usługa realizowana jest przez ten sam zespół projektowy. Jeżeli Zamawiający miałby sformułować z tego stwierdzenia zarzut to przede wszystkim należy podkreślić, iż szacowanie ryzyk i kosztów projektowych w dalszym ciągu pozostaje w gestii Wykonawcy składającego ofertę, który odpowiada za oszacowanie ryzyk, zatem nie wiadomo czego dotyczy niniejszy zarzut, bo trudno oczekiwać, że Zamawiający żądał dublowania kosztów.

Co ważne sam wykonawca Netia w ofercie z 23 stycznia 2019 r. służącej Zamawiającemu do szacowania ceny zamówienia koszty utrzymania obydwu środowisk SST i SEOD traktuje łącznie, co wskazuje, że nawet ten wykonawca nie widzi logicznego sensu sztucznego rozdzielania kosztów tych samych prac na identycznych środowiskach wykonywanych przez ten sam zespół osobowy w tych samych warunkach. Tym bardziej zatem stanowisko Zamawiającego jest bezzasadne.

21. *Powyższe znalazło odzwierciedlenie m.in. we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ. Zgodnie z §11 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 Umowy wynagrodzenie za usługi utrzymania SEOD oraz usługi utrzymania ŚST płatne jest odrębnie, w oparciu o inne zasady i kryteria. Nadto, wyodrębnienie cen za powyższe usługi ma dla Zamawiającego znaczenie z punktu widzenia ewentualnych kar umownych nakładanych na Wykonawcę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania jego zobowiązań (m.in. na podstawie §14 ust. 1 pkt 10 Umowy, który przewiduje karę umowną w wysokości 0,1 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 1 Umowy, za każdy dzień opóźnienia w rozpoczęciu*

świadczenia Usługi utrzymania Systemu SEOD i/lub 0,1 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 2 Umowy za każdy dzień opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania ŚST).

We wzorze umowy, na który powołuje się Zamawiający usługi utrzymania SEOD i ŚST są opisane w taki sposób, iż postanowienia określające szczegółowy opis świadczonej usługi odwołują się do tego samego załącznika nr 1 do umowy i w zakresie stanowiącym o usługach są opisane łącznie:

1.1 Realizacja usługi utrzymania obejmuje:

- 1.1.1 Zapewnienie działania Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego. (..)
- 1.1.2 Stały nadzór Wykonawcy nad Systemem SEOD i Środowiskiem szkoleniowo- testowym (..)
- 1.1.3 Zapewnienia obsługi zgłoszeń Awarii krytycznych, Usterek na dedykowanej platformie lub drogą mailową, dotyczy Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego.
- 1.1.4 Analizę i usuwanie Awarii krytycznych i Usterek Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego (w tym naprawy błędów w kodzie źródłowym) oraz zapewnienie poprawnego działania Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowotestowego.
- 1.1.5 Instalację przez Wykonawcę zmian do Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego (..)
- 1.1.6 Dostarczanie Zamawiającemu i instalowanie zaktualizowanych wersji Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowotestowego (..)
- 1.1.7 Współpracę z przedstawicielami Zamawiającego w diagnostyce i rozwiązywaniu problemów związanych z działaniem Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego.
- 1.1.8 Usługi utrzymania muszą objąć cały System SEOD oraz Środowisko szkoleniowo-testowe.

Również poziom świadczenia usług jest taki sam zarówno dla systemu SEOD jaki dla środowiska testowo szkoleniowego, a także usługi utrzymania opisane są w § 5 łącznie.

Różnica polega w liczbie 2 miesięcy, która wynika z faktu dostawy sprzętu do środowiska testowego. Niemniej jednak świadczenie usługi dotyczącej produkcyjnego środowiska SEOD rozpoczyna się w dniu podpisania umowy. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa.*

22. Odrębność usług utrzymania SEOD oraz utrzymania ŚST potwierdził również w swych Wyjaśnieniach sam Wykonawca, stwierdzając, że „Koszty Etapu II rozdzielone są w formularzu ofertowym na dwie pozycje: utrzymania SEOD i Utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego proporcjonalnie w stosunku do złożoności prac”.

Zarzut jest sformułowany bezzasadnie, już choćby z samego leksykalnego brzmienia sformułowania „proporcjonalnie w stosunku do złożoności prac” trudno wywodzić jakiegokolwiek wnioski pozwalające stwierdzić odrębność prac. Ów brak odrębności wynika wprost z zapisów

dokumentów przetargowych, zgodnie z którymi Załącznik nr 3 do SIWZ wskazuje w punkcie 1 Wykonawca w terminie 30 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy uruchomi Środowisko szkoleniowo-testowe, w tym dostarczy potrzebny sprzęt i oprogramowanie do realizacji ww. środowiska, zainstaluje i skonfiguruje system elektronicznego obiegu dokumentów w Środowisku szkoleniowo-testowym w pełni odpowiadającemu funkcjonalnie środowisku Systemu SEOD za wyjątkiem funkcjonalności określonych w pkt. 1.1-1.5 to jest za wyjątkiem:

- 1.1 Rozpoznawania tekstów w dokumentach odwzorowanych cyfrowo (OCR)
- 1.2 Powiadomień oraz przypomnień mailowych
- 1.3 Integracji z ePuap
- 1.4 Przesyłania danych do zapasowego centrum.
- 1.5 Wysyłki maili poza urząd.

Skoro zatem środowisko produkcyjne jest wyposażone w funkcjonalności od 1.1. do 1.5, a środowisko testowe jest ich pozbawione, ale jest odzwierciedleniem środowiska produkcyjnego, to posługując się matematyczną analogią usługi utrzymania będą tożsame dla zbioru mniejszego środowiska testowego będącego częścią zbioru większego środowiska produkcyjnego.

Powyższe potwierdza także punkt 4 Załącznika 3a pt: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia na uruchomienie środowiska szkoleniowo-testowego dla Systemu SEOD i zapewnienia gwarancji na sprzęt, który brzmi: Działanie Środowiska szkoleniowo-testowego musi być identyczne jak działanie Systemu SEOD produkcyjnego w całym zakresie jego funkcjonalności oraz !!! w całym okresie obowiązywania umowy !!! za wyjątkiem funkcjonalności określonych w punktach od 1.1 do 1.5.

W żadnym razie z zaprezentowanego zestawienia kosztowego nie można wywodzić odrębności, przeciwnie przyjęto rozłożenie kosztów wymuszone przez Zamawiającego na dwie pozycje proporcjonalnie do złożoności prac.

Przeciwnie do twierdzeń Zamawiającego, gdyby koszty nie wiązały się z tymi samymi czynnościami, nie byłoby możliwe rozłożenie kosztów, pomiędzy dwie pozycje, a to z kolei wynika z tabeli poprzedzającej to zestawienie. Wynika to wprost z wyjaśnień Wykonawcy zawartych w tabelach Kosztów Etapu II, zarówno pierwszej jak i drugiej, z których pierwszą Zamawiający zdaje się pomijać.

Gdyby zatem przyjąć, że twierdzenie Zamawiającego o odrębności prac można wywodzić ze stwierdzenia „proporcjonalnie w stosunku do złożoności prac” to logicznie nie dałoby się kosztów rozkładać.

Przez logikę dzielenie kosztów między dwie pozycje możliwe jest dla tych samych kosztów, przeciwnie byłoby niezgodne z zasadami rachunkowości, oznacza to mniej więcej tyle, iż zgodnie z zasadą rachunkowości koszty, które są różne rodzajowo, muszą się dać wyodrębnić, jako różne pozycje kosztowe.

23. *W ocenie Zamawiającego powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że ceny za utrzymanie SEOD oraz ŚST stanowią istotne elementy składowe ceny ofertowej Wykonawcy, co oznacza, że powinny one zostać skalkulowane w sposób realny, z uwzględnieniem wszelkich kosztów jakie z tytułu ich świadczenia będzie ponosił Wykonawca.*

Istotne części składowe kosztów Wykonawca opisał we wszystkich tabelach załączonych do swojego wyjaśnienia oraz skalkulował na poziomie realnym. Niezrozumiałe zatem dla Wykonawcy jest konsekwentne pomijanie kosztów (...) – tajemnica przedsiębiorstwa stanowiącego znaczący koszt wycenianej usługi. Nie jest zrozumiałym dla Odwołującego, dlaczego pomimo łączących koszt „udzielenia licencji środowiska testowego” Zamawiający na siłę pomija tę pozycję kosztową traktując ją osobno, odrębnie od usług utrzymania i rozwoju, mimo iż jest ona częścią składową kosztu, niemożliwą do pominięcia.

Niezrozumiałe jest to ze względu na wymóg, który Zamawiający zapisał w specyfikacji usługi w załączniku nr 3 do SIWZ (strona 23) o nazwie Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z punktem opisującym Realizację usługi utrzymania, Zamawiający wymaga, aby „Wszystkie zmiany wprowadzone do Systemu SEOD pozostają własnością Zamawiającego i nie wymagają wniesienia jakiegokolwiek dodatkowej opłaty. Wykonawca ma obowiązek dostarczenia dokumentacji przeprowadzonych zmian oraz wszelkich kodów źródłowych powstałych podczas ich realizacji.” Skoro zatem wykonawca ma przekazać kody źródłowe to oczywistym w tym przypadku jest, że na nową poprawkę ma udzielić licencji Zamawiającemu.

Nie wiadomo zatem dlaczego Zamawiający, pomimo tak sformułowanych zapisów stoi na stanowisku, aby koszty analizować rozdzielnie, dokonując ich sztucznego podziału. Dalej w tym samym załączniku Zamawiający wskazał w punktach 1.1.4 i 1.1.5 Analizę i usuwanie Awarii krytycznych i Usterek Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego (w tym naprawy błędów w kodzie źródłowym) oraz zapewnienie poprawnego działania Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowotestowego, oraz Instalację przez Wykonawcę zmian do Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego wraz z przekazaniem Zamawiającemu kodów źródłowych, a także w punkcie 1.1.6 Dostarczanie Zamawiającemu i instalowanie zaktualizowanych wersji Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowotestowego bez dodatkowych opłat z tego tytułu.

Z powyższego wynika, że Zamawiający oczekuje we wszystkich usługach naprawy błędów kodów źródłowych, aktualizacji kodów źródłowych, oraz kodów źródłowych zmian, co bezpośrednio związane jest z udzieleniem licencji Zamawiającemu na wprowadzone zmiany.

Niezrozumiałym zatem jest analizowanie kosztów usług w oderwaniu od kosztów udzielenia licencji pod kątem rażąco niskiej ceny, z pominięciem wyszczególnionych w nich kosztów pracy, w taki sposób, że Zamawiający je ignoruje i pomija traktując jako koszt zamknięty i nie związany z kosztami usług.

Zdaniem Odwołującego, takie sztuczne rozdzielanie kosztów, wbrew zapisom specyfikacji

jest dokonywane tylko po to, aby kwestionować ofertę Wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny. Rozumienie kosztów jakie prezentuje Zamawiający nie odzwierciedla istotnych kosztów ofertowych, ani też nie wynika w żaden sposób ze specyfikacji, która nie zawiera szczegółowego wykazu, co ma się znajdować w poszczególnych częściach składowych kosztu, oprócz ogólnego podziału na pozycje Usługa utrzymania Systemu SEOD, Usługa utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego, Usługa rozwoju, w szczególności zaś nie zawiera zastrzeżenia czego dana pozycja nie może zawierać.

Wbrew logice byłoby wywodzenie, że wytwarzanie nowych kodów źródłowych, czy to na potrzeby naprawy błędów w już istniejącym oprogramowaniu, czy też wytwarzanie całkiem nowego oprogramowania na skutek wprowadzonych zmian, wobec zastrzeżeń dotyczących tych wymogów nie wiązałoby się z udzieleniem licencji Zamawiającemu z jednej strony, a z drugiej nie było częścią świadczonych usług, co pozwoliłoby Zamawiającemu te koszty traktować jako niewspółistniejące.

Powyższe powoduje, że brak realności, którą Zamawiający formułuje w zarzucie, wynika ze sposobu w jaki Zamawiający czyta koszty kalkulacji Odwołującego, sztucznie je rozdzielając na potrzeby wykazywania zaniżonych cen, które cenami zaniżonymi nie są, ale mają części składowe w różnych źródłach kosztów, nie tak jak próbuje to przeforsować Zamawiający w oderwaniu od zapisów SIWZ, na potrzeby odrzucenia oferty.

Dodatkowo należy wskazać, że nawet sam Zamawiający, który w rzeczywistości sztucznie rozdziela koszty utrzymania identycznych pod względem funkcjonalności środowisk SST i SEOD nie ma punktu odniesienia w cenach rynkowych bo nawet gdyby uznać za ceny rynkowe ceny z oferty Netia z 23 stycznia 2019 r. , których rynkowy charakter kwestionuje Odwołujący to i w tej ofercie podana jest łączna cena abonamentowa za SST i SEOD w kwocie 39 500zł netto miesięcznie.

24. Wykonawca BIT za 1 miesiąc świadczenia usług utrzymania SEOD zaoferował cenę 22.000 zł netto (27.060 zł brutto), natomiast za 1 miesiąc świadczenia usług utrzymania SST cenę 5.000 zł netto (6.150 zł brutto). Pomimo dużych różnic w wycenie obu usług przez BIT. Wykonawca ten w swych Wyjaśnieniach w żaden sposób nie wytłumaczył skąd bierze się powyższa różnica, jaki jest przewidywany nakład pracy odrębnie w odniesieniu do każdej z tych usług oraz związane z tym koszty osobowe.

Należy podnieść, że z treści zapytania sformułowanego przez Zamawiającego nie sposób wywieść oczekiwania, wobec braku wyjaśnień dotyczących różnic w wycenie Odwołującego, który Zamawiający sformułował w zarzucie. Wg Odwołującego na tym etapie zapytania Zamawiającego oraz w ramach złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień istota zapytania leżała w sposobie budowy ceny całości oferty tzn. głównie w zrozumieniu konieczności poniesienia przez Wykonawcę kosztów tzw. wejścia. Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie bardziej niż opisane w wyjaśnieniach wykonawcy szczegółowego rozróżnienia ceny obsługi identycznych środowisk SST i SEOD to winien te wątpliwości wyartykułować i sprecyzować

w kolejnym zapytaniu, czego nie zabrania mu ustawa PZP.

25. Zamawiający zwraca uwagę, że wbrew treści wezwania do Wyjaśnień, w odniesieniu do kosztów osobowych, które stanowią główną część kosztów usług utrzymania, Wykonawca przedstawił jedynie zbiorcze zestawienie tych kosztów dla (...) – tajemnica przedsiębiorstwa bez wydzielenia kosztów osobowych dla utrzymania SST oraz SEOD. Wykonawca nie odpowiedział zatem na wątpliwości Zamawiającego, którego intencją było poznanie kosztów osobowych świadczenia usługi utrzymania SST oraz odrębnie kosztów osobowych świadczenia usługi utrzymania SEOD.

Zamawiający całkowicie pominął wyjaśnienia Wykonawcy, które należało czytać jako całość. Nie wiadomo z czego wynika pominięcie istotnych kosztów wycenionych i wskazanych nie tylko w tabeli (...) – tajemnica przedsiębiorstwa ale i w części opisowej wyjaśnień Wykonawcy. W całej treści uzasadnienia Zamawiający pomija te istotne wyjaśnienia, tak jakby prace wyszczególnione i opisane w tej części Wyjaśnień nie stanowiły o kosztach. Co więcej z zestawienia wprost wynika, iż koszty te są wymienione jako związane z pracą, którą należy wykonać, pomimo iż wyszczególnione pozycje nie stanowią nic innego, niż składowe wykonywanych usług. Zdaniem Odwołującego pobieżna i niepełna analiza jest dla Zamawiającego jedynie argumentem do odrzucenia. Podkreślić należy, że wprost zostały opisane pozycje kosztowe wraz z ich wyceną. Wątpliwości co do rzetelnej oceny wyjaśnień budzi fakt, że Zamawiający szuka kosztów, nie w całości, a jedynie w części wyjaśnień Odwołującego twierdząc, że ich tam nie znalazł.

26. Nadto, w odpowiedzi na pytanie dotyczące kosztów dostawy, uruchomienia, zainstalowania, konfiguracji aktualizacji wersji systemu SEOD zgodnie z wymaganiami SIWZ, Wykonawca w swych Wyjaśnieniach stwierdził, że „koszty te ujęte są (...) – tajemnica przedsiębiorstwa (utrzymanie)” (str. 23 Wyjaśnień). W tabeli tej brak jest jednak jakiegokolwiek informacji na temat tych kosztów, co rodzi wątpliwości Zamawiającego co do tego czy w ogóle zostały one uwzględnione w cenie ofertowej.

Zamawiający nie zapoznał się z wyjaśnieniami Wykonawcy lub interpretuje je dowolnie. Wykonawca szczegółowo opisał jakie czynności i jakie koszty ponosi na stronie 23, które Zamawiający pominął, a na potrzeby niniejszej sprawy i wybiórczo przytacza jedynie jedno zdanie, podczas gdy pełna odpowiedź w powyższym zakresie ujęta na stronie 23 wyjaśnień brzmi:

2) Czy koszty usługi utrzymania Systemu SEOD zapewniają osiągnięcie zysku oraz w szczególności, czy obejmują:

- koszty dostawy, uruchomienia, zainstalowania, konfiguracji aktualizacji wersji Systemu SEOD zgodnie z wymaganiami SIWZ;

Odpowiedź: koszty te ujęte są (...) – tajemnica przedsiębiorstwa (utrzymanie)

- koszty serwisu gwarancyjnego, w tym koszty materiałów, koszty dostawy urządzeń zastępczych i wymiany na fabrycznie nowe, koszty odbioru urządzenia zastępczego i urządzenia uszkodzonego; koszty osobowe (w tym koszty dojazdu).

Odpowiedź: koszty wykupienia serwisu gwarancyjnego (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa netto* zawarte w załączniku, wliczone są (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa* (uruchomienie projektu) i ujęte w formularzu ofertowym w pozycji „udzielenie licencji na środowisko szkoleniowo testowe”. Wykonawca uwzględnił dodatkowo koszt (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Odpowiedź: koszty analizy, modyfikacji, implementacji, wdrożenia w Systemie SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego ujęte są (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*,
- koszty osobowe (w tym koszty dojazdu na spotkania projektowe).

Odpowiedź: koszty osobowe (w tym koszty dojazdu na spotkania projektowe) ujęte są w (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Istotą zamówienia jest fakt nieprzewidywalności występowania usługi dostawy, uruchomienia, zainstalowania, konfiguracji aktualizacji wersji systemu SEOD w trakcie trwania umowy. Oznacza to, że aktualizacje mogą występować np. raz w miesiącu, rzadziej albo częściej albo w danym miesiącu nie będzie w ogóle takiej potrzeby. Ze złożonych wyjaśnień wynika, że wykonawca przyjął w swoich szacunkach przeciętne miesięczne *zaangażowanie* w (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa* w ramach których ujął zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami cały zakres wymaganych prac.

W ocenie Odwołującego Zamawiający kreuje nową rzeczywistość w oderwaniu od wyjaśnień Wykonawcy, albo Zamawiający się z nimi nie zapoznał, albo je zignorował. Negatywna ocena wyjaśnień prowadzi do negatywnych dla wykonawcy konsekwencji, dlatego Zamawiający przy ich ocenie winien wykazać się należyłą starannością. Zamawiający nie może wybiórczo oceniać wyjaśnień, tym bardziej nie analizować załączonych do nich dokumentów, zwłaszcza w sytuacji, w której sam wezwał wykonawcę do udokumentowania konkretnego zakresu. (Za KIO 985/19).

Wątpliwości Zamawiającego co do realności zaoferowanych cen budzi również fakt, że zgodnie z Wyjaśnieniami RNC (str. 23), w odniesieniu do kosztów utrzymania ŚST, „Koszty dostawy urządzeń zastępczych, koszty odbioru ujęte są w kosztach robocizny (...) – tajemnica przedsiębiorstwa (utrzymanie)”. Z tabeli tej w żaden sposób nie wynika jednakże jakiej wysokości są to koszty oraz w jaki sposób (w której pozycji tabeli obrazującej (...) – tajemnica przedsiębiorstwa) zostały one uwzględnione. W szczególności wątpliwości Zamawiającego budzi rzekome uwzględnienie tych kosztów w kosztach „robocizny” tj. w kosztach utrzymania (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Stałoby to bowiem w sprzeczności z Wyjaśnieniami Wykonawcy dotyczącymi kosztów roboczogodziny oraz kwotami podanymi w tabeli (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do kosztów dostawy urządzeń zastępczych i kosztów odbioru wykonawca podał w wyjaśnieniach na stronie nr 22, że przyjął wykupienie na cały sprzęt zgodnie z OPZ 36 miesięcznej gwarancji on site producenta. Powyższe oznacza, że producent sprzętu poniesie całość kosztów napraw on site. Z wyjaśnień wykonawcy wynika dalej, że „dodatkowo dla całego środowiska SEOD i środowiska szkoleniowo testowego wykonawca (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*”.

W tym kontekście Zamawiający zwraca również uwagę, że istotą przedmiotowego Zamówienia jest świadczenie usług utrzymania i rozwoju SEOD. Podstawowym elementem kosztotwórczym dla tego rodzaju usług są koszty osobowe generowane przez personel oddelegowany do ich świadczenia, w przeliczeniu na roboczogodziny. Z Wyjaśnień RNC złożonych przez BIT wynika natomiast, że w przypadku usług utrzymania SEOD oraz ŚST koszty te wynoszą (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący do końca nie rozumie zarzutu.

Procentowy udział kosztów osobowych w ilości 65,6% w Etapie II wynika z faktu, że Wykonawca zobowiązany był uwzględnić wszystkie koszty. Wskazać należy, że oferta wykonawcy Netia, którą Zamawiający przyjął do szacowania w ogóle nie zawiera procentowego udziału kosztów osobowych ale opłatę abonamentową.

Ponadto w ramach kosztów osobowych Zamawiający wymagał zgodnie z punktem punkt 3.2 strona 3 SIWZ zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r., poz. 917 ze zm.) w wymiarze co najmniej pół etatu z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów, przez cały okres realizacji umowy osób wykonujących czynności związane z utrzymaniem Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa

Pomimo wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie, Zamawiający te kwestie pominął przyjmując jedynie koszty związane ze świadczeniem usług, tak jakby Wykonawca był w stanie rozpocząć świadczenie usług czy to środowiska produkcyjnego, czy szkoleniowego SEOD na indywidualnie stworzonym dla Zamawiającego produkcie, natychmiast przez inny podmiot bez jego rozpoznania. Takie działanie nie jest możliwe i Zamawiający musi mieć świadomość, że każdy racjonalny wykonawca przystępując do realizacji tego zamówienia musi największy nakład pracy ponieść w początkowej fazie realizacji przedmiotu zamówienia po to aby móc prawidłowo i w terminach narzuconych w SIWZ realizować usługi na późniejszym etapie.

Nadto, z Wyjaśnień RNC wynika, że w skali całego Zamówienia koszty osobowe wynikające z utrzymania i rozwoju SEOD i ŚST (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Dokonane w tym punkcie działania arytmetyczne, są obliczeniami Zamawiającego. Z uzasadnienia odrzucenia nie wynika, do czego Zamawiający odnosi poszczególny % udział wartości ceny oraz dlaczego kwestionuje go matematycznie. Takie odniesienie budzi wątpliwości już w kontekście zapisów SIWZ i OPZ. Nie wiadomo też z czego wynika sformułowanie „tylko”, skoro zgodnie z kosztami wyszczególnionymi (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. W tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy są pomijane, a przecież czynnościom tym przypisano odpowiednio koszty.

Przepis art. 90 ust. 3 p.z.p. daje Zamawiającemu prawo odrzucenia oferty, jeżeli w wyniku oceny wyjaśnień Zamawiający uzyska potwierdzenie, że cena jest rażąco niska, tym samym przy powołaniu się na tę podstawę prawną odrzucenia Zamawiający powinien w informacji o odrzuceniu podać okoliczności faktyczne podane w wyjaśnieniach, które spowodowały, że Zamawiający utwierdził się w przekonaniu, że cena jest oderwana od realiów rynkowych i nie pozwala na prawidłowe wykonanie usługi.

Z uzasadnienia (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. Odrzucając ofertę ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny Zamawiający nadal jest związany dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 3 p.z.p. i musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem Wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie może, powołując się na tak określony ciężar dowodu, poprzestać na ogólnym zanegowaniu ceny, bez żadnego punktu odniesienia.

W tym miejscu należy wyjaśnić czego dotyczy usługa rozwoju opisana na stronie 24 SIWZ w punkcie 1.2

Realizacja usługi rozwoju obejmuje:

1.2.1 spotkania projektowe w Głównym Inspektoracie Pracy 02-315 Warszawa ul. Barska 28/30;

1.2.2 analizę wymaganej funkcjonalności;

1.2.3 wykonywanie modyfikacji, jej implementację i wdrożenie w Systemie SEOD i Środowisku szkoleniowotestowym wraz z przygotowaniem i przekazaniem niezbędnej aktualizacji dokumentacji technicznej (dla administratorów), dokumentacji użytkowej oraz kodów źródłowych dla Systemu SEOD.

Wszystkie modyfikacje Systemu SEOD zostają własnością Zamawiającego. Maksymalna ilość roboczegodzin usług rozwoju wynosi 3000.

Podkreślenia wymaga, iż na etapie ewentualnego rozwoju, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy Odwołujący jest przygotowany następująco do realizacji usługi:

(...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*

Tych wyjaśnień Zamawiający zdaje się celowo nie dostrzegać, lub nie rozumieć, a to właśnie to przygotowanie pozwala uzyskać koszt usługi utrzymania i rozwoju na pułapie wskazanym przez Wykonawcę. Zamawiający w ogóle się do tych kwestii nie odnosi, pomijając je w swoim wyliczeniu.

30. Powyższe prowadzi do wniosku, że koszty osobowe świadczenia usług utrzymania i usług rozwoju zostały przez BIT znacząco zaniżone, czego konsekwencją jest to, że zrealizowanie całego Zamówienia za cenę zaferowaną przez tego Wykonawcę jest nierealne.

Formułując zarzut Zamawiający na potrzeby odrzucenia wykreował nowe warunki świadczenia usługi w oparciu o sobie jedynie znane warunki brzegowe, gdzie uznał „nierealność” ceny poprzestając jedynie na pustym stwierdzeniu. Owa nierealność nie wynika z

żadnych przedstawionych przez Zamawiającego wyliczeń czy porównań, a jedynie z subiektywnego niczym nie uzasadnionego przekonania -opinii- Zamawiającego, z którym nie da się polemizować merytorycznie. Z twierdzenia nie wynika, dlaczego miałyby być rażąco zaniżone, z czego Zamawiający wywodzi ten fakt, nie ma też odniesienia do jakichkolwiek kosztów, statystyk czy wartości, z których twierdzenie Zamawiającego by wynikało.

W opinii Zamawiającego, w zakresie utrzymania taki stan rzeczy wynika po pierwsze - ze zbyt małej liczby roboczogodzin, którą Wykonawca zamierza przeznaczyć, na świadczenie usług utrzymania SEOD oraz ŚST (...) – tajemnica przedsiębiorstwa

Zdaniem Odwołującego wskazane zarzuty są bezzasadne i nieoparte żadnymi dowodami. Zgodnie bowiem z zapisami SIWZ na stronie 4 Zamawiający wymagał:

W punkcie 5.1.2.2.:

5.1.2.2 dysponuje lub będzie dysponował w czasie realizacji zamówienia co najmniej:

- a) jedną osobą, która w ostatnich 3 latach przed terminem składania ofert, kierowała przez co najmniej 12 miesięcy co najmniej jednym projektem utrzymania i rozwoju systemu elektronicznego zarządzania dokumentacją obsługującym co najmniej 1000 użytkowników;
- b) jedną osobą, która w ostatnich 3 latach przed terminem składania ofert, pełniła rolę programisty w co najmniej jednym projekcie informatycznym zrealizowanym z wykorzystaniem technologii ASP.Net oraz w co najmniej jednym projekcie informatycznym zrealizowanym z wykorzystaniem MS SQL. Zamawiający dopuszcza wykazanie się jednym projektem informatycznym zrealizowanym z wykorzystaniem technologii ASP.Net oraz z wykorzystaniem MS SQL.

Osoby, o których mowa w lit. a) i b), będą realizowały przedmiot zamówienia.

Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku określonego w pkt a) i b) przez jedną osobę.

Z powyższego zapisu wynika, że przedmiot umowy może zostać zrealizowany przez jedną osobę, natomiast zgodnie z omówieniem zarzutu w punkcie 28, osoba ta mogłaby realizować pracę w wymiarze nie mniejszym niż pół etatu, czyli 84 godziny miesięcznie, i zgodnie z prawem teoretycznie za minimalne wynagrodzenie 14,70 zł brutto (2019) 17,00 brutto (2020).

Zatem zgodnie z kryterium warunku udziału w postępowaniu (poza kryteriami dodatkowymi) 84 godziny miesięcznie – wymiar pół etatu byłby wystarczający dla Zamawiającego, jednakże wobec Odwołującego Wykonawcy bezpieczne.it sp. z o. o. Zamawiający stworzył nowe kryteria oceny, (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa* netto którą Zamawiający odnosi do kosztów osobowych, (nie do kosztów obsługi projektu), a która w kalkulacji ceny Wykonawcy nie jest używana.

Warto zwrócić uwagę, że charakter zamówienia usług utrzymania wskazuje, że przy realizacji zamówienia Zamawiający nie rozlicza wykonawcy za ilość przepracowanych godzin, lecz za efekty pracy. W takiej sytuacji mamy do czynienia z sytuacją, w której organizacja pracy, stosowane narzędzie automatyczne i pozostałe czynniki nieosobowe mają istotne znaczenie.

Nawet niewielka zmiana organizacji pracy spowoduje zasadniczą zmianę produktywności pracy. Ponadto trudno określić jakie będzie rzeczywiste obciążenie zgłoszeniami serwisowymi w trakcie realizacji usługi. Stąd Odwołujący w swoich wyjaśnieniach przyjął miesięczne okresy, w których zakłada swoje zaangażowanie w realizację projektu. (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Przy takich założeniach Wykonawca oszacował, że przeciętne zaangażowanie miesięczne (niezależne od długości miesiąca czy liczby dni roboczych) z jego strony nie powinno (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Takie założenie uwzględnia jednak, że w danym przyjętym przez Wykonawcę okresie może zdarzyć się, że zaangażowanie będzie dużo mniejsze lub bliskie zeru np. gdy nie wystąpią usterki czy awarie oraz nie wystąpi potrzeba wykonania prac dodatkowych. W takiej sytuacji (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że liczba godzin jest niewystarczająca wskazać na należy, że nie podaje on jaka wg niego liczba roboczo godzin byłaby wystarczająca do realizacji zamówienia przy stosowanej przez Odwołującego organizacji pracy. Wskazać należy, że Zamawiający nie wskazywał zasad organizacji pracy, a także nie ma zastrzeżeń co do organizacji pracy stosowanej przez Wykonawcę w (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

W jednym aspekcie Odwołujący zgadza się z Zamawiającym, że należałoby przyjąć jakiś miernik przeciętnego zaangażowania na obsługę systemu. Odwołujący wskazuje, że pomocnym miernikiem przeciętnego zaangażowania w obsługę systemu są założenia przyjęte przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum Netia. W tym przypadku analizując ofertę tego Wykonawcy z 23 stycznia 2019 r., który po pierwsze podał metodę abonamentową tzn. rozliczenie niezależnie od przepracowanych roboczogodzin oraz miesięczną kwotę na obsługę obu systemów łącznie tzn.: SST i SEOD jako 39.500,00zł netto a także wyszczególnił stosowaną stawkę 181,00 zł za roboczogodzinę netto. (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*

W zakresie przyjętych stawek, które są zarzucane Wykonawcy, że stawki te są nierealne, niezbędne jest odniesienie Odwołującego do charakteru pracy, wymaganych kwalifikacji zawodowych do wykonania pracy oraz niezależnych analiz rynkowych wskazujących jakie warunki występują obecnie na rynku pracy na stanowiskach adekwatnych do wymaganych.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że opisany w SIWZ charakter pracy oraz zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy przykładowe czynności, które będą realizowane w ramach reakcji na zgłoszenia w zasadniczej części nie wymagają wiedzy eksperta. (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Zamawiający podał zakres obowiązków wykonawcy:

- a) Zapewnienie dostępności i nieprzerwanego działania
- b) Stały nadzór
- c) Zapewnienie obsługi zgłoszeń
- d) Analizę i usuwanie awarii krytycznych
- e) Instalację przez wykonawcę zmian do SEOD i SST wraz z dokumentacją

- f) Dostarczenie Zamawiającemu i instalowanie zaktualizowanych wersji SEOD
 - g) Współpracę z przedstawicielami zamawiającego w diagnostyce i rozwiązywaniu problemów.
- (...) – tajemnica przedsiębiorstwa

32. *W odniesieniu do pierwszej z powyższych kwestii (tj. zbyt małej liczby roboczogodzin) Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z wymaganiami określonymi w „Szczegółowym opisie przedmiotu Zamówienia” (Załącznik nr 3 do SIWZ) oraz warunkami zaoferowanymi przez Wykonawcę, realizacja usługi utrzymania obejmuje m.in.:*
- a. *zapewnienie dostępności i nieprzerwanego działania na poziomie SLA 99% w ciągu miesiąca w cyklu 24/7/365 w odniesieniu do dwóch środowisk tj. (i) SEOD oraz (ii) ŚST,*
 - b. *stały nadzór Wykonawcy nad SEOD i ŚST w zakresie jego zgodności z obowiązującymi przepisami oraz przygotowanie i wprowadzenie nowych wersji SEOD i zaimplementowanie ich w ŚST, Wykonawca ma obowiązek dostarczenia dokumentacji przeprowadzonych zmian oraz wszelkich kodów źródłowych powstałych podczas ich realizacji,*
 - c. *zapewnienie obsługi zgłoszeń Awarii krytycznych, Usterek na dedykowanej platformie lub drogą mailową,*
 - d. *analizę i usuwanie Awarii krytycznych i Usterek Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego (w tym naprawy błędów w kodzie źródłowym) oraz zapewnienie poprawnego działania SEOD i ŚST),*
 - e. *instalację przez Wykonawcę zmian do SEOD i ŚST wraz z przekazaniem Zamawiającemu kodów źródłowych, odpowiedniej dokumentacji, w szczególności plików, dokumentacji technicznej, danych konfiguracyjnych umożliwiających samodzielną instalację oraz realizację zmian (w ramach Systemu SEOD),*
 - f. *dostarczanie Zamawiającemu i instalowanie zaktualizowanych wersji SEOD i ŚST bez dodatkowych opłat z tego tytułu,*
 - g. *współpracę z przedstawicielami Zamawiającego w diagnostyce i rozwiązywaniu problemów związanych z działaniem SEOD i ŚST.*

Odpowiadając na zarzut nr 32 należy odnieść się do odpowiedzi na zarzuty sformułowane w punktach 31 i 38. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa

Zamawiający powyższe wyjaśnienie pominął skupiając się na liczbie roboczogodzin z pominięciem faktu, że Wykonawca podjął wszelkie działania zmierzające do zapewnienia wymaganego poziomu usług.

33. *W opinii Zamawiającego nakład pracy wynikający z wykonywania powyższych czynności (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca w celu prawidłowego wykonywania powyższych usług powinien bowiem utrzymywać w gotowości zespół specjalistów, zapewnić bieżącą obsługę zgłoszeń, usuwanie Usterek i Awarii Krytycznych w ramach czasów reakcji zadeklarowanych w ofercie, sporządzać niezbędne analizy i dokumentację oraz na bieżąco komunikować się z Zamawiającym (w tym uczestniczyć w spotkaniach). Wszystkie te czynności Wykonawca powinien wykonywać w odniesieniu do dwóch środowisk (tj. SEOD oraz ŚST).*

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa

Sformułowany zarzut nie opiera się o żadne przyjęte przez Zamawiającego wartości, nie wiadomo, z czego Zamawiający wywodzi, (...) – tajemnica przedsiębiorstwa zwłaszcza w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, gdzie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego równie dobrze usługę mogłaby wykonywać jedna osoba w ramach połowy etatu miesięcznie.

Wykonawca zadeklarował w ofercie, że:

- Czas usunięcia Awarii krytycznej będzie wynosił 4 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego. W przypadku wystąpienia Awarii krytycznej czas reakcji będzie wynosił 2 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego.
- Czas usunięcia Usterki będzie wynosił 16 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego. W przypadku ujawnienia Usterki czas reakcji będzie wynosił 6 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego.

W SIWZ na stronie 3 w punkcie 11 i 12 Zamawiający wskazał, odpowiednio, że:

W punkcie 11) dni robocze - dni od poniedziałku do piątku z wyjątkiem dni ustawowo wolnych wskazanych w ustawie z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. z 2015 r., poz. 90), W punkcie 12) godziny robocze – godziny od 8.00 do 16.00 w dni robocze.

Zgodnie z kalendarzem uwzględniającym zastrzeżenie wyjątku dni ustawowo wolnych wskazanych w ustawie z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. z 2015 r., poz. 90), przyjmując za datę początkową datę złożenia oferty tj 19 lipca 2019.

Okres czasu od 19 lipca 2019 do 19 lipca 2022 obejmuje 760 dni pracujących * 8 godzin pracy = 6.080 godzin roboczych łącznie. (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*

W kontekście spotkań oznacza to, że nawet gdyby Zamawiający oczekiwał 8 godzinnych spotkań codziennie przez 36 miesięcy to Odwołujący może taką możliwość spełnić. (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*

Zarzut nie wystarczającej „bieżącej komunikacji” również jest nieprecyzyjny. Nowoczesne technologie – całkowicie darmowe umożliwiają przeróżne formy bieżącego kontaktu, komunikatorów, czatu na podstronie Odwołującego, wideocztatu, listy dyskusyjnej.

Podkreślić jednak należy, że Zamawiający precyzując ten zarzut zmienia zakres określony umową, zgodnie bowiem z SIWZ ewentualne spotkania mają dotyczyć usługi rozwoju, opisanej w punkcie 1.2 na stronie 24 SIWZ.

Przy czym:

Zgodnie z zapisami SIWZ usługa utrzymania przyjęła brzmienie w punkcie 1.1.2 Stały nadzór Wykonawcy nad Systemem SEOD i Środowiskiem szkoleniowo-testowym w zakresie jego zgodności z obowiązującymi przepisami oraz przygotowanie i wprowadzenie nowych wersji Systemu SEOD i zaimplementowanie ich w Środowisku szkoleniowo-testowym w przypadku zmiany lub wprowadzenia nowych przepisów. (Zmiana wprowadzona modyfikacją 11 lipca 2019 r strona 6). Zauważyć należy, iż zmiany przepisów są zjawiskiem przewidywalnym, a ich częstotliwość jest przewidywalna na tyle, że Wykonawca jest w stanie zaplanować prace związane z prowadzeniem zmian, zatem nie będą się odbywać codziennie. Mając na uwadze powyższe twierdzenia Zamawiającego są gołosłowne.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający celowo formułuje zarzut nieprecyzyjnie, aby móc formułować twierdzenia w sposób dowolny.

Wymagania serwisu gwarancyjnego dla urządzeń dostarczonych dla utworzenia Środowiska szkoleniowo-testowego jak i użytkowanego przez Zamawiającego obecnie dla obsługi Systemu SEOD Zamawiający opisał w punkcie 9 na stronie 27: Zamawiający wymaga, aby wsparcie przy rozwiązywaniu problemów związanych z działaniem sprzętu było realizowane w trybie 8x5, tj. co najmniej 8 godzin roboczych /dzień przez 5 dni roboczych w tygodniu.

Przy czym Zamawiający zastrzegł, że:

Dla części sprzętu informatycznego obsługującego obecnie wdrożony System SEOD dla Zamawiającego, serwis powinien być realizowany przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego przedstawiciela producenta w zakresie serwisu gwarancyjnego. W terminie 14 dni od zawarcia umowy Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostarczenia oświadczenia producenta urządzeń bądź autoryzowanego serwisu producenta urządzeń potwierdzające objęcie wsparciem technicznym producenta lub autoryzowanego serwisu na cały okres umowy, następujących urządzeń: serwerów i skanerów wymienionych w załączniku nr 3c.

Również w załączniku 3a do SIWZ dla urządzeń dostarczonych w ramach środowiska szkoleniowo testowego Zamawiający zastrzegł, iż serwis musi być świadczony przez producenta sprzętu, co zostało opisane w punkcie 9 na stronie 27. Oznacza to, że utrzymywanie w gotowości specjalistów w zakresie usterek sprzętowych sprowadza się jedynie do stanu gotowości „samego w sobie- dla samego faktu gotowości”, na użytek formułowania zarzutu przez Zamawiającego, albowiem Wykonawca może zareagować jedynie w przypadku sprzętu nie nadającego się do naprawy, wówczas, gdy dostarcza sprzęt zastępczy, na zamianą.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa

Ponadto wytworzenie nowego poprawnego kodu źródłowego stworzonego w związku z błędem aplikacji wiąże się z udzieleniem nowej licencji, co zostało ujęte w tej pozycji kosztowej.

Zgodnie z zapisami SIWZ usługa utrzymania przyjęła brzmienie w punkcie 1.1.2 Stały nadzór Wykonawcy nad Systemem SEOD i Środowiskiem szkoleniowo-testowym w zakresie jego zgodności z obowiązującymi przepisami oraz przygotowanie i wprowadzenie nowych wersji Systemu SEOD i zaimplementowanie ich w Środowisku szkoleniowo-testowym w przypadku zmiany lub wprowadzenia nowych przepisów.

Zauważyć należy, iż zmiany przepisów są zjawiskiem przewidywalnym a ich częstotliwość jej przewidywalna na tyle, że Wykonawca jest w stanie zaplanować prace związane z prowadzeniem zmian.

Mając na uwadze powyższe twierdzenia Zamawiającego są gołosłowne.

34. Ponadto, zgodnie z:

a. §8 ust. 1 Wzoru Umowy: „ Wykonawca zobowiązuje się do oddelegowania zespołu do realizacji Umowy, w skład którego będą wchodzić osoby, o których mowa w Wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 5 do Umowy, zwane dalej Kluczowym personelem zespołu. W wykonaniu przedmiotu Umowy mogą uczestniczyć również inne osoby niż Kluczowy personel zespołu”,

b. §8 ust. 2 Wzoru Umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do zachowania stałego udziału Kluczowego personelu zespołu w realizacji Umowy. Kluczowy personel zespołu nie może być odsunięty od wykonania przedmiotu Umowy z zastrzeżeniem przypadków określonych w ust. 3 lub § 12 ust. 4 lub § 15 ust. 1 pkt 6”;

c. §8 ust. 4 Wzoru Umowy: „Wykonawca oświadcza, że osoby wykonujące czynności związane z utrzymaniem Systemu SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego są zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.) w wymiarze co najmniej pół etatu przez cały okres realizacji Umowy”;

Pomimo kwestii oddelegowania zespołu personelu kluczowego Zamawiający nie wymagał, aby zespół ten miał wykonywać jedynie prace na rzecz Zamawiającego i nie mógł pracować nad innymi pracami Wykonawcy. Żaden zapis postępowania przetargowego nie zabraniał współdzielenia takich kosztów ani nie obligował Wykonawcy do zatrudnienia specjalistów jedynie na wyłączność dla Zamawiającego. Podkreślić należy, iż usługa utrzymania nie jest usługą bieżącej administracji systemem Zamawiającego, nie stanowi wyoutsorsowania usługi w całości, co potwierdza wymagane przez Zamawiającego „minimalne pół etatu”.

Jednocześnie z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wprost wynika nadzór wymaganych specjalistów nad realizacją umowy, zatem zarzut jest spekulacją Zamawiającego.

W żaden sposób nie można przyjąć, że obowiązek nadzoru prac pozwala choćby na domniemanie odsunięcia od prac ekspertów według wymagań Zamawiającego.

35. *Bazując zatem tylko na członkach Personelu Kluczowego, w skład którego zgodnie z Wykazem osób dołączonym do oferty BIT wchodzi 4 osoby, koszty osobowe powinny uwzględniać zatrudnienie każdej z tych osób na podstawie umowy o pracę w wymiarze co najmniej pół etatu, co daje łącznie minimum 320 godzin pracy w miesiącu.*

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

36. *Powyższe odnosi się tylko do osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Wykonawcy, których kwalifikacje i doświadczenie kwalifikują ich jako ekspertów/starszych inżynierów.*

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

37. *Powyższe w opinii Zamawiającego przesądza o tym, że liczba roboczogodzin podana tabeli (...) – tajemnica przedsiębiorstwa (obejmującego usługi utrzymania SEOD i ŚST) oraz wynikające z niej koszty osobowe Personelu Kluczowego oraz innych osób, które będą uczestniczyły w realizacji Zamówienia (...) – tajemnica przedsiębiorstwa zostały zaniżone, co powoduje, że wykonanie Zamówienia za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę jest niemożliwe bez poniesienia straty.*

Zamawiający w tym zakresie formułuje opinię nieopartą żadnym uzasadnieniem, a jedynie subiektywną oceną być może wynikającą z mylnego przekonania o klasyfikacji inżynierów.

Subiektywność oceny Zamawiającego nie może pozostawać poza możliwością weryfikacji. Zdaniem Odwołującego twierdzenia Zamawiającego, z których następnie formułowane są zarzuty muszą mieć oparcie w faktach w przeciwnym razie Zamawiający na

postawie niczym nie uzasadnionych przekonań zyskał by prawo kwestionowania każdej oferty. Jak wynika z orzecznictwa istotą odrzucenia jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą twierdzeń Zamawiającego. Naturalnie zatem nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją.

W tym miejscu należy też odnieść się do sprecyzowanych wymagań Zamawiającego pod kątem wykonywania zmian w systemie w ramach prowadzonego stałego nadzoru Wykonawcy nad systemem SEOD i środowiskiem testowym, który obliguje Wykonawcę do weryfikacji systemów w zakresie ich zgodności z przepisami i wprowadzenie nowych wersji w przypadku zmiany tych przepisów, lub wprowadzenia całkiem nowych przepisów. Trudno przyjąć, że takowe zmiany podyktowane zmianami legislacyjnymi będą miały miejsce codziennie, lub będą mieć charakter nagłej interwencji.

Zamawiający także pomija koszty, które zostały wskazane (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. Błąd Zamawiającego w tym kontekście wynika z tego, iż w koszcie usług utrzymania, Zamawiający nie bierze pod uwagę, że Wykonawca na etapie późniejszym nie będzie musiał wykonywać czynności takich jak analiza od podstaw, inwentaryzacja, sprawdzenie kodów, inwentaryzacja dokumentacji, środowiska sprzętowego i programowego, które zaplanował w pierwszej kolejności i będzie posiadał wdrożone procedury pozwalające na przyspieszenie czasów napraw i nowych zmian.

Odwołujący wskazuje po raz kolejny, że (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa* poniesie koszty niezbędne do optymalizacji działań metod obejścia w momencie awarii itp. tzn. w takim założeniu Odwołujący nie będzie musiał rozpoznawać środowiska na etapie naprawy i dopiero wtedy tworzyć aktualnej dokumentacji zmian. Warto wskazać, że sam Zamawiający nie neguje zadań i kosztów ponoszonych przez wykonawcę w tym zakresie, opisanych (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Już tylko w tym kontekście zarzut Zamawiającego jakoby usługa miałaby zostać zaniżoną, jest nieuzasadniony, ponieważ przystępując do rozwiązywania problemów, Wykonawca będzie dysponował pełną wiedzą na temat środowiska, nie zaś rozpoznawał je dopiero w trakcie zgłoszenia problemu, znał jego ograniczenia, a także wykorzysta wszelkie procedury celem sprawnego świadczenia usługi.

38. Z kolei w odniesieniu do drugiego z powyższych aspektów (tj. zbyt niskiej stawki za roboczogodzinę), Zamawiający zwraca uwagę, że przyjęta przez Wykonawcę stawka za roboczogodzinę (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa* jest zdecydowanie zaniżona oraz oderwana od realiów rynkowych branży IT.

Zamawiający nie może formułować zarzutów w oparciu o opinię niepopartą żadnym uzasadnieniem. (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Ponadto wskazujemy, że w niniejszym postępowaniu jedyną rynkową odpowiedzią na zapytanie

Zamawiającego jest oferta BIT.

Zatem w niniejszym postępowaniu to Odwołujący określił realia rynkowe. Nie jest wiadome na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, że stawka jest zdecydowanie zaniżoną i czym się kierował dokonując takowej oceny. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien opierać się na realiach rynkowych np. na raportach firm analitycznych lub chociażby na cenie podanej przez pośrednika odsprzedającego godziny nadzoru autorskiego w warunkach wstępnej wyceny tzn. przy braku konkurencji i założeniu dalszego Vendor Locking np. z oferty Netii z 23 stycznia 2019r. gdzie ww. oferent zaproponował do szacowania jedną stawkę ryczałtową - 181zł za roboczogodzinę nadzoru autorskiego, która uwzględnia: wszystkie narzuty w tym marżę pośrednika, który zakładał że w postępowaniu nie wpłynie żadna oferta, koszty ogólne, zysk, ryzyko na koszty nieprzewidziane, dojazdy na spotkania, koszty ew. rozpoznania środowiska, dokumentacji, kary umowne, finansowanie itp. itd. Wszystkie te koszty u Wykonawcy stanowią koszty wydzielone i są uwzględnione odrębnie.

39. Co istotne, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do Wyjaśnień w żaden sposób nie udowodnił podstawy przyjęcia tak niskich stawek (np. wyciągów z umów, zestawień płac, faktur VAT, etc.) ograniczając się do jedynie niczym nieopartych zapewnień, które trudno uznać za wiarygodne.

Należy zauważyć, iż Wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację przyjętych stawek, nie prezentując przy tym ani stawek zaniżonych, ani stawek z pogranicza stawki minimalnej oraz jako dowód podał jako dowód linki do bieżących raportów firm analitycznych, które jednoznacznie wskazują, że osoby o wymaganych kwalifikacjach podanych przez Zamawiającego w wymaganej znajomości ASP.Net, MS SQL a także HTML, JAVA, JAVA Scirpt uzyskują wynagrodzenia dla których mediana odpowiada podanym w kalkulacji stawkom. Jak uznała w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1453/18 z dnia 10 sierpnia 2018 r W sytuacji, gdy prezentowane stawki są rynkowe nie sposób wymagać, aby podmiot załączał każdorazowo do wyjaśnień owe umowy. Nie mniej jednak, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości w powyższym zakresie winien zapytać o te kwestię Wykonawcę. Co do zasady, przedmiotem wyjaśnień jest podawanie konkretnych informacji (np. co do sposobu kalkulacji kosztowej).

40. W szczególności Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z przytoczoną powyżej treścią §8 ust. 1, 2 i 4 Wzorca Umowy wymagany jest stały udział w realizacji Zamówienia Personelu Kluczowego, w skład, którego, zgodnie z ofertą Wykonawcy, (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Tymczasem Wykonawca w swych Wyjaśnieniach (str. 17) oświadczył, że w zakresie usług utrzymaniowych procentowy udział poszczególnych specjalistów będzie następujący: (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Kwestie nomenklatury swojego nazewnictwa Wykonawca wyjaśnił w odpowiedzi na zarzut nr 36. Szczegółowe wyjaśnienia w powyższym zakresie zostały zawarte także w wyjaśnieniach Wykonawcy.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, że sam Zamawiający w §8 umowy, w punkcie 1 wskazał: Wykonawca zobowiązuje się do oddelegowania zespołu do realizacji Umowy, w skład którego będą wchodzić osoby, o których mowa w Wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 5 do Umowy, zwane dalej Kluczowym personelem zespołu. W wykonaniu przedmiotu Umowy mogą uczestniczyć również inne osoby niż Kluczowy personel zespołu. Skoro zatem kluczowy personel ma posiadać kwalifikacje najogólniej rzecz ujmując programistów, to oczywistym jest, że Zamawiający przewiduje, że potrzebny też będzie inżynier sieciowy, sprzętowiec czy inżynier backupu. Już choćby z tego zapisu wynika, że Zamawiający taką świadomość posiada, choć kwalifikacji nie wymagał. Oczywistym w tym kontekście jest przyjęcie walidacji, z której wynika nomenklatura Wykonawcy, określająca spektrum kompetencji w ramach samodzielności działania. W naszym przekonaniu sformułowanie zarzutu wynika (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. Podkreślamy, że gdyby Zamawiający zwrócił się z prośbą o sprecyzowanie, ta kwestia zostałaby mu odpowiednio wyjaśniona.

Zamawiający całkowicie pominął w tym miejscu wyjaśnienia Wykonawcy, z których wynika, że inżynierowie wskazani jako kluczowy personel oddelegowany do świadczenia usług Zamawiającemu, nie obsługują jedynie Zamawiającego, a wykonawca dzieli te koszty pomiędzy wykonywane aktualnie umowy. Trudno oczekiwać by zatrudnieni przez Wykonawcę specjaliści racjonalnie i ekonomicznie nie byli angażowani w inne zadania, a jedynie otrzymywali wynagrodzenie za nic nierobienie. Zarzut też nie może się ostać choćby z tego względu, że sam organizacyjny proces technicznej obsługi zgłoszenia wymaga odebrania telefonu, nadania numeru zgłoszenia, skwalifikowania zgłoszenia, opisanie i zweryfikowania problemu, czyli czynności, które wchodzi w proces usługi, natomiast trudno oczekiwać od racjonalnego Wykonawcy, by obowiązek rejestrowania zgłoszeń powierzał swojemu najbardziej wykwalifikowanemu personelowi. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Wykonawca zapewnił Zamawiającemu stały udział ekspertów. Nie mniej byłoby irracjonalnym, gdyby to ekspert dowoził sprzęt na podmień, czy opracowywał statystyki zgłoszeń lub raporty. Zamawiający formułując ten zarzut stara się nadać wyjaśnieniom Wykonawcy inny sens, niż to Wykonawca przedstawiał. Stały udział kluczowego personelu, obok innych pracowników jak to wskazał Zamawiający również zależny jest od charakteru zgłoszenia, obsługiwanego jednak zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego pod nadzorem wymaganego przez Zamawiającego eksperta. Trudno oczekiwać, że usterkę sprzętową jako część usługi utrzymania dotyczącej sprzętu, który posiada Zamawiający (i na który wymagał wykupienia opieki serwisowej świadczonej przez producenta lub jego autoryzowany serwis) będzie naprawiał inżynier zajmujący się tworzeniem oprogramowania, co nie wyklucza jednak ew. nadzoru. Zdaniem Odwołującego jedynie na potrzeby odrzucenia Zamawiający pomija skonstruowane przez siebie warunków postępowania a wątpliwości Zamawiającego mają bardziej charakter spekulacji niż logicznej wypowiedzi.

41. *Wykonywanie usług utrzymania SEOD oraz ŚST głównie (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.*

stoi w sprzeczności z ww. postanowieniami umowy oraz (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. W opinii Zamawiającego przy takim założeniu należyte wykonanie Zamówienia przez Wykonawcę (tj. zgodnie z umową) jest niemożliwe bez ponoszenia straty.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Oprócz obszernych wyjaśnień nomenklatury nazewnictwa, który został szeroko opisany w odpowiedzi na zarzut 36 odwołać się także należy do oczywistych okoliczności świadczenia usługi. Podkreślić należy, że udzielone wyjaśnienie sprowadza się do opisywania czynności oczywistych takich jak sam organizacyjny proces przyjmowania zgłoszeń, ustalania problemów, wysyłki sprzętu, czy też organizacji jego odbioru. Skąd inąd znany zresztą Zamawiającemu, z innych realizacji Odwołującego. Niewątpliwie chociaż czynność należy do usług, to trudno mówić o udziale w każdej tej czynności profesjonalistów z najwyższymi kwalifikacjami, co wynika z wyjaśnień. A to właśnie Zamawiający próbuje interpretować jako brak udziału w usłudze.

Usługa rozwoju

42. Powyższe uwagi należy odnieść również do stawki za roboczogodzinę usług rozwoju, która w ofercie Wykonawcy wynosi 100 zł netto (tj. 123 zł brutto). W opinii Zamawiającego stawka ta jest nierealna co najmniej z kilku powodów.

Zamawiający całkowicie pominął wyjaśnienia Wykonawcy, interpretując je według własnego uznania. Zamawiający kwestionuje realność stawek wykonawcy, jednak na zagadnienie stawki za roboczogodzinę rozwoju należy spojrzeć poprzez chociażby wykonawcę Netia który sam najlepiej wie jakie stawki należy podać do szacowania ceny. WWW wykonawca podał do szacowania stawkę 181zł za roboczogodzinę netto. Jak już wcześniej zauważył Odwołujący, podana stawka 181 zł jest stawką nadzoru autorskiego w warunkach szacowania tzn. warunkach niekonkurencyjnych, przy założeniu Vendor Locking na który wskazuje obszerna, przytaczana przez Odwołującego korespondencja z Zamawiającym. Stawka ta zgodnie z ofertą z 23 stycznia 2019 stanowi stawkę wraz z marżą odsprzedawcy/pośrednika telekomunikacyjnego który Odwołujący szacował na 100-200% stawki bazowej podwykonawcy Timsi. Stawka zawiera ponadto wszelkie inne koszty w tym koszty ogólne, koszty dojazdu itp. itd. Zatem przyjęte do kalkulacji przez Odwołującego cena roboczogodziny w wysokości 100zł netto nie odbiega zasadniczo od spodziewanej ceny rynkowej.

43. Po pierwsze, wysokość tej stawki znacząco różni się z wysokością stawki za roboczogodzinę prac rozwojowych zaoferowanej w ramach umowy o analogicznym przedmiocie zawartej w 2014 r. oraz z wyceną przedstawioną w ramach rozeznania rynku przez jednego z wiodących dostawców na polskim rynku (tj. 181 zł netto).

Odwołujący odniósł się do powyższego zarzutu w punkcie 42. Uzupełniając swoje stanowisko pragnie wyjaśnić, że samo porównanie usług z usługami konkurencji, które są droższe - nie jest w takim przypadku właściwie zastosowaną metodą ustalania oferty rażąco niskiej i nie może

prowadzić do sytuacji, w której odrzuca się ofertę ekonomicznie i gospodarczo uzasadnioną i tańszą, a przyjmuje się za wiarygodne szacowanie Zamawiającego w oparciu o zgoła inne warunki brzegowe, bowiem to wypacza reguły uczciwej konkurencji, funkcję ustawy Pzp, zapewniającą przejrzysty, optymalny i tani wybór najlepszej oferty.

Pomijając oczywistą zasadniczą różnicę w przedmiocie zamówienia z 2014 roku, która polegała między innymi na stworzeniu od podstaw systemu SEOD, wraz z siecią podkładową, dostawie sprzętu i jego obsłudze, ów wiodący dostawca na rynku, który w rzeczywistości jest firmą telekomunikacyjną i prowadzi zupełnie inny charakter działalności, nie był zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, a więc stawka zaproponowana w 2019 roku, nie została skonfrontowana w realiach rynkowych.

Ponadto z dokumentacji postępowania z 2014 roku wynika, że rzeczywisty wykonawca usługi firma TIMSI, również w 2014 roku nie występował samodzielnie tzn. za całość zadania, w tym również w zakresie wystawiania faktur do Zamawiającego odpowiedzialny był wykonawca Netia. Dodatkowo należy wskazać, jak pokazuje analiza publicznie dostępnych informacji na portalu eGospodarka:

<https://www.przetargi.egospodarka.pl/kto-wygral/13948045,timsi-sp-z-o-o.html>

że wykonawca Timsi często występuje samodzielnie na rynku oferując swoje usługi w tym do jednostek administracji państwowej o charakterze zbliżonym do Zamawiającego. Jednak Zamawiający nie odpytał tego wykonawcy, mimo że wiedział, że to on faktycznie będzie miał największą wiedzę o swoich kosztach bowiem to on finalnie miałby wykonywać ew. prace.

Ponadto wskazać należy na niekonsekwencje samego Zamawiającego, który oszacował zamówienie przyjmując godzinę pracy inżyniera, zgodnie z udostępnionym szacowaniem budżetu, na poziomie 325zł netto tzn. 400,00 zł brutto (tzn. o 45% więcej niż podana stawka przez Netię - 181,00zł) oraz nadal w uzasadnieniu (punkty 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 37) stał na stanowisku, że jego szacowanie jest rzetelne. Jednak w zarzucie nr 43 posługuje się kwotą 181zł netto, co w tym miejscu wyraźnie zmienia jego stosunek do własnego szacowania o 45% ceny.

44. Po drugie, zdecydowanie odbiega ona od ceny za roboczogodzinę prac rozwojowych oszacowanej przez Zamawiającego w ramach toczącego się Postępowania, tj. 325,20 zł netto. Wysokość tej stawki została ustalona przez Zamawiającego na podstawie własnego doświadczenia wynikającego z realizacji kontraktów IT oraz z uwzględnieniem aktualnej sytuacji panującej na rynku usług IT, w szczególności wysokiego zapotrzebowania na specjalistów IT oraz związanego z nim wzrostu płac jak również ogólnego wzrostu cen w stosunku do warunków rynkowych panujących w 2014 r.

Odpowiedź na zarzut odnośnie oszacowanej stawki w wysokości 325,20 zł netto za godzinę (ok 400zł brutto za roboczogodzinę) zawiera się w odpowiedzi na zarzut w punkcie 43. O ile przydatnym jest własne doświadczenie Zamawiającego i znajomość rynku IT, to jednak racjonalność przyjętych założeń za każdym razem bezspornie weryfikują warunki rynkowe, takie same dla każdego uczestnika, oraz dokładnie określone w tym samym czasie i miejscu. Samo

wysokie zapotrzebowanie na specjalistów IT nie jest wyznacznikiem windowania stawek. O regułach rynku, nie stanowi pułap maksimum, lecz minimum wynikający z podaży skorelowanej z popytem.

Podkreślić należy, że szacunki dotyczą Zamawiającego nie Odwołującego, ponadto zostały sprecyzowane w oparciu jedną ofertę - ofertę Netia, gdyż Zamawiający pomiał pozostałych oferentów: Asseco S.A, Comarch S.A, Timsi sp. z o.o., SimpliCity S.A. S.K.; IT Solution Factor sp. z o. o. W takim świetle rynkowość dokonanych przez Zamawiającego szacunku, może budzić wątpliwości, tym bardziej spotęgowane faktem, iż jedyny zainteresowany udziałem i zapytany o cenę Wykonawca Netia wskazuje stawkę (181,00zł netto) 222,63 zł brutto, którą Zamawiający niemalże podwoił i zaokrąglił przyjmując 399,99 zł brutto za roboczogodzinę. Powyższe znalazło się w wyjaśnieniach Wykonawcy odnośnie rażąco niskiej ceny.

Szacowanie ceny, co trudno pominąć dotyczy zupełnie innego sposobu wykonania usług, nie można zatem przyjąć arbitralnie, iż można je traktować uniwersalnie, z pominięciem faktu, że Odwołujący nie jest dotychczasowym wykonawcą usługi, występuje samodzielnie nie w konsorcjum oraz inna jest jego organizacja pracy.

Kontrargumentem Wykonawcy, który nigdy nie spotkał się z tak rażąco wygórowana stawką było zestawienie zbiorcze wynagrodzeń w oparciu o raport płacowy S. & S. dla branży IT 2019 r, w którym uczestniczyło 109 firm, które przekazały dane o 11.556 pracownikach. Raport zawiera analizy dla 119 stanowisk. Wśród uczestników badania najwięcej firm, tj. 52% próby, zajmuje się produkcją oprogramowania, a firmy o profilu usługowym to 30% wszystkich uczestników.

Zgodnie z raportem płacowym S. & S. dla branży IT 2019r. wynagrodzenie całkowite wypłacone w oparciu o umowę pracę dla eksperta o najwyższych kompetencjach potwierdzonych certyfikatami, oraz językiem angielskim wynosiło 14 509,00 zł co daje stawkę godzinową około 86,00- 90,00 zł natomiast dla starszego informatyka 7750 zł, co daje stawkę godzinową na poziomie 46,00.

Co do ogólnego wzrostu cen, które uzasadniałyby stawkę 400,00 brutto bez grosza za godzinę pracy, które miałyby korelować z przyjęciem wzrostu stawki rynkowej z 90,00 zł dla dwujęzycznego eksperta, legitymującego się dyplomami o ponad 300%, to wskazuję, że według danych Głównego Urzędu Statystycznego:

W odniesieniu do 2014 roku, zgodnie z Komunikatem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 15 stycznia 2015 r.

Na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1440, z późn. zm.1)) ogłasza się, że średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2014 r. w stosunku

do 2013 r. wyniósł 100,0 (ceny pozostały na takim samym poziomie), w stosunku do 2015 roku Na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 748, z późn. zm.1)) ogłasza się, że średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2015 r. w stosunku do 2014 r. wyniósł 99,1 (spadek cen o 0,9 %). W stosunku do 2016 roku Na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 887, 1948, 2036 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 2 i 38) ogłasza się, że średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2016 r. w stosunku do 2015 r. wyniósł 99,4 (spadek cen o 0,6 %). 2018 Na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1383, 1386 i 2120) ogłasza się, że średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2017 r. w stosunku do 2016 r. wyniósł 102,0 (wzrost cen o 2,0%).

Dane pochodzą ze strony: <https://stat.gov.pl/sygnalne/komunikaty-i-obwieszczenia/lista-komunikatow-iobwieszczen/komunikat-w-sprawie-sredniorocznego-wskaznika-cen-towarow-i-uslugkonsumpcyjnych-ogolem-w-2017-r-,50,5.html>

Jeśliby nawet przyjąć wzrost cen, który wskazuje Zamawiający, jako uzasadnienie podnoszenia stawek wynagrodzeń to trudno przyjąć by wzrost cen o 2% uzasadniał racjonalne podniesienie stawek z 181,00 zł netto do 325,00zł netto.

Podobnie w zakresie wzrostu kursu euro, który miałby być powodem zasadniczego wzrostu stawki z 2014 do 2019 roku o 45% wskazać należy, że zgodnie z publikacją NBP średni kurs Euro w dniu podpisania umowy z konsorcjum Netia tzn. w dniu 4 listopada 2014 roku wynosił

1	euro	=	4,23zł
---	------	---	--------

<https://www.nbp.pl/home.aspx?navid=archa&c=/ascx/tabarch.ascx&n=a214z141104>

natomiast w dniu szacowania przez Zamawiającego tzn. w dniu 23 stycznia 2019 wynosił 1 euro = 4,29zł

<https://www.nbp.pl/home.aspx?navid=archa&c=/ascx/tabarch.ascx&n=a016z190123>

tzn. wystąpiła zmiana ok. 1% kursu euro.

45. Po trzecie, podobnie jak ma to miejsce w przypadku usług utrzymania, wysokość zaoferowanej stawki (tj. 100 zł netto) została ustalona przez BIT (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. W celu zredukowania stawki za roboczogodzinę do takiego poziomu Wykonawca przyjął, że procentowy udział poszczególnych specjalistów w pracach rozwojowych będzie wynosił: (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

Jak wcześniej Odwołujący wskazał (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający myli pojęcia udziału % w pracach zespołowych z wysokością stawki przyjętej, która została zaprezentowana w wyjaśnieniach. Wynika to z organizacji pracy

u Wykonawcy, której nie da się w żaden sposób uśrednić, gdyż stawki wynagrodzeń zostały zaprezentowane w sposób kwotowy i nie podlegają żadnemu uśrednieniu. Zarzut Zamawiającego w tym zakresie jest bezpodstawny i nie ma żadnego oparcia w przyjętych kalkulacjach, nie da się bowiem uśrednić wynagrodzenia, które jest wypłacane każdemu z osobna. Wyjaśnienie % udziału kosztów w koszyku dotyczy kosztów obsługi projektu, nie kosztów wynagrodzenia. Zamawiający celowo pomija fakt, że Wykonawca prowadzi także inne projekty, których koszty obsługi może współdzielić oraz w organizacji jego pracy następuje dywersyfikacja zadań. Nie ma żadnych podstaw, by przyjmować jakąkolwiek uśrednioną stawkę za roboczogodzinę wykonania prac jako wynagrodzenie, gdyż stanowi ona zupełnie inny koszt, ani niemożliwy do uśrednienia ani należący do tej samej grupy rodzajowej kosztów. Zamawiający myli dwa różne pojęcia kosztów, które interpretuje w oderwaniu od zasad rachunkowości i wskaźników rentowności, na potrzeby własne przyjmując ich dowolną interpretację. Z wyjaśnień Wykonawcy wprost wynika, do czego powyższe koszty się odnoszą i jaka jest ich korelacja, natomiast przyjęcie kosztu wynagrodzenia w prostej relacji do % udziału w pracach jest niczym nie uzasadnione i nie właściwe, sprzeczne z logiką i jakimkolwiek zasadami ekonomii (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*.

O ile wycena kosztów realizacji zamówienia związanego z dostawą określonych materiałów czy urządzeń może być zweryfikowana poprzez odniesienie się do wartości rynkowej takich produktów, o tyle wycena usług polegających w dużej mierze na pracy personelu zatrudnionego przez danego Wykonawcę a także przyjętej strategii wykonania zamówienia nie podlega prostej weryfikacji poprzez odwołanie się do obiektywnych czynników rynkowych.

Przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania i rozwoju produktu stworzonego w ramach indywidualnych potrzeb Zamawiającego, którą nie sposób odnieść czy porównać w prosty sposób do produktów standardowych.

46. Przyjęcie takiego założenia oznaczałoby, że Personel Kluczowy Wykonawcy składający się z ekspertów, który zgodnie z §8 ust. 1 i 2 Wzoru Umowy powinien zostać oddelegowany do jej realizacji oraz mieć w niej stały udział, (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Taki stan rzeczy jest zaś nie do pogodzenia w wymaganiach Zamawiającego określonych w dokumentacji Postępowania (m.in. we Wzorce Umowy i Opisie przedmiotu zamówienia, zwanego dalej OPZ).

Zarzut stanowi spekulację Zamawiającego i nie ma żadnego oparcia w wyjaśnieniach Wykonawcy. Nie wiadomo na podstawie czego Zamawiający wywnioskował, iż Wykonawca nie oddeleguje kluczowego personelu do realizacji umowy oraz kluczowy personel nie będzie mieć w nim udziału. Kwestia ta została opisana w odpowiedzi na zarzut 36. Ponadto jak wyjaśnił, (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa* trudno zatem stwierdzić by na jakimkolwiek etapie Zamawiający był pozbawiony eksperta wskazanego w wykazie osób.

47. Ponadto, odnosząc się zbiorczo do Wyjaśnień RNC dotyczących: a. uruchomienia projektu (tabela str.20),

a) usług utrzymania (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

b) usług rozwoju (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający zwraca uwagę, że każda z tych tabeli zawiera pozycje „kosztów ogólnych”. Pozycje te nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla nieuwzględnienia wszystkich kosztów, o których mowa powyżej. Jak bowiem stwierdziła, KIO w wyroku z 17 kwietnia 2018 r. (KIO 627/18): „Już sama skala wytkniętych przez zamawiającego nieprawidłowości może świadczyć o istotnym wpływie wyceny poszczególnych elementów na cenę oferty, a Odwołujący nie wykazał, aby było inaczej. Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu niezasadności kwestionowania przez zamawiającego wykazywania w wyjaśnieniach wykonawcy pozycji „koszty ogólne” stwierdzić należy, że nieuprawnione jest powoływanie się na tę pozycję w celu usprawiedliwienia nieuwjęcia lub niedoszacowania kosztów, które powinny być ujęte bezpośrednio przy wycenie konkretnych składników przedmiotu zamówienia, z którymi są związane. Słusznie stwierdził zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia, że wskazanie przez wykonawcę pozycji „koszty ogólne”, która służy do ujęcia kosztów pośrednich, niewycenianych bezpośrednio w innych pozycjach, uniemożliwia ocenę rzetelności i poprawności kalkulacji cenowej oferty”.

Należy podkreślić, iż wyrok, na który powołuje się Zamawiający dotyczył odmiennego stanu faktycznego, niż ten który dotyczy niniejszego postępowania. W tamtym postępowaniu KIO 627/18 Gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona została na zlecenie podmiotu, który nie złożył oferty co spowodowało, że oznaczenie tego podmiotu w treści gwarancji nie zidentyfikowało wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, iż wadium wniesione przez ww. wykonawcę w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nie może być traktowane jako wadium skutecznie zabezpieczające ofertę złożoną przez wykonawcę, a Izba oceniła czynność Zamawiającego jako prawidłową. Ponadto odwołujący się Wykonawca w treści odwołania w przeważającym zakresie nie przedstawił polemiki ze szczegółowymi podstawami odrzucenia jego oferty, ograniczając się do ogólnych twierdzeń mających podważać dokonaną przez Zamawiającego czynność, w związku z czym ocenie Izby zostały poddane te twierdzenia Odwołującego, które wynikają wprost z wniesionego odwołania. Dodatkowo odwołujący się podnosił, że Zamawiający oparł się na wyjaśnieniach, które nie są niezmiennie, w związku z czym Izba uznała, że trudno przyznawać wykonawcy prawo od zmieniania swoich wyjaśnień poprzez przedstawienie wyjaśnień odmiennych niż poprzednie. W kontekście rażąco niskiej ceny natomiast zauważyć należy, że wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło pozycji o wartości ok. 50 mln zł (okoliczność niezakwestionowana przez Odwołującego), a znacznej części z nich Odwołującemu nie udało się przekonująco wyjaśnić.

W tym kontekście Izba uznała, że: „Już sama skala wytkniętych przez Zamawiającego nieprawidłowości może świadczyć o istotnym wpływie wyceny poszczególnych elementów na cenę oferty, a Odwołujący nie wykazał, aby było inaczej”.

Ta sytuacja nie dotyczy Odwołującego, który jak sam wskazał nie popełnił błędów nawet tych arytmetycznych, które zarzuca mu Zamawiający. Ponadto należy zauważyć, że w wyjaśnieniach (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie zmienia swoich wyjaśnień, wręcz przeciwnie stoi na stanowisku, iż wyjaśnił wszelkie kwestie, o które został zapytany. Ponadto w wyjaśnieniach Wykonawcy wprost znajduje się wyjaśnienie konkretnych składników przedmiotu zamówienia, z którymi są koszty

są związane.

48. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy ze względu na to, że zaoferowane przez niego stawki za: (i) utrzymanie SEOD, (ii) utrzymanie ŚST oraz (iii) usługi rozwojowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu Zamówienia, co powoduje, że realizacja całości Zamówienia nie jest możliwa za zaoferowaną przez niego cenę (cena całkowita za wykonanie przedmiotu Zamówienia jest nierealistyczna).

Z powyższego zarzutu nie wynika przez pryzmat jakiego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oprócz ogólnych stwierdzeń odnoszących się do opinii Zamawiającego, że stawki są rażąco niskie Zamawiający stwierdza rażące zaniżenie oferty BIT. Zdaniem Odwołującego Zamawiający musi udowodnić swoje twierdzenia. Każdorazowo to dany Wykonawca składa wyjaśnienia i muszą być one oceniane indywidualnie, a nie grupowo przez pryzmat zupełnie innego podmiotu, a to ma miejsce w tej sprawie, w której Zamawiający posługuje się ogólnikami lub ofertą szacowania konkurencji złożoną w warunkach przeświadczenia o niemożności świadczenia usługi przez żaden inny podmiot, nieuwzględniając rozpoczęcia świadczenia usług przez innego Wykonawcę niż dotychczasowy, z pominięciem wyjaśnień wszystkich kosztów jakie Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach.

Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego ale należy w tym aspekcie uwzględnić zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. W swoim działaniu nie może jednak Zamawiający korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji Wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego.

49. Do takiego wniosku prowadzi również to, że Wyjaśnienia RNC nie odpowiadają w pełni treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego 31 października 2019 r. Z kolei w części, w której Wyjaśnienia ta korespondują z treścią wezwania - potwierdzają one, że cena zaoferowana przez BIT jest rażąco niska. Tym samym Wykonawca, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 PZP, nie obalił domniemania RNC, które powstało w chwili wezwania go do wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego dla stwierdzenia RNC nie wystarczy, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia. Istotne, aby była to cena która powoduje, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby nieopłacalne. Twierdzenie o istnieniu ceny rażąco niskiej nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od szacowanej oferty konkurencji, która w dodatku nie jest zainteresowana finalnie złożeniem oferty.

Warto tutaj wskazać, na niekonsekwencję Zamawiającego, który z jednej strony wskazuje, że cena usług jest rażąco niska, a z drugiej, że rażąco zawyżona.

Mając na uwadze wyjaśnienia Odwołującego, w zakresie organizacji pracy i konieczności poniesienia kosztów w danym momencie, trudno oczekiwać, że Odwołujący, będzie liczył koszty podwójnie. Nie zrozumiałym jest zatem dlaczego mimo konkretnego opisanie sposobu kalkulacji ceny, Zamawiający pomija argumentację.

Odrzucenie oferty BIT ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji

50. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK - tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w związku z art. 3 ust. 1 UZNK.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem, że jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podtrzymując argumentację wskazaną we wstępnej części pisma dodatkowo stwierdza, że:

Ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i - odrębnie - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, stąd automatyczne uznanie, w przypadku stwierdzenia, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, także, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest uzasadnione.

51. W tym kontekście Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, że na cenę całkowitą oferty składają się 4 elementy: (i) cena za utrzymanie ŚST, (ii) cena za utrzymanie SEOD, (iii) cena za licencję na ŚST oraz (iv) cena za usługi rozwoju.

Należy zauważyć, że elementy te nie są oceniane jako kryteria oceny, gdyż cena stanowi jedno kryterium 60%. Jest to także cena całkowita, ryczałtowa. Dysproporcja między tym co oszacował Zamawiający, a tym co wyjaśnił Wykonawca wynika przede wszystkim z dwójakiego przedstawienia kosztów, w oparciu o zadania i usługi, które Zamawiający sztucznie oddziela i swobodnie interpretuje, pomijając w tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy.

52. Zaoferowane przez Wykonawcę ceny za 3 z 4 powyższych istotnych elementów składowych ceny całkowitej, tj. ceny za: (i) utrzymanie ŚST, (ii) utrzymanie SEOD, oraz za (iii) usługę rozwoju zostały przez Wykonawcę rażąco zaniżone, co Zamawiający wykazał

powyżej. Zaoferowanie cen na tak niskim poziomie, w oderwaniu od cen rynkowych, ma bezpośredni wpływ na przyznanie BIT punktów w kryterium „Cena” i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Obniżenie ceny któregośkolwiek elementu przedmiotu Zamówienia stanowi bowiem nieuczciwą manipulację w celu uzyskania lepszej punktacji według przyjętego systemu oceny ofert w kryterium ceny. Oczywistym jest przy tym, że niska cena jednego z elementów przedmiotu zamówienia miała przełożenie na cenę łączną. Działanie takie ogranicza i zakłóca rynkowe reguły uczciwego konkurencji, narusza interes innych przedsiębiorców.

Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do oferty uzyskanej na etapie szacowania nie jest dowodem, iż złożenie oferty przez BIT stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym Wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurencja Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Ustawodawca w sposób wyraźny dokonał rozróżnienia pojęcia rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem jakakolwiek próba utożsamiania tych instytucji jest nieuprawniona. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny nie daje możliwości jednoczesnego przypisania Wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto jak było wcześniej, punktacja oferty przydzielana jest za cenę całkowitą ryczałtową.

53. *Powyższe stanowisko Zamawiającego znajduje oparcie w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku z 19 kwietnia 2019 r., KIO 619/19, w którym Izba wskazała, że: „ W ocenie Izby zamawiający miał jednocześnie podstawy uznać, że zaniżenie cen w tych elementach przedmiotu zamówienia stanowi przejaw nieuczciwego manipulowania tymi cenami w celu uzyskania lepszej punktacji wg przyjętej punktacji w kryterium ceny. W konsekwencji zamawiający prawidłowo odrzucił te oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 ZamPubU, jako zawierające rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego oczywiste jest, że w tej sprawie obie wskazane przez zamawiającego podstawy odrzucenia pozostają ze sobą w ścisłej korelacji, gdyż stwierdzenie rażącego zaniżenia cen legło u podstaw uznania tych cen za znamię czynu nieuczciwej konkurencji.”*

Zauważyć należy, że Zamawiający przytacza na poparcie swojego stanowiska zupełnie inną sytuację niż sytuacja Odwołującego, której nie można nawet przypisać analogii.

Orzeczenie, na które Zamawiający się powołuje dotyczy sytuacji, w której kryterium ofert stanowiło 100% ceny, rozbite wewnętrznie na następujące podkryteria:

Liczba punktów przyznanych za cenę oferty zostanie wyliczona wg wzoru: $C_x (CK_{min} / CK_x) \times x$ pkt gdzie: x - numer badanej oferty; C_x - liczba punktów przyznanych za cenę badanej ofercie; CK_{min} - najniższa cena brutto wśród ważnych ofert obliczona na podstawie wzoru; CK_x - cena brutto badanej oferty obliczona na podstawie wzoru. Obliczenia będą wykonywane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Cena brutto oferty zostanie wyliczona wg wzoru: $CK_x CT_x + C_{zx} + C_{sx} + RG_x + N_x$ gdzie: x - numer badanej oferty; CT - roczny koszt utrzymania porządku na terenie utwardzonym; Cz - roczny koszt pielęgnacji terenów zieleni; Cs - roczny koszt wywozu śniegu; RG - roczny koszt roboczogodzin; N - roczny koszt zakupu materiału roślinnego, materiałów ogrodniczych,

środków ochrony roślin i nawozów i narzutu.

Zamawiający zastrzegł że: każda z cen jednostkowych stanowić powinna samodzielną i rynkową wycenę usługi, do której się odnosiła, mając na względzie zakładane przez Zamawiającego ilości prac do wykonania, mieszczące się w zakresie każdej z opisanych czynności. Wynikało to z możliwości zrezygnowania Zamawiającego i odstąpienia od zlecenia odśnieżania np. ścieżek rowerowych, lub chodników w parku co jednoznacznie wynikało z SIWZ.

Zgodnie z orzeczeniem zapadłym w niniejszej sprawie odwołujący się Wykonawca, w drodze wyjaśnień rażąco niskiej ceny pomiędzy wyjaśnieniami złożonymi na wezwanie Zamawiającego a kalkulacją zaprezentowaną w treści odwołania Wykonawca dokonał zmian w niektórych kwotach, a także nie udowodnił rocznego kosztu pielęgnacji terenów zieleni, który od pozostałych cen zaoferowanych przez Wykonawców w tym zakresie (w jednej pozycji) różnił się aż o 70,75%, zakładając że z niektórych pozycji w ogóle Zamawiający nie będzie korzystał, które wycenił odpowiednio nisko, i te z których Zamawiający skorzystać musi, odpowiednio wysoko. Pozwoliło to odwołującemu się Wykonawcy uzyskać korzystny bilans wewnątrz struktury ceny odpowiednio punktowany.

W niniejszym postępowaniu całkowicie osobno należało się odnieść do usług odśnieżania dróg i chodników, gdyż Zamawiający mógł zleci odśnieżanie drogi, a nie zlecać odśnieżania chodników i ścieżek rowerowych.

Sytuacja Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie pozwala na wybiórczą realizację usług, gdyż każdą zmianę należy wprowadzić do środowiska testowego i środowiska produkcyjnego, co wynika z SIWZ, bowiem obydwa środowiska mają być dokładnie identyczne, zatem sytuacja, w której zmiany są wprowadzane w jedno środowisko nie istnieje, podobnie jak nie jest możliwa sytuacja, w której Zamawiający zapłaci za usługę utrzymania SEOD, a za usługę utrzymania środowiska SST już nie.

Trudno zatem przyjąć, by istniała jakakolwiek analogia do sytuacji Odwołującego lub Odwołującemu można byłoby przypisać jakiegokolwiek zaniżanie cen. W niniejszym postępowaniu kryterium ceny stanowi 60% i nie jest rozbite na żadne podkryteria, zatem nie można mówić o jakiegokolwiek manipulacji ceny.

54. Nadto, Zamawiający wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się Wykonawca polega również na tym, że wbrew treści SIWZ (tj. Formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ), który wymagał wskazania w tabeli dla Kryterium nr 1 (wers trzeci) ceny jednostkowej z podatkiem VAT (zł brutto) wyłącznie za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego”, Wykonawca umieścił w niej wszystkie koszty, które musi ponieść w związku z faktycznym uruchomieniem całego projektu i rozpoczęciem realizacji umowy, określonym przez niego jako(...) – tajemnica przedsiębiorstwa oraz niektóre świadczenia, do których zobowiązany jest w ramach (...) – tajemnica przedsiębiorstwa (jak np. serwis gwarancyjny dla urządzeń dostarczonych dla utworzenia SST jak i użytkowanych przez Zamawiającego obecnie dla obsługi Systemu SEOD.)

Twierdzenia o jakichkolwiek zastrzeżeniach wyłączności kosztów nie tylko są sprzeczne

z SIWZ i dokumentacją przetargową, ale też formułowane są wbrew logice. Formularz ofertowy nie pozwala na wyszczególnienie wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia celem zrealizowania umowy, trudno zatem choćby domniemywać, że koszty „wyłącznie przypisane czterem pozycjom formularza ofertowego” miałyby obrazować wszelkie koszty związane z realizacją umowy, i na tej podstawie dawałyby Zamawiającemu możliwość kwestionowania kosztów jako dodatkowo wpisanych w pozycje, a tej pozycji nie dotyczącej.

Sposób zaprezentowania ceny przez Wykonawcę, określił Zamawiający następującymi zapisami:

W SIWZ:

- a) str 3 pkt 13: cena – cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r., poz. 178)
- b) str 13 pkt 13.2: Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia na uruchomienie Środowiska szkoleniowo-testowego dla Systemu SEOD i zapewnienie gwarancji na sprzęt (załącznik nr 3a do SIWZ), Poziomem świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD oraz Środowiska szkoleniowotestowego (załącznik nr 3b SIWZ), Wykazem posiadanego przez Zamawiającego sprzętu (załącznik nr 3c SIWZ) oraz na warunkach określonych we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.
- c) str 13 pkt 13.3: Każda podana cena może być zakończona ostatnią cyfrą przed przecinkiem, a w przypadku podania cyfr po przecinku ma być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku.
- d) str 13 pkt 14.1. Kryteria oceny ofert i ich waga (100 %)
 - i. 1) Cena – 60 %;
 - ii. 2) Czas usunięcia Awarii krytycznej i czas usunięcia Usterki – 20 %
 - iii. 3) Doświadczenie i kompetencje osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia – 20 %.
- e) Str.13. pkt 14.2 Kryterium 1: Cena. Przez „cenę oferty” Zamawiający rozumie łączną maksymalną cenę z podatkiem VAT (brutto) wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia na uruchomienie Środowiska szkoleniowo-testowego dla Systemu SEOD i zapewnienie gwarancji na sprzęt (załącznik nr 3a do SIWZ), Poziomem świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD oraz Środowiska szkoleniowotestowego (załącznik nr 3b SIWZ), Wykazem posiadanego przez Zamawiającego sprzętu (załącznik nr 3c SIWZ) oraz na warunkach określonych we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.

W umowie:

- a) Wynagrodzenie zgodnie z § 11 ust 6: Wynagrodzenie obejmuje w szczególności

wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych, na zasadach określonych w § 13

- b) W § 2 Ogólne zasady realizacji Umowy w punkcie 2 W celu uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że jeżeli Strony nie zdefiniowały danego działania niezbędnego do prawidłowej realizacji Umowy jako obowiązku Zamawiającego, a zobowiązanie takie nie wynika z przepisów prawa obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest w sposób oczywisty zobowiązaniem Zamawiającego (np. dostarczenie energii elektrycznej do budynków), Stroną zobowiązaną do wykonania takiego działania jest Wykonawca.
- c) W § 2 Ogólne zasady realizacji Umowy w punkcie 6 O ile Umowa lub Zlecenie nie stanowi inaczej, Wykonawca jest zobowiązany zapewnić narzędzia, w tym oprogramowanie i inne zasoby niezbędne do realizacji Umowy, zaś Zamawiający nie ma obowiązku udostępniania infrastruktury sprzętowej ani oprogramowania poza Infrastrukturą Zamawiającego.
- d) W § 11 w punkcie 2 Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu świadczenia Usługi utrzymania jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zamawiający będzie uiszczal opłatę za świadczenie Usługi utrzymania Systemu SEOD z dołu w okresach miesięcznych, nie wcześniej niż od dnia 9 czerwca 2019 r., przez okres 36 miesięcy, po podpisaniu przez Strony każdorazowo Protokołu Odbioru Usługi utrzymania, o którym mowa w § 5 ust. 7-12 za dany okres rozliczeniowy. Zamawiający będzie uiszczal opłatę za świadczenie Usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego z dołu w okresach miesięcznych, przez okres 34 miesięcy od podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Środowiska szkoleniowo-testowego z zastrzeżeniem zachowania upływu terminu obowiązywania umowy, wskazanego w § 3 ust. 1 oraz po podpisaniu przez Strony każdorazowo Protokołu Odbioru Usługi utrzymania, o którym mowa w § 5 ust. 7-11 za dany okres rozliczeniowy. Za okres rozliczeniowy przyjmuje się miesiąc kalendarzowy. Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu udzielenia licencji na Środowisko szkoleniowo-testowe płatne będzie po podpisaniu przez Strony Protokołu odbioru Środowiska szkoleniowotestowego.
- f) Wynagrodzenie, określone w ust. 1 stanowi całość Wynagrodzenia w związku z realizacją Umowy. Wykonawcy nie przysługuje w stosunku do Zamawiającego żadne inne niż wyraźnie wymienione w Umowie, roszczenie o zwrot kosztów wykonania Umowy przez Wykonawcę, w szczególności kosztów podróży oraz zakwaterowania członków personelu Wykonawcy czy zwrot jakichkolwiek innych, dodatkowych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę związanych z wykonaniem Umowy.

W żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie znajduje się zastrzeżenie co do kosztu Zamawiającego, iż: wyłącznie za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego”, jak to na potrzeby niniejszego odrzucenia próbuje wywodzić Zamawiający.

Należy zauważyć, że etapy na które powołuje się Zamawiający wynikają ze sposobu realizacji zamówienia i zostały stworzone przez Odwołującego, który przedstawił swój

indywidualny sposób realizacji zadania w odniesieniu do wszelkich kosztów, które musi ponieść w związku z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z wyjaśnieniami etapy odpowiadają wszelkim źródłom kosztów, które zgodnie z przyjętą zasadą memoriałową Wykonawca musi ponieść realizując zadanie. Etapy te są kalkulacją Wykonawcy, nie zostały narzucone przez Zamawiającego.

Nigdzie w SIWZ Zamawiający nie posługuje się stwierdzeniem „wyłącznie” w stosunku do prezentacji ceny, wprost przeciwnie cena ma uwzględniać wszelkie koszty. Formularz oferty nie przewiduje pozycji takich jak koszt wejścia, marża Wykonawcy czy koszt weryfikacji środowiska programowego Zamawiającego, a przecież co oczywiste z takimi kosztami musi się liczyć absolutnie każdy wykonawca nie będący dotychczasowym wykonawcą usługi.

Gdyby przyjąć twierdzenie Zamawiającego, odnośnie „wyłącznie” danego kosztu, wiązałoby się to z pominięciem:

1. Kosztu wynagrodzenia z tytułu przeniesienia praw autorskich,
2. Kosztu „danego działania niezbędnego” do prawidłowej realizacji Umowy obciążającego Wykonawcę
3. Kosztu „zapewnienia narzędzia, w tym oprogramowanie i innych zasobów niezbędnych” do realizacji Umowy

Irracjonalnym jest bowiem oczekiwanie, że Zamawiający posiadający indywidualnie stworzone na swoje potrzeby środowisko, czyli dysponujący produktem przystosowanym do własnych potrzeb, pominie fakt, że każdy inny wykonawca oprócz obecnie świadczącego usługi autora oprogramowania, będzie musiał to środowisko rozpoznać, co także stanowi koszt. Nie wiadomo, dlaczego na niniejszym etapie Zamawiający ten fakt pomija, pomimo zapisów w umowie i SIWZ, co wynika wprost z wyjaśnień Odwołującego.

Tak więc brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku.

55. Za udzielenie licencji ŚST Wykonawca wskazał w ofercie cenę 2.460.000,00 zł brutto. Jednakże, w treści Wyjaśnień RNC udzielonych przez Wykonawcę dnia 12 listopada 2019 r. (tabela strona 20) wskazał, że „Koszt zakupu licencji środowiska testowego” (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Zabieg taki w sposób oczywisty prowadzi do uzyskania przez Wykonawcę maksymalnego wynagrodzenia w pierwszych tygodniach świadczenia usług stanowiących przedmiot Zamówienia oraz nie daje gwarancji należytego wykonywania Umowy w pozostałym zakresie w kolejnych miesiącach.

Zarzut jest bezpodstawny, a Zamawiający pominął szereg wyjaśnień Odwołującego dotyczących tych kwestii.

Od pierwszego dnia podpisania umowy Odwołujący zobowiązany jest świadczyć usługę utrzymania środowiska produkcyjnego SEOD. W celu oszacowania rzeczywistych kosztów związanych z udzieleniem licencji zostały Zamawiającemu zadane pytania, na które odpowiedzi Zamawiającego posłużyły do skalkulowania rzeczywistych kosztów ujętych w pozycji kosztowej

kwestionowanej przez Zamawiającego.

Pytania i uzyskane odpowiedzi pozwolą zrozumieć Wysokiej Izbie czym kierował się Odwołujący racjonalizując poniesienie kosztów, oraz wyceniając ryzyka z tym związane, a także z czego taka konieczność wynikała.

Powyższe odzwierciedla dokument UNP:GIP-19-35845 GIP-GOZ.213.86.2019.36 z dnia 18 czerwca 2019r stanowiący odpowiedzi na pytania.

Na pytanie:

a) Czy Zamawiający dysponuje pełnym środowiskiem uruchomieniowym oraz instrukcjami do niego, które będzie mógł przekazać wykonawcy po podpisaniu Umowy? Zamawiający udzielił odpowiedzi: Zamawiający dysponuje środowiskiem produkcyjnym Systemu EOD oraz posiada instrukcję użytkownika, które będzie mógł przekazać Wykonawcy.

Brak środowiska uruchomieniowego oznacza ogromny problem dla każdego wykonawcy i jest elementem mającym wpływ na dokonaną kalkulację.

b) Czy wskazane przez Zamawiającego licencje umożliwiają na świadczenie utrzymania również przez podmioty trzecie wobec obecnego wykonawcy firmy Timsi?

Posiadane przez Zamawiającego licencje umożliwiają świadczenie usług utrzymania przez podmioty trzecie.

c) Czy wskazane przez Zamawiającego licencje są jedynymi licencjami niezbędnymi do uruchomienia pełnego środowiska Systemu SEOD?

Zamawiający dokonuje modyfikacji SIWZ w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia załączniku nr 3 do SIWZ (załącznik nr 1 do Umowy) w ust. 2, który otrzymuje brzmienie:

„ 2. Zamawiający posiada licencje na użytkowanie następującego oprogramowania - TIMSI e-Kancelaria, - TIMSI WorkflowPack, które zostały dostosowane do potrzeb Państwowej Inspekcji Pracy.

Ponadto Zamawiający posiada licencje:

- SQLSvrStdCore SNGL LicSAPk MVL 2 Lic CoreLic Microsoft,
- WinSvrStd SNGL LicSAPk MVL 2 Proc Microsoft;
- WinSvrCAL SNGL LicSAPk MVL UsrCAL Microsoft;
- CA arcserve UDP v5 Premium Edition (formerly RPO) – Product plus 3 Years Enterprise Maintenance Computer Associates;
- ABBYY FineReader Engine 11 - 1 Professional Standalone runtime license, 200 000 stron/miesiąc.

d) Czy Zamawiający dysponuje pełnymi kodami źródłowymi umożliwiającymi naprawę ewentualnych błędów w przypadku, gdy realizacja usług utrzymania będzie powierzona innemu niż Timsi wykonawcy? Odpowiedź Zamawiającego brzmiała: W świetle umowy z dnia 4 listopada 2014 roku, Wykonawca zobowiązany był do przekazania Zamawiającemu kodów

źródłowych do Systemu w tym nowych wersji Systemów, wszelkich jego modyfikacji, aktualizacji i innych zmian.

Odpowiedź Zamawiającego sugerowała ryzyko, które musi przyjąć Odwołujący, ponieważ sam fakt, że Wykonawca był zobowiązany do przekazania kodów, nie oznacza, że rzeczywiście są one w posiadaniu Zamawiającego, a także są one aktualne czy możliwe do wykorzystania. Stąd w wyjaśnieniach Odwołującego w kosztach znalazły się pozycje: W Etapie I pozycje: 1,2,3,4, 5, 6, 14,15,16, a także 18.

e) Jak Zamawiający wyobraża sobie świadczenie usług utrzymania w przypadku, gdy nowy wykonawca (inny niż Timsi) nie będzie posiadał dostępu do kodów źródłowych rozwiązania, czy w takim przypadku dopuści wymianę systemu na równoważny? Zamawiający odpowiedział, że: Odpowiedź udzielona w punkcie d) i przy pytaniu nr 10.

Na pytanie: Prosimy o wyszczególnienie wszystkich zadań, które mają zostać wykonane w terminie 30 dni roboczych od momentu zawarcia umowy. Zamawiający udzielił odpowiedzi: Obowiązki wykonawcy zostały określone we wzorze umowy oraz w jej załącznikach.

Z powyższego wynika, że Zamawiający pozostawił Wykonawcy dowolność, jeśli chodzi o przyjęty sposób realizacji zadania, a obecnie próbuje zmieniać postanowienia SIWZ.

Nie sposób przyznać racji Zamawiającemu, który wywodzi z jednej strony cenę ryczałtową, całkowitą, uwzględniającą wszelkie koszty związane z realizacją zadania te wyszczególnione, i te nie wyszczególnione, a z drugiej oczekiwać, iż prezentacja kosztów w formularzu ofertowym dotyczyć ma wyłącznie kosztów usług z pominięciem wszystkich innych kosztów potrzebnych do zrealizowania zamówienia.

Ponadto w tym samym dokumencie znajdowała się prośba o wydłużenie terminu realizacji zadania do 90 dni roboczych z racji tego, iż aktualnie prezentowany termin realizacji wynoszący 30 dni roboczych preferuje obecnego wykonawcę firmę Timsi i utrudnia konkurencję innym podmiotom. Oczywistym jest, że czas wyznaczony na uruchomienie usługi również implikuje koszty, co Zamawiający zbagatelizował pomijając koszty Etapu I, które tę sytuację nie tylko obrazowały, ale i nadały jej konkretne wartości finansowe.

Wobec tak sprecyzowanych informacji, trudno nie dostrzec ryzyka związanego nie tylko z krótkim terminem realizacji przedmiotu zamówienia, ale tymi czynnościami, które Zamawiający pominął w szacowaniu, otrzymując je od Wykonawcy świadczącego usługi przekonanego o tym, iż jedynie on jest w stanie złożyć ważną ofertę nie podlegającą odrzuceniu. Zamawiający całkowicie pomija także koszty związane z rozpoznaniem środowiska, których poniesienie musi przewidzieć każdy inny Wykonawca.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca dokonał prawidłowej kalkulacji wynagrodzenia niezbędnego do ponoszonych przez niego nakładów.

56. *W opinii Zamawiającego powyższe działania Wykonawcy stanowią niedozwoloną praktykę rynkową polegającą na manipulacji cenowej sprzecznej z dobrymi obyczajami oraz naruszającą interesy innych wykonawców oraz przede wszystkim interes Zamawiającego - Klienta (tj. czyn, o którym mowa w art. 3 ust. 1 UZNK).*

Z zarzutu nie wynika jakiej to manipulacji cenowej uderzającej w interesy Klienta dopuścił się Odwołujący, uwzględniając wszelkie koszty świadczenia usług. Nie można zarzucić Odwołującemu, że nieprawidłowo skalkulował on koszty bez powiązania ich z realnymi kosztami niezbędnymi do poniesienia celem realizacji przedmiotu umowy, co Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach.

57. *Jak wskazuje się w orzecznictwie oraz w doktrynie „działanie polegające na tzw. „manipulowaniu ceną” jest działaniem polegającym na „określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen” (zob. M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W. 2018 oraz wyrok KIO z 20 maja 2019 r. sygn. akt KIO 766/19).*

Formułując zarzut manipulacji ceną Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że w sposób rzetelny ujął on wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, i wpisał je w poszczególne pozycje cenowe, choć pozycje cenowe zawierały tylko cztery rodzaje kosztów.

Zarzut Zamawiający formułuje na podstawie uznania, że koszt usługi utrzymania winien być opracowany bez kosztów rozpoznania środowiska oraz bez jego weryfikacji, (Zamawiający nie posiada środowiska uruchomieniowego, więc wszelkie operacje są dokonywane na żywym organizmie środowiska produkcyjnego co wiąże się z ryzykiem), a co najistotniejsze winien zakładać kredytowanie Zamawiającego, mimo, że Zamawiający takiego obowiązku nie zastrzegł, koszt udzielenia licencji środowiska testowego winien nie zakładać kosztów jego zakupu, kosztów wdrożenia, kosztów dokumentacji, kosztów przeniesienia praw autorskich i wielu innych, koszt utrzymania środowiska testowego, winien nie zawierać kosztów związanych z jego wymianą na nowe w razie uszkodzenia i innych, albowiem koszty te Zamawiający w wyjaśnieniach kompletnie pomija jakby one nie istniały. W ocenie Odwołującego to Zamawiający próbuje forsować niezgodność z SIWZ, rażąco niską cenę i czynem nieuczciwej konkurencji wynikającym z faktu, że Odwołujący wziął pod uwagę wszelkie koszty, które musi ponieść, oraz bardzo wysokie kary wynikające z umowy by zrealizować przedmiot zamówienia. Resumując podkreślamy, że:

1) nie wiadomo z czego wynika zarzucana przez Zamawiającego Odwołującemu kalkulacja w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, skoro Wykonawca bardzo precyzyjnie te koszty wyjaśnił oraz przypisał ich powstanie w konkretnym czasie zgodnie z SIWZ w oparciu o metodę memoriałową;

2) z zarzutu wynika, że Zamawiający oczekiwał powielania kosztów wspólnych dla wszystkich usług w oderwaniu od jakiegokolwiek racjonalnego gospodarowania, analizując je rozłącznie wbrew logice i wbrew własnym zapisom SIWZ i OPZ

3) nie wiadomo z czego wynika zarzut jakoby Odwołujący bez uzasadnienia, dokonywał jakiegokolwiek zawyżenia czy zaniżenia cen, skoro zakres prac jakie Odwołujący wyszczególnił i któremu przypisał konkretne pozycje kosztowe nie został zakwestionowany jako nie pozwalający rzetelnie zrealizować zamówienie - tym samym zarzut manipulacji ceną a w konsekwencji zarzut zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji jest bezpodstawny.

Ponadto Zamawiający winien oceniać wyjaśnienia w całości nie we fragmentach, które analizuje wybiórczo.

Odnosząc się do glossy przywołanej w zarzucie, należy zauważyć, że dotyczy ona innego stanu faktycznego niż ten zaistniały w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem KIO 766/19 z 20 maja 2019 glossa dotyczy zastosowania stawek zerowych, przy czym od lat znane jest ugruntowane stanowisko Izby zwalczające usługi za „0” złotych, 100 letnie gwarancje, czy 1 dniowy termin wykonania zamówienia.

Kryterium ceny w niniejszym postępowaniu składało się z pod kryteriów cenowych stanowiących konkretne pozycje cennika operatora handlingowo-celnego (lotniskowa agencja celna) mającego świadczyć usługi na rzecz Inspektoratu Zbrojenia. W niniejszej sprawie "Za przewóz/handling przesyłek, dokonywany między magazynem czasowego składowania należącym do Portu Lotniczego w Warszawie, a magazynem czasowego składowania należącym do Wykonawcy, znajdującym się w Warszawie lub w obrębie do 30 km od granic administracyjnych Warszawy, za 1 kg wagi brutto przesyłki." Dla tej wysoko punktowanej w ramach pod kryterium cena pozycji Odwołujący przyjął stawkę w wysokości „0” PLN, jednocześnie stawka wskazana przez Konsorcjum DSV w § 5 ust. 5 Cennika DSV, jako nisko punktowana, została określona na niezwykle wysokim poziomie. Izba orzekła, że Odwołujący nie udowodnił, że cena „0” nie jest rażąco niską, a także stwierdziła, że Odwołujący zastosował inżynierię cenową w celu "matematycznego" wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert oraz dopuścił się czynu manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania wyższej punktacji w zakresie § 4 ust. 4, § 5 ust. 2 i 4 cennika odwołującego.

Odrzucenie oferty BIT ze względu na jej niezgodność z SIWZ

58. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, nie zachodzi. Powyższe znajduje swoje

potwierdzenie w orzecznictwie, które po pierwsze zobowiązuje do wykazania na czym polega niezgodności treści z treścią SIWZ, po drugie pojawienie się wątpliwości obliguje do wezwania do złożenia wyjaśnień, a po trzecie nakazuje interpretację wszelkich nieścisłości w SIWZ na korzyść Wykonawcy.

59. *Zgodnie z treścią Formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał wskazania w tabeli dla Kryterium nr 1 (wers trzeci) ceny jednostkowej z podatkiem VAT (zł brutto) za „Udzielenie licencji środowiska szkoleniowo-testowego”.*

Wykonawca wypełnił formularz ofertowy zgodnie z zasadami matematycznymi. Nad formularzem znajduje się zapis, który sugeruje że łączna maksymalna cena z podatkiem VAT (brutto) naszej oferty wynosi z uwzględnieniem „zwrotu „ w tym”, (jako części składowe) co według Wykonawcy oznaczało że kolumna 4 pt.: Cena łączna z podatkiem VAT (zł brutto) będąca iloczynem (kol. 2x3) miała stanowić kwoty, które sumarycznie odnoszą się do zaoferowanej łącznej ceny maksymalnej brutto i stanowią jej zestawienie.

Z matematycznego punktu widzenia pozycja „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego przemnożona przez 1 wpisany na sztywno przez Zamawiającego w kolumnie 3 (jak tego wymagał Zamawiający), w żadnym razie nie może być wartością określającą cenę łączną z podatkiem VAT, która miałyby się odnosić do ceny jednostkowej.

Musi to być cena jednostkowa udzielenia licencji na środowisko umożliwiającej jednoczesną pracę 50 użytkowników.

W żadnym razie zarzut ten nie może być podstawą do odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

W trzecim wersie, co próbuje wywodzić Zamawiający konieczność działania wyprowadzonego z logiki matematycznej nie pozwalała wypełnić formularza inaczej już chociażby z tego powodu, że leksykalnie liczba mnoga i liczba pojedyncza licencji jest taka sama. Ponadto wskazać należy, że definicję pojęcia licencji określa jednoznacznie umowa z Zamawiającym w § 13 „Licencje i Prawa własności intelektualnej” zgodnie bowiem z zapisem ustępu 1 § 13:

„Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznej licencji na opracowane przez Wykonawcę Środowisko szkoleniowo-testowe umożliwiającej jednoczesną pracę 50 użytkowników, upoważniającej do korzystania z Środowiska szkoleniowo – testowego na cały okres wykonywania Umowy”. Z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiającemu chodzi o jedną licencję jednostkową na środowisko umożliwiającej jednoczesną pracę 50 użytkowników.

60. *Za ten element Zamówienia Wykonawca w ofercie wskazał cenę 2.460.000,00 zł brutto. Jednakże, w treści Wyjaśnień RNC udzielonych przez Wykonawcę dnia 12 listopada 2019 r. (tabela strona 20) wskazał (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.*

Zamawiający myli pojęcia, czym innym jest koszt zakupu licencji środowiska testowego,

a czym innym, udzielenie licencji środowiska testowego. Ponadto jak wynika z treści odrzucenia ten sam element stanowił już podstawę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający nie ma żadnych podstaw do stawianych zarzutów bowiem sam nie wie jaką kwalifikację prawną przypisać danej okoliczności. Oba zarzuty są bezpodstawne, a proces udzielania licencji został wyjaśniony w punkcie 64.

61. *W związku z powyższym Wykonawca wbrew wymaganiom Zamawiającego w treści Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) nie wskazał ceny za udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego. Natomiast, jak wynika z treści jego wyjaśnień, w cenie jednostkowej oferty za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo - testowego” (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Cena oferty została zatem przedstawiona w sposób niezgodny z treścią Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ).*

Zarzut jest bezpodstawny, gdyż Zamawiający stara się nie rozumieć na czym polega usługa i z jakimi kosztami się wiąże. Cena oferty nie została przedstawiona w sposób niezgodny z treścią formularza ofertowego, ponieważ odpowiada wszelkim zapisom prezentacji ceny określonym zarówno w umowie jak i w SIWZ. Zamawiający nie dostrzega, (...) – tajemnica przedsiębiorstwa nachodzą na siebie, a to z tego względu, że (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Tak więc twierdzenia Zamawiającego są nieuprawnione.

62. *Należy zaznaczyć, że przedmiotowe Postępowanie obejmuje świadczenie usługi utrzymania i rozwoju systemu produkcyjnego SEOD oraz jedynie pomocniczo - uruchomienie i zapewnienie dostępu do Środowiska szkoleniowo - testowego w pełni odpowiadającego funkcjonalnie środowisku Systemu SEOD wraz z utrzymaniem i rozwojem SST. Natomiast celem Zamawiającego było poznanie konkretnej ceny jednostkowej za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo - testowego” oferowanej przez Wykonawcę i właśnie jej wskazania wymagał od Wykonawcy. Istotność uzyskania informacji w zakresie oferowanej przez wykonawców ceny jednostkowej za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo - testowego” wynika w szczególności z obowiązku zaplanowania i zabezpieczania przez Zamawiającego stosownego rodzaju wydatków na kolejne lata, uwzględnienia wysokości wynagrodzenia płatnego wykonawcom w podziale na kolejne lata w ramach danego zamówienia oraz szacowania wartości przyszłych zamówień tego rodzaju. Należy wskazać, że budżet Zamawiającego na dany rok jest podzielony na trzy grupy wydatków, tj. wydatki na świadczenie na rzecz osób fizycznych, wydatki bieżące oraz wydatki majątkowe (inwestycyjne). Wynagrodzenie wykonawcy za udzielenie licencji jest finansowane ze środków pieniężnych znajdujących się w wydatkach majątkowych (inwestycyjnych) Zamawiającego. W związku z tym, aby środki pieniężne zostały zabezpieczone w kolejnych latach w odpowiedniej wysokości w danej grupie wydatków istotne jest uzyskanie przez Zamawiającego informacji co do konkretnej ceny jednostkowej za udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego.*

Odnosząc się do zarzutu 62 wykonawca wskazuje, że określenie: „jedynie pomocniczo” nie pojawiło się w dokumentacji przetargowej. Zamawiający na etapie po złożeniu ofert próbuje dokonać zmiany SIWZ. Ponadto wskazać należy, że definicję pojęcia licencji określa jednoznacznie umowa z Zamawiającym w § 13 „Licencje i Prawa własności intelektualnej” zgodnie bowiem z zapisem ustępu 1 § 13:

„Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznej licencji na opracowane przez Wykonawcę Środowisko szkoleniowo-testowe umożliwiające jednoczesną pracę 50 użytkownikom, upoważniającej do korzystania z Środowiska szkoleniowo – testowego na cały okres wykonywania Umowy”. Z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiającemu chodzi o jedną licencję jednostkową.

63. *W związku z powyższym Zamawiający w sposób jednoznaczny sformułował Formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do SIWZ), tak aby Wykonawca mógł wskazać cenę jednostkową właśnie w tym zakresie.*

Odwołujący odniósł się do powyższego w punkcie 62. Ponadto w tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający również konsekwentnie sam posługuje się określeniem jedna licencja w punkcie 73 bazując na ofercie Wykonawcy Netia: „W odpowiedzi na zapytanie ofertowe dostawca ten wskazał, że cena jednostkowa za licencję na ŚST Systemu SEOD wynosi 34.000,00 zł netto. (Punkt 9 załącznika 16 strona 37 szacowania przedmiotu zamówienia).

64. *Nadto, zgodnie z §13 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ) „Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznej licencji na opracowane przez Wykonawcę Środowisko szkoleniowo-testowe umożliwiające jednoczesną pracę 50 użytkownikom, upoważniającej do korzystania z Środowiska szkoleniowo - testowego na cały okres wykonywania Umowy. Natomiast z treści §3 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ) wynika, że „ Wykonawca w terminie 30 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy uruchomi Środowisko szkoleniowo - testowe, w tym dostarczy potrzebny sprzęt i oprogramowanie do realizacji ww. środowiska, zainstaluje i skonfiguruje system elektronicznego obiegu dokumentów w Środowisku szkoleniowotestowym w pełni odpowiadającemu funkcjonalnie środowisku Systemu SEOD za wyjątkiem funkcjonalności określonych w pkt. 1.1-1.5 w załączniku nr 2 do Umowy oraz od dnia uruchomienia Środowiska szkoleniowo-testowego zapewni do niego dostęp dla 50 jednoczesnych użytkowników oraz będzie świadczył Usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego”.*

Swoje stanowisko w tej sprawie Odwołujący zawarł w punktach 62 – 68.

Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający wymaga udzielenia licencji na środowisko szkoleniowo testowe. Środowisko to Wykonawca musi wytworzyć zgodnie z opisem OPZ. Na środowisko szkoleniowo testowe składa się: dostawa sprzętu z oprogramowaniem, jego instalacja oraz doprowadzenie do identyczności ze środowiskiem SEOD. Doprowadzenie do identyczności wymaga czynności określonych w tabeli (...) – *tajemnica przedsiębiorstwa* to jest analizy sieci, kodu źródłowego, analizy API, analizy dokumentacji. itd. Dopiero wówczas po stworzeniu tego środowiska Odwołujący udzieli licencji Zamawiającemu na „opracowane” środowisko jak to ujął Zamawiający, bowiem nie można udzielić licencji na środowisko nieistniejące.

65. *Z powyższych zapisów wynika, że Zamawiający oddzielnie uregulował czynność udzielenia licencji na Środowisko szkoleniowo - testowe, a osobno wskazał zakres umowy i konkretne czynności, które Wykonawca ma zrealizować w ramach Zamówienia oraz terminy ich realizacji. W szczególności należy zwrócić uwagę, iż zakres świadczenia*

serwisu gwarancyjnego urządzeń Środowiska szkoleniowo-testowego oraz Systemu SEOD, został osobno uregulowany w §7 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ). Zamawiający także w pkt 1.1. (w szczególności ppkt 1.1.10-1.1.12) „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” (Załącznik nr 3 do SIWZ) jednoznacznie wskazał jakie konkretnie czynności obejmuje usługa realizacja usługi utrzymania, w tym zapewnienie serwisu gwarancyjnego, uruchomienie ŚST, dostawa sprzętu.

Odwołujący nie zgadza się z Zamawiającym. Szczegółowe uzasadnienie podał w swoim stanowisku do zarzutu 68, oraz 54. Powyższe stanowisko nie wynika z zapisów dokumentacji przetargowej. Również co do konkretnych czynności Zamawiający wskazał w umowie, w § 2 Ogólne zasady realizacji Umowy w punkcie 2 W celu uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że jeżeli Strony nie zdefiniowały danego działania niezbędnego do prawidłowej realizacji Umowy jako obowiązku Zamawiającego, a zobowiązanie takie nie wynika z przepisów prawa obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest w sposób oczywisty zobowiązaniem Zamawiającego (np. dostarczenie energii elektrycznej do budynków), Stroną zobowiązaną do wykonania takiego działania jest Wykonawca.

Przytoczony zapis umowy stoi w sprzeczności z twierdzeniem Zamawiającego jakoby Zamawiający „jednoznacznie wskazał jakie konkretnie czynności obejmuje usługa realizacja usługi utrzymania, w tym zapewnienie serwisu gwarancyjnego, uruchomienie ŚST, dostawa sprzętu”. Wykonawca zobowiązany był uwzględnić przerzucone na niego w ten sposób ryzyko, co Zamawiający wyraźnie pominął.

66. W związku z tym, wbrew twierdzeniom Wykonawcy, pojęcie „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo - testowego” nie jest tożsame z pojęciem „Uruchomienia Środowiska testowo - szkoleniowego”, a tym bardziej nie obejmuje wszystkich czynności jakie Wykonawca musi podjąć w związku z faktycznym uruchomieniem całego projektu, które generują po jego stronie koszty. Potwierdza to także sposób uregulowania przez Zamawiającego wynagrodzenia w §11 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ) z którego ma wynikać, wynagrodzenie za udzielenie licencji, o której mowa w § 13 ust. 1 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ).

W odpowiedzi na zarzut Odwołujący wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2016 r. KIO 1549/16, gdzie Izba orzekła, że: „Nie mieści się w ramach dobrych praktyk działającego na rynku przedsiębiorcy ukrywanie przez klientem prawdziwych kosztów usługi w warunkach, gdy te koszty stanowią ważne składniki oferty. Z uwagi na opis sposobu obliczenia ceny Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów”.

Zgodnie z punktem 13.2 SIWZ Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia na uruchomienie Środowiska szkoleniowo-testowego dla Systemu SEOD i zapewnienie gwarancji na sprzęt (załącznik nr 3a do SIWZ), Poziomem świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD oraz Środowiska

szkoleniowo-testowego (załącznik nr 3b SIWZ), Wykazem posiadanego przez Zamawiającego sprzętu (załącznik nr 3c SIWZ) oraz na warunkach określonych we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.

Nie sposób zatem według Odwołującego pominąć kosztów, które musi ponieść Wykonawca, a także uwzględnić ryzyko ewentualnych kar umownych. Zamawiający nie stworzył formularza cenowego, czy czegoś w rodzaju kosztorysu w którym wyszczególnił wszystkie elementy kosztotwórcze, zobowiązał do złożenia oferty na formularzu ofertowym, w związku z czym stanowisko co do barku wyszczególnienia określonego kosztu jest chybione. Odwołujący zauważa także, że trudno jest mu udzielić licencji na środowisko, które nie istnieje, lub posługując się twierdzeniem Zamawiającego udzielać licencji na „nie opracowane” środowisko.

Nie sposób uznać, że cena jednostkowa za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego”, której wskazania wymagał Zamawiający, powinna uwzględniać, wszystkie koszty wykonawcy związane z rozpoczęciem realizacji całej umowy (uruchomieniem projektu), w tym także koszty związane z utrzymaniem ŚST i produkcyjnego (systemem SEOD). Wykonawca w tabeli znajdującej się na stronie 20 wyjaśnienie wskazuje wprost, że w cenie jednostkowej „Udzielenie licencji Środowisko szkoleniowo-testowe” skalkulował m.in (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z SIWZ cena winna uwzględniać wszelkie koszty, a także koszty nie zdefiniowane w umowie, natomiast sam Zamawiający nie doprecyzował, gdzie je ująć, żeby bezwzględnie spełnić w tym celu oczekiwania Zamawiającego.

Umowa referuje do wynagrodzenia jedynie z 4 pozycji kosztowych Zamawiającego, a także zastrzega w tym zakresie jej niezmiennosc. Nie jest wiadome zatem, gdzie Zamawiający oczekiwał umieszczenia kosztów niezdefiniowanych i jak je należało zaprezentować, zwłaszcza w kontekście odpowiedzi na zarzut w punkcie 54.

Nie jest także wiadome na podstawie jakiej pozycji SIWZ czy umowy, pozycja ta winna nie zawierać kosztów, które musi ponieść Wykonawca dla prawidłowego udzielenia licencji Środowiska szkoleniowo-testowego, skoro wszystkie te koszty mają istotne znaczenie.

Uruchomienie środowiska szkoleniowo testowego zakłada jego odzwierciedlenie ze środowiska produkcyjnego systemu SEOD. Zamawiający nie udostępnił danych, z których wynikałby stan aktualny środowiska produkcyjnego SEOD, zatem (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający oświadczył w sposób niezwykle enigmatyczny, że poprzedni Wykonawca zobowiązany był do przekazania dokumentacji oraz kodów źródłowych na podstawie umowy z 2014 roku, co nie stanowiło wprost odpowiedzi na pytania Wykonawcy, czy Zamawiający posiada aktualne kody źródłowe i schematy, stąd Odwołujący założył, że mogą być one nieaktualne, bądź nie pełne, a zatem bez inwentaryzacji sprzętu środowiska produkcyjnego i środowisk sieciowych, czyli bez wiedzy o systemie produkcyjnym nie sposób uruchomić środowiska testowego jak wymagał tego Zamawiający.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca ubezpieczy na własny koszt urządzenia, dostarczone do Zamawiającego w ramach realizacji niniejszej Umowy na następujących zasadach: ubezpieczenie od kradzieży, uszkodzenia (tzw. FLEXA: pożar, uderzenie pioruna, eksplozja, upadek statku powietrznego; EC: huragan, grad, woda wodociągowa, przeciekania wody przez dach i ściany w wyniku nadmiernych opadów atmosferycznych, powódź, wyciek z instalacji tryskaczowej, obsunięcie się ziemi, zapadanie się ziemi, lawina lub napór śniegu, trzęsienie ziemi, uderzenie pojazdu mechanicznego, dym, uderzenie fali dźwiękowej, celowe uszkodzenie; wandalizm) na okres trwania Umowy.

Przez „celowe uszkodzenie” Zamawiający rozumie uszkodzenie będące wynikiem celowego działania Zamawiającego, jego przedstawicieli lub osób trzecich.

Tym samym Zamawiający próbuje odrzucić ofertę Wykonawcy w oparciu o nieistniejące wymagania SIWZ.

Uznanie za jednorazowe wszystkich kosztów jakie Wykonawca ponosi w związku z rozpoczęciem realizacji całej umowy i w związku z tym zakwalifikowanie ich jako związane z „Udzieleniem licencji Środowiska szkoleniowo-testowego” należy uznać za błędne. Zwłaszcza, że Wykonawca sam wskazuje, iż przy podejmowaniu czynności (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do zarzutu, należy podnieść, że nieuzasadniona jest uznaniowość prezentowana przez Zamawiającego, nie wynikająca z zastrzeżenia w SIWZ czy OPZ.

Jeśli Zamawiający oczekiwał konkretnego rozłożenia kosztów winien to oczekiwanie uzewnętrznic na etapie składania oferty, nie zaś czynić zarzut z tego powodu Wykonawcy na etapie oceny.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Odwołujący wskazuje, że podane w wyjaśnieniach Wykonawcy czynności, przy założeniu przedstawionej przez niego organizacji pracy wskazują, że nie tylko wykonawca bezpieczne.it ale każdy inny wykonawca niż wykonawca obecnie świadczący usługi (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

Wskazane w wyjaśnieniach Wykonawcy czynności generują koszty, tworzą ryzyka i konsekwencje podatkowe, które powinny mieć odzwierciedlenie w przychodach. Analizując chociażby problem ze strony księgowej, zgodnie z ustawą o rachunkowości wszystkie jednostki są zobowiązane do stosowania nadrzędnych zasad rachunkowości w tym do zasady memoriałowej. Według najprostszej definicji zasada memoriału (ang. the accrual principle) nakazuje ewidencjonowanie przychodów i kosztów w okresie, którego dotyczą. Najkrócej definiując zasadę memoriałową, można powiedzieć, że wymusza księgowanie każdego dokumentu, który jest potwierdzeniem zajścia zdarzenia księgowego i który niesie ze sobą konsekwencje finansowe. W takim przypadku wykonawca nie tylko mógł, ale powinien wiązać przychody z ponoszonymi kosztami.

Zamawiający mógł oddzielnie zastrzec wygodne dla siebie rozliczenie, które zgodnie tylko

z sobie znaną ofertą Netii określa jako „abonamentowe” ale tego nie zrobił.

(...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

69. Należy zauważyć, iż zgodnie z ugruntowanym już w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „W orzecznictwie Izby mianem niezgodności oferty z SIWZ określa się nie tylko niezgodność zobowiązania opisanego w SIWZ ze zobowiązaniem oferowanym przez wykonawcę (tj. sytuację, w której świadczenie z oferty nie odpowiada, np. ze względu na parametry techniczne, świadczeniu oczekiwanemu przez zamawiającego), ale również przypadki sporządzenia i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Nadmienić trzeba że należy to odnosić do wymagań SIWZ dotyczących sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagań co do treści oferty, a nie wymagań co do jej formy, które również tradycyjnie zamieszczane są w SIWZ (np. wymóg parafowania każdej ze stron formularza oferty). W ocenie składu orzekającego powyższa sytuacja zaszła w przedmiotowej sprawie, bowiem Przystępujący KM odstąpił od wyraźnego wymogu Zamawiającego co do sposobu przedstawienia kalkulacji ceny oferty, wynikającego z postanowienia pkt 18.1 SIWZ i pkt 11.1.1) formularza oferty. Izba zwraca uwagę, że do postanowień SIWZ nie można podchodzić wybiórczo, zwłaszcza gdy dotyczą elementów kalkulacyjnych ceny oferty, których podania Zamawiający oczekiwał. (...) Ze złożonych przez Przystępującego KM wyjaśnień treści oferty wynika, odmiennie niż ze złożonej oferty, że koszty pracy personelu nie tylko zostały przezeń przewidziane, ale też Przystępujący KM dokonał ich szczegółowego wyliczenia. Nic zatem nie stało na przeszkodzie, aby Wykonawca KM, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, przedstawił te dane w ofercie. (...) W konsekwencji, zestawiając treść wyjaśnień (oraz wspomnianego dowodu P3) z treścią oferty należało dojść do wniosku, że pozostają one w sprzeczności ze sobą, skoro Przystępujący KM w ofercie zadeklarował, że nie będzie ponosił przedmiotowych kosztów, aby następnie, odpowiadając na pytanie zamawiającego, stwierdzić, że jest zgola odmiennie i wskazać na konkretną wysokość kosztów pracy (...).

Odwołujący nie może zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że sporządził on ofertę niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający przygotował instrukcje dla wykonawców oraz precyzyjnie i jasno określił, jak ma wyglądać oferta, w tym w szczególności formularz ofertowy. Wykonawca sporządził ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zachowując należyłą staranność. Zgodnie bowiem z punktem 2 formularza ofertowego złożył on oświadczenie, że w cenie zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazać należy, że treść umowy bezpośrednio odzwierciedla formularz ofertowy. Tzn. § 11 ustęp 1 „Wynagrodzenie” obejmuje 4 składniki cenowe określone w formularzu ofertowym.

Nadto zapis ustępu 7 tego paragrafu odnosi się do ustępu 1 i stanowi, że:

„Wynagrodzenie, określone w ust. 1 stanowi całość Wynagrodzenia w związku z realizacją Umowy. Wykonawcy nie przysługuje w stosunku do Zamawiającego żadne inne niż wyraźnie wymienione w Umowie, roszczenie o zwrot kosztów wykonania Umowy przez Wykonawcę, w szczególności kosztów podróży oraz zakwaterowania członków personelu Wykonawcy czy zwrot jakichkolwiek innych, dodatkowych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę związanych z wykonaniem Umowy”.

Zatem Wykonawca nie tylko był uprawniony, ale i zobowiązany do ujęcia wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy oraz wliczenia ich w składniki cenowe określone

w formularzu ofertowym.

Zgodnie ze stanowiskiem Izby przywołanym w zarzucie zwłaszcza w kontekście prezentowania kosztów, Odwołujący twierdzi, że uwzględnił w swojej ofercie wszystkie koszty i z żadnego z nich się nie wycofał, odmiennie niż w prezentowanym fragmencie wyroku, gdzie:” Przystępujący KM w ofercie zadeklarował, że nie będzie ponosił przedmiotowych kosztów, aby następnie, odpowiadając na pytanie Zamawiającego, stwierdzić, że jest zgoła odmiennie i wskazać na konkretną wysokość kosztów pracy. Podkreślenia wymaga, że rolą wyjaśnień treści oferty jest udzielenie zamawiającemu wskazówek jak należy interpretować zawarte w niej oświadczenia, nie zaś zaprzeczanie czy zmiana oświadczeń wynikających z oferty”.

70. Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że Wykonawca, wbrew wymaganiom Zamawiającego nie podał w treści oferty ceny jednostkowej za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo - testowego”, co oznacza, że jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ).

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego jakoby nie podał w treści oferty ceny jednostkowej za Udzielenie licencji środowiska szkoleniowo- testowego, świadczy o tym wskazany w odpowiedzi na zarzut 59 formularz ofertowy.

Wykonawca zgodnie z instrukcją opracowaną przez Zamawiającego w kolumnie nr 2 wpisał poszczególne ceny, a w kolumnie nr 4 dokonał ich iloczynu zgodnie z definicją kolumny nr 4: (kol. 2 x3). Zamawiający wpisując „1” w wierszu „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo testowego” kolumna nr 3 założył udzielnie 1 licencji na środowisko szkoleniowo testowe dla 50 użytkowników w jednostkowej cenie całkowitej wraz z podatkiem VAT. Zamawiający nie miał wątpliwości co do zgodności z treścią formularza ofertowego bowiem posługiwał się podaną przez wykonawcę wartością między innymi w korespondencji do Ministra Finansów i Premiera. Gdyby jednak powstała wątpliwość Zamawiającego co do znaczenia słowa „licencji” w liczbie pojedynczej oraz „licencji” w liczbie mnogiej winien tę kwestię ewentualnie wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Unieważnienie Postępowania ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu oraz ważny interes publiczny

71. W związku z odrzuceniem oferty BIT Zamawiający unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie Zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazuje, że unieważnienie postępowania było rzeczywistym celem działania Zamawiającego począwszy od chwili otwarcia ofert. Potwierdza to treść protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 24 lipca 2019 wraz z treścią odręcznych adnotacji na nim sporządzonych, treść notatki z dnia 25 lipca 2019 a także

wszystkie następujące po nim zdarzenia mające odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania. Z treści notatki z dnia 25 lipca 2019 wynika konieczność „poszukiwania podstawy prawnej do unieważnienia postępowania”. Z treści notatki z dnia 9.09.2019 wynika, że Zamawiający ustalił, że inna okoliczność niż odrzucenie oferty wykonawcy „może spowodować sytuację roszczenia wykonawcy wobec PIP GIP o odszkodowanie”. Tym samym przez pryzmat tych okoliczności należy weryfikować całość informacji o odrzuceniu oferty BIT, gdzie Zamawiający tworzył zarzuty aby osiągnąć założony cel.

72. Niezależnie od powyższego, Zamawiający unieważnia niniejsze Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP, w związku z tym, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie Zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazuje, że powołanie się na przesłankę unieważnienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wymaga od Zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interes publiczny", który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego.

Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, gdyż tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. W każdym wypadku Zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców.

Zamawiający w unieważnieniu postępowania nie uzasadnił jaki interes publiczny zachodzi w stanie faktycznym tego postępowania. Odwołujący nie może zatem odnieść się szczegółowo do unieważnienia i skutecznie się bronić.

73. Zamawiający przeznaczył na realizację całego Zamówienia kwotę 5.701.648,86 zł brutto. Szacunkowa wartość Zamówienia wynosi 4.635.486,88 zł netto (5.701.648,86 zł brutto). Oszacowanie wartości Zamówienia zostało wykonane na podstawie treści wcześniejszej umowy w tym samym przedmiocie zawartej przez Zamawiającego oraz oferty złożonej Państwowej Inspekcji Pracy przez jednego z wiodących dostawców usług IT na polskim rynku. W odpowiedzi na zapytanie ofertowe dostawca ten wskazał, że cena jednostkowa za licencję na ŚST Systemu SEOD wynosi 34.000,00 zł netto. Pozostałe opłaty zostały zakwalifikowane jako koszty ponoszone w ramach miesięcznych opłat abonamentowych za świadczenie usług związanych z realizacją zamówienia.

Szczególną uwagę należy poświęcić zarzutowi ujętemu w zdaniu: Pozostałe opłaty zostały zakwalifikowane jako koszty ponoszone w ramach miesięcznych opłat abonamentowych za świadczenie usług związanych z realizacją zamówienia.

Za <https://pl.wikipedia.org/wiki/Abonament> Abonament – opłacone prawo do korzystania z określonego świadczenia, zazwyczaj wykupione przedterminowo przez abonenta na pewien okres.

Odnosząc się do tego stwierdzenia, jak wcześniej, Odwołujący kwestionuje rynkową

wycenę przedmiotowych usług na poziomie innym niż w złożonej przez siebie ofercie. Wszelkie inne ustalenia Zamawiającego miały charakter hipotetyczny i nie potwierdzony w realiach rynkowych w postępowaniu przetargowym realizowanym przy zachowaniu uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dokonał przeinaczenia treści oferty wykonawcy Netia. Z treści oferty Netia z dnia 23 stycznia 2019 wynika, że kwota 34 000 zł to: „Cena licencji na środowisko testowe, cena netto za 36 miesięcy, opłata instalacyjna jednorazowa za usługę”. Nie jest to tak, jak podaje Zamawiający cena jednostkowa za licencje SST systemu SEOD.

Ponadto Odwołujący kwestionuje rynkową wycenę przedmiotowych usług na poziomie innym niż w złożonej przez siebie ofercie. Wszelkie inne ustalenia Zamawiającego nie są potwierdzone w realiach rynkowych przy zachowaniu uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym zarzucie Zamawiający używa pojęcia „koszty abonamentowe”. Wskazać należy, że pojęcie „koszty abonamentowe” jako określenie mające znaczenie szczególne w tym postępowaniu, nie występuje nigdzie w dokumentacji przetargowej Zamawiającego, ani w formularzu ofertowym ani w SIWZ, ani w umowie, ani nawet w pytaniach i odpowiedziach. Jedynie miejsce, w którym jest użyte to pojęcie to oferta wykonawcy Netia z dnia 23 stycznia 2019 załączone jako dowód w szacowaniu ceny do dokumentacji postępowania, gdzie w pozycjach od 1 do 7 oraz pozycji 10 zdefiniowana jest „opłata abonamentowa”. Wskazać należy, że treść tej oferty ani sposób rozliczania zaproponowany przez Netię nie był dostępny dla żadnego z wykonawców.

Jedynie Zamawiający i wykonawca Netia znali to pojęcie i sposób rozliczania oraz planowane wydatki w poszczególnych latach.

Co ważne w ofercie wykonawcy Netia z dnia 23 stycznia 2019 służącej do szacowania ceny jak już było podnoszone znajduje się pozycja sztucznie podnosząca szacunki ceny o 1 milion złotych netto (ok. 1,33 miliona złotych brutto). Pozycja ta jest produktem standardowym firmy Microsoft i nie ma uzasadnienia w przedmiocie zamówienia oraz stanowi jedynie sztuczne zawyżenie wartości zamówienia o 1,33 miliona złotych.

Ponadto Wykonawca Netia zdaniem Odwołującego dołączył do tej oferty informacje o posiadanej przez siebie licencji z grudnia 2015 gwarantującej mu wyłączność w postępowaniu przetargowym tym samym licząc na całkowity brak konkurencji tzn. na złożenie jedynej ważnej oferty.

Zamawiający otrzymawszy zawyżoną o co najmniej 1,33 miliona uznał wartość za poprawną, a następnie jeszcze podniósł bez uzasadnienia szacunki o dalsze 1,7 miliona złotych z kwoty 4 miliony do kwoty 5,7 miliona złotych.

W zakresie szacowania, które miałyby być określone na podstawie treści wcześniejszej umowy w tym samym przedmiocie umowy Wykonawca wskazuje, że Zamawiający próbuje wprowadzić Izbę w błąd bowiem poprzednia umowa dotyczyła postępowania z 2014 roku (w którym udział brał również sam Odwołujący w konsorcjum z firmą BULL SAS). Obejmowała

zupełnie inny zakres usług. Była to umowa na budowę systemu wraz z dostawą sprzętu i jego utrzymaniem oraz siecią podkładową. Stąd wykonawca Netia – jako operator telekomunikacyjny do budowy sieci podkładowej, wykonawca Fujitsu – producent sprzętu, wykonawca TIMSI producent systemu obiegu dokumentów.

Wskazać należy, że obecne zamówienie ma inny charakter oraz pozbawione jest:

a) obsługi sieci podkładowej, której to usługi zostały wydzielone i odnowione w postępowaniu w 2018 roku, o którego zawyżonym szacowaniu o ponad 50% wykonawca podawał w swoich wyjaśnieniach na stronie 15 w punkcie „Analiza historyczna trafności szacowań Zamawiającego”,

a) budowy SEOD, który już w części funkcjonuje na podstawie umowy z 2014 roku

b) oraz dostaw sprzętowych, które zostały wykonane na podstawie umowy z 2014 roku (w przedmiotowym postępowaniu występuje jedynie niewielka dostawa sprzętu dla SST).

Wykonawca kwestionuje też posługiwanie się przez Zamawiającego pojęciem „jednego z wiodących” usług IT, które wskazuje na operatora telekomunikacyjnego Netia i miałoby sugerować, niepodważalne, właściwe i jedyne źródło pozyskiwania wiarygodnych informacji o przedmiocie i wartości usług i tym samym rzetelne szacowanie ceny zamówienia.

74. Zgodnie z kalkulacją ceny oferty przedstawioną przez dostawcę w ramach rozeznania rynku oraz cenami jednostkowymi wskazanymi w wycenie analogicznych usług dokonanej w ramach poprzedniej umowy o analogicznym przedmiocie, Zamawiający posiadał informację o możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne w 2019 r. oraz o dysponowaniu wystarczającymi środkami pieniężnymi w budżecie na 2019 r. w celu dokonania zapłaty części wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z terminów umownych.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazuje, że obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert, a Zamawiający nie czynił żadnych odstępstw i różnic w podejściu do oceny ofert. Argumentacja jest tym bardziej chybiona bowiem zakładanie terminu płatności w odniesieniu do budżetu na 2019 r. już w chwili składania tego odwołania jest bezskuteczne i zostało przeniesione na 2020r.

75. W niniejszym Postępowaniu ofertę złożył tylko Wykonawca, której wartość brutto wyniosła 4.012.260,00 zł. Zgodnie z treścią formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ ceny jednostkowe oferty tego Wykonawcy wyniosły:

- a. za usługę utrzymania SEOD - 27.060,00 zł brutto za 1 miesiąc (974.160,00 zł brutto za 36 miesięcy),*
- b. za usługę utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego - 6.150,00 zł brutto za 1 miesiąc (209.100,00 zł brutto za 34 miesiące),*
- c. za udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego - opłata jednorazowa w wysokości 2.460.000,00 zł brutto,*
- d. za usługę rozwoju - 123 zł brutto za 1 roboczogodzinę (369.000,00 zł brutto za 3000 roboczogodzin).*

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podnosi, że zgodnie z wymogami Zamawiającego uwzględnił on wszystkie koszty i okoliczności postępowania.

76. Wykonawca zaoferował zatem cenę jednostkową za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowe” w wysokości znacznie odbiegającej od szacunkowych wyliczeń w tym zakresie dokonanych przez Zamawiającego. Wygórowana cena za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowe” nie wynika jednak z nieprawidłowego szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, ale z błędnej kalkulacji ceny oferty przez Wykonawcę, niezgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym. Wykonawca ma prawo kalkulować ofertę zgodnie z kosztami i ryzykiem, które ponosi na danym etapie realizacji zamówienia, jeżeli zapisy SIWZ i zapisy umowy tego nie traktują inaczej.

77. Jak wynika z treści Wyjaśnień RNC Wykonawcy z dnia 12 listopada 2019 r., w cenie jednostkowej oferty za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo - testowego” uwzględnił on wszystkie koszty, które musi ponieść w związku z faktycznym uruchomieniem całego projektu i rozpoczęciem realizacji umowy, określonym przez niego (...) – tajemnica przedsiębiorstwa a nie jedynie cenę jednostkową za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo - testowego”.

Odwołujący potwierdza, że w swojej ofercie zawarł wszystkie koszty, w tym te który które musi ponieść każdy inny wykonawca, który przejmie usługę po wykonawcy poprzednim.

78. Zamawiający w momencie szacowania wartości Zamówienia nie mógł przewidzieć, że Wykonawca dokona podziału kosztów Zamówienia w sposób niezgodny z treścią SIWZ oraz zasadami uczciwej konkurencji, oferując cenę nierynkową za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego”, jednocześnie gwarantując sobie w ten sposób wypłatę przeważającej części wynagrodzenia umownego już na początku realizacji Zamówienia.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym stwierdzeniem. Zamawiający szacując wartość zamówienia oparł konstrukcję postępowania wyłącznie na ofercie Wykonawcy, który w realizował usługę, mimo że sam Zamawiający znał i podał w uzasadnieniu szacowania nazwy innych wykonawców którzy mogliby realizować zamówienie. Zamawiający przy szacowaniu przyjął pod uwagę założenia abonamentowe rozliczeń zgodne z ofertą wykonawcy obecnie realizującego usługę, ale założeń tych nie zastrzegł w dokumentacji przetargowej, tym samym te nie były one znane innym wykonawcom w postępowaniu. Każdy wykonawca mógł zatem ofertować rozliczenie umowy zgodnie z ponoszonymi przez siebie kosztami w granicach opisanych w SIWZ i umowie.

79. Zgodnie bowiem z treścią §3 ust. 2 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ) Wykonawca ma obowiązek uruchomienia SST w terminie 30 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy. Natomiast wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy „z tytułu udzielenia licencji na Środowisko szkoleniowo-testowe płatne będzie po podpisaniu przez Strony Protokołu odbioru Środowiska szkoleniowo-testowego”.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący potwierdza stanowisko Zamawiającego. Po dostarczeniu sprzętu, licencji, zainstalowaniu i uruchomieniu środowiska SST. Przekazaniu dokumentacji i kodów źródłowych Zamawiający zobowiązany jest do podpisania protokołu odbioru. Wykonawca zobowiązany jest też w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy do dostarczenia dowodów wykupienia gwarancji u producenta sprzętu na cały sprzęt SEOD. Tak więc prawidłowo przyjmując wysokość nakładów, ryzyka i obciążenia Wykonawca skalkulował cenę oferty w rozbiciu na poszczególne etapy płatności.

80. *Takie działanie Wykonawcy wymusza na Zamawiającym, już na początkowym etapie realizacji umowy, jednorazową zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy w wysokości 2.460.000,00 zł brutto.*

Jak wskazał wcześniej Odwołujący(...) – *tajemnica przedsiębiorstwa*. Tym bardziej, że Zamawiający nie podał, harmonogramu płatności na etapie SIWZ, a jak sam stwierdza posiada środki na realizację zamówienia, bowiem zabezpieczył kwotę o 1,7 mln. wyższą niż wynosi cena oferty Odwołującego.

81. *Należy wskazać, że budżet Zamawiającego na dany rok jest podzielony na trzy grupy wydatków, tj. wydatki na świadczenie na rzecz osób fizycznych, wydatki bieżące oraz wydatki majątkowe (inwestycyjne). Wynagrodzenie wykonawcy za udzielenie licencji jest finansowane ze środków pieniężnych znajdujących się w wydatkach majątkowych (inwestycyjnych) Zamawiającego, natomiast wynagrodzenie wykonawcy za realizację usług utrzymania i rozwoju jest uiszczane sukcesywnie ze środków pieniężnych zabezpieczonych w ramach wydatków bieżących na dany rok. Zamawiający nie ma możliwości swobodnego przenoszenia wydatków między grupami wydatków oraz sumowania kwot wydatków niewykorzystanych w danym roku z wydatkami zabezpieczonymi na rok następny. Nadto, kwota w wysokości 2.460.000,00 zł w ramach realizacji Postępowania za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego” nie została zabezpieczona w budżecie w wydatkach majątkowych (inwestycyjnych).*

Odwołujący nie jest uprawniony do badania źródeł finansowania zamówień Zamawiającego, jednakże wskazuje, że opinia nt. finansowania tego zamówienia się u Zamawiającego zmieniała począwszy od 24 lipca 2019, gdy Dyrektor Departamentu Finansów wskazała możliwość dokonania przesunięcia środków i realizacji tego zamówienia.

Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż ustawodawca rozróżnia interes publiczny od jego wymiaru w charakterze ważnym, jak to czyni w przepisie art. 192 ust. 5 Pzp wskazując na istotność dokonywanego rozróżnienia: „Ważnego interesu publicznego w rozumieniu ust. 3 pkt 2 lit. c nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmującym w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów.”

82. *W niniejszym Postępowaniu, nastąpiła zatem istotna zmiana okoliczności powodująca nie tylko, że Zamawiający nie dysponuje środkami na finansowanie Zamówienia w sposób, który zaoferował Wykonawca, ale również stwarzająca sytuację, w której dalsze prowadzenie Postępowania nie leży w interesie publicznym.*

Odwołujący w żaden sposób nie może zgodzić się z powyższym stwierdzeniem.

Stanowisko Zamawiającego nie ma uzasadnienia. Nie nastąpiła także żadna zmiana okoliczności.

Okoliczności konieczności poniesienia kosztów wejścia znane są Zamawiającemu, który jest podmiotem profesjonalnym.

Po raz kolejny wskazać należy, że Zamawiający w toku postępowania udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców którym podawał informacje, że stan systemu SEOD nie jest mu do końca znany, w szczególności posiadane przez niego, dokumentacja, kody źródłowe itp. sugerował, że mogą nie być aktualne. Na Wykonawcę, który przejmuje usługę czeka szereg zadań i ryzyk, które Wykonawca musiał sam skalkulować łącznie z przewidzeniem celowego uszkodzenia sprzętu przez Zamawiającego i podmioty trzecie i tego dokonał, w związku z czym prowadzenie postępowania leży jak najbardziej w interesie Zamawiającego.

83. *Istotna zmiana okoliczności powstała z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego i jest to zmiana trwała, nieodwracalna. W przypadku zawarcia umowy z Wykonawcą i powstania roszczenia Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego o wypłatę wynagrodzenia w jednorazowej wysokości 2.460.000,00 zł brutto interes publiczny dozna znacznej szkody. Zamawiający musiałby podjąć decyzję o rezygnacji z większości, niezbędnych do prawidłowego działania instytucji Zamawiającego w całej Polsce, przedsięwzięć (zakupów), które są finansowane z wydatków majątkowych (inwestycyjnych), nie mając przy tym jednocześnie pewności czy uda się uzyskać wystarczające środki pieniężne w celu zapłaty ceny ofertowej Wykonawcy tylko za „Udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego”.*

Odwolujący nie zgadza się z powyższym stwierdzeniem. Zdaniem Odwołującego nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności z przyczyn zewnętrznych i niezależnych od Zamawiającego. Nie jest to zmiana trwała i nieodwracalna. Wypłata wynagrodzenia Wykonawcy w żaden sposób nie świadczy, że budżet dozna jakiegokolwiek szkody.

Ponadto sam Zamawiający określił mechanizmy, które umożliwiają mu dokonanie stosownych przesunięć w celu realizacji przedmiotowego zadania. Stanowisko Zamawiającego które wskazuje, że przygotowana dokumentacja postępowania jest wykonana z najwyższą starannością, którą mógł zapewnić Zamawiający wskazuje, że kolejne postępowanie odbyłoby się w takich samych warunkach i dałoby taki sam efekt.

84. *Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż nawet jednorazowa zapłata wynagrodzenia w wysokości 2.460.000,00 zł brutto nie zapewnia Zamawiającemu osiągnięcia głównego celu w jakim miało zostać zrealizowane Zamówienie, tj. zapewnienie świadczenia usług utrzymania i rozwoju systemu produkcyjnego SEOD, który jest systemem niezbędnym do sprawnego i prawidłowego funkcjonowania instytucji Zamawiającego (Państwowej Inspekcji Pracy). Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie „Interes publiczny powinien być postrzegany jako cel, dla którego zaspokojenia miało być zrealizowane zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne”. W praktyce bowiem zapłata wyżej wymienionej kwoty wynagrodzenia Wykonawcy nie wiąże się nawet z rozpoczęciem świadczenia usługi utrzymania Systemu SEOD w jakimkolwiek zakresie oraz z postępowaniem nad rozwojem tego systemu. Zamawiający pomimo zapłaty tak wysokiej kwoty wynagrodzenia w rzeczywistości uzyska jedynie urządzenia i licencję na SST, które ma charakter pomocniczy w stosunku do SEOD.*

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Powyższe stwierdzenie nie jest prawdą, bowiem zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający dokona zapłaty dopiero po komisyjnym odbiorze działającego środowiska SST i przekazaniu dokumentacji, a także wykupieniu usług gwarancyjnych u producenta na cały pracujący sprzęt. Wskazać należy, uruchomienie SST stanowi największy wysiłek ze strony Odwołującego tzn. generuje największy koszt i ryzyko związane z przejęciem obsługi systemu od innego wykonawcy.

85. Mając powyższe na uwadze, niezależnie od ziszczenia się przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty BIT, Zamawiający dodatkowo uznał, że zostały spełnione wszystkie przesłanki uzasadniające unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego. Dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym.

Zdaniem Odwołującego, żadne z powyższych okoliczności nie zaszły w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z orzeczeniem KIO 764/19, w którym omawiane jest rozróżnienie pomiędzy interesem zamawiającego a interesem publicznym, Izba uznała, że: Wobec tego okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania.

Powołanie się na przesłankę unieważnienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. wymaga od Zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interes publiczny", który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, gdyż tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. W każdym wypadku Zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców.

Reasumując, niezaszła żadna z przesłanek mogących skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego jak również żadna z przesłanek pozwalająca na unieważnienie postępowania. Mając na uwadze powyższe wnosimy jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej 30 grudnia 2019 roku czynności Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2019 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, poprzez bezzasadne odrzucenie z postępowania oferty Odwołującego w sytuacji, gdy złożona oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności art. 3 ust. 1 uznk.

Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419) (dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”) *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia a czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejsze ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004 nr 2, poz. 26).

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto,

że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008 nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 uznk. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji” jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie – kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1. (por. wyrok w sprawach połączonych z dnia 21 kwietnia 2017 r. KIO 679/17, KIO 680/17).

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, gdzie niewątpliwie mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 uznk., w ocenie Izby Odwoławczy dokonując obliczenia ceny (szczegółowo wyjaśnionego w utajnionych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny), z pominięciem zasad jej kalkulacji i sposobu rozliczenia wynagrodzenia opisanych w SIWZ, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwoławczy, poprzez własną inżynierię finansową w zakresie konstrukcji sposobu rozliczenia zamówienia, chciał otrzymać wynagrodzenie w sposób, niezgodny z zasadami ustalonymi w tym zakresie przez Zamawiającego w treści SIWZ. Poprzez swobodną i jednostronną interpretację zapisów SIWZ dopuścił się w niniejszym postępowaniu do tzw. manipulacji ceną, poprzez jej konstrukcję w sposób niezgodny z zasadami zawartymi w SIWZ. Manipulacja taka z kolei, znalazła odzwierciedlenie w cenie całkowitej oferty i miałaby bezpośrednie przełożenie na sposób rozliczenia umowy, wysokość kar umownych, czy ceny w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy. Powyższe świadczy

o działaniu Odwołującego sprzecznie z dobrymi obyczajami.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 listopada 2017 r. Sygn. akt XII Ga 739/17 orzekł: „KIO prawidłowo w konsekwencji uznała, iż skarżący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które narusza interes innego przedsiębiorcy, polegającego na manipulacji ceną, która stanowiła element kryterium oceny ofert w postępowaniu. Skalkulowanie ceny w sposób odmienny od warunków rynkowych powoduje niewątpliwie naruszenie interesów innych przedsiębiorców, którzy wyceniają swoje usługi, odnosząc się do realnych kosztów, a tym samym tacy przedsiębiorcy, nie mogą realnie konkurować z wykonawcą (skarżącym)”.

Podobne stanowisko wyraziła również Izba w wyroku z dnia 28 marca 2017 sygn. akt: KIO 473/17.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący składając ofertę na warunkach określonych w (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na str. 18, 19 i 20, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zatem zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zdaniem składu orzekającego, działanie Odwołującego wyrażone w konstrukcji oferty, wypełniało przesłanki określone w art. 3 ust. 1 uznk., tj. było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagrażało interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającego.

Podobnie Izba orzekła np. w wyroku KIO 228/18 z dnia 20 lutego 2018; KIO 408/18 z dnia 20 marca 2018.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia potwierdziły, iż wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie w cenie wskazanej w ofercie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

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

Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 – 2 ustawy Pzp wynika, iż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Ponadto, Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli stwierdzi że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie

sprostował obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Zamawiający, obok obowiązku wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp (*W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert*), ma prawo zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów wyliczenia ceny lub kosztów, zawsze, kiedy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (art. 90 ust. 1 Pzp).

Wyjaśnienia składane przez wykonawcę mają na celu wykazanie, iż zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem.

W przedmiotowym postępowaniu, wątpliwości Zamawiającego wzbudziła cena oferty niższa o około 29,63% oraz wycena istotnych części składowych ceny takich jak: usługi utrzymania systemu SEOD, usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego oraz usługi rozwoju, w związku z czym, pismem z dnia 31 października 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu Zamawiający szczegółowo odniósł się do zakresu i elementów cenotwórczych, które winny być ujęte w istotnych częściach składowych ceny, tj.

- czy koszty sługi utrzymania systemu SEOD zapewniają osiągnięcie zysku, czy obejmują koszty dostawy, uruchomienia, zainstalowania, konfiguracji aktualizacji wersji Systemu

SEOD zgodnie z SIWZ, koszty serwisu gwarancyjnego, w tym koszty materiałów, koszty dostawy urządzeń zastępczych i wymiany na fabrycznie nowe, koszty odbioru urządzenia zastępczego i urządzenia uszkodzonego,

- czy koszty utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego zapewniają osiągnięcie zysku, czy obejmują koszty dostawy sprzętu, koszty dostawy, uruchomienia, zainstalowania, konfiguracji aktualizacji wersji Systemu dla Środowiska szkoleniowo-testowego, koszty serwisu gwarancyjnego, w tym koszty materiałów, koszty dostawy urządzeń zastępczych oraz wymiany na fabrycznie nowe, koszty odbioru urządzenia zastępczego i urządzenia zastępczego i urządzenia uszkodzonego zgodnie z SIWZ, oraz koszty osobowe, w tym koszty dojazdu,
- czy koszty usługi rozwoju zapewniają osiągnięcie zysku, czy obejmują koszty analizy, modyfikacji, implementacji, wdrożenia w Systemie SEOD i Środowiska szkoleniowo-testowego, koszty osobowe, w tym koszty dojazdu na spotkania projektowe.

Odwołujący, pismem z dnia 12 listopada 2019 r. udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na to, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 12 listopada 2019 r. nie odpowiadają treści wezwania z 31 października 2019 r. oraz w części, w której korespondują z treścią wezwania – potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są niewiarygodne i nierzetelne, co prowadzi do wniosku, że cena całkowita oferty nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż jest rażąco niska, nierealistyczna i oderwana od realiów rynkowych.

W ocenie Izby, Zamawiający w okolicznościach przedmiotowej sprawy uprawniony był do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem cena oferty (złożonej jako jedyna w postępowaniu) wynosząca 4.012.260,00 PLN brutto oraz jej istotne części składowe (wyodrębnione w formularzu oferty) wzbudzały wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ (kwota przeznaczona na realizację zamówienia to 5.701.648,86 PLN brutto). Ceny za ww. usługi, łącznie z ceną za udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego, których suma stanowiła całkowitą wartość oferty, należało odrębnie wskazać w formularzu oferty. Ceny te winny obejmować zakres wskazany przez Zamawiającego w SIWZ, bowiem stanowiły one podstawę do obliczenia wartości całej oferty. Każda z nich powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy oraz obejmować zakres określony przez Zamawiającego. Wykonawca udzielając wyjaśnień rażąco niskiej ceny, winien podać

Zamawiającemu wszystkie istotne informacje z punktu kalkulacji zaoferowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość ceny, dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy założeniu, że wyceną objęty został cały przedmiot zamówienia, w sposób i na warunkach określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Wyjaśnienia winny być kompletne, jasne, spójne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, powinny uwzględniać założenia opisu przedmiotu zamówienia a także szczegółowo odnieść się okoliczności wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny skierowanym przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny. (art. 90 ust. 2 Pzp).

Tymczasem, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego są zbyt ogólne oraz nie odnoszą się do wszystkich kwestii, których wyjaśnienia wymagał Zamawiający. Z uwagi na objęcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba musi odnieść się do ich treści w sposób uwzględniający tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazuje jednakże, że Odwołujący przywołał na str. 16 - 23 okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny, potwierdzające, że ceny istotnych części składowych ceny nie dają możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący nie wyjaśnił np. kosztów osobowych dla utrzymania ŚST i SEOD czy kosztów dostawy. Nie wskazał uwzględnionego nakładu pracy dla obu systemów, pomimo wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień oddzielnie, dla każdej z usług wyodrębnionych w formularzu oferty.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający pominął pewne istotne informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, które należało czytać w całości. Wręcz przeciwnie, informacje te, oraz sposób kalkulacji dokonany przez Odwołującego, potwierdzały, że cena dla poszczególnych usług nie jest adekwatna do wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ.

Powyższe, w ocenie Izby potwierdza prawidłowość decyzji Zamawiającego, dotyczącej konieczności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie nieprawidłowo szacowanej wartości zamówienia, wskazać należy, iż cała argumentacja jak i dowody złożone na rozprawie w tym zakresie nie mają znaczenia dla przedmiotowej sprawy, bowiem podstawą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie była cena całkowita oferty niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, lecz wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, zwłaszcza w zakresie ich istotnych części składowych.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia w zakresie złożonych już wcześniej wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, przez co Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że ustawa nie ogranicza wzywania jedynie do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że wobec braku wprost odpowiedzi w przepisach ustawy Pzp w zakresie ilości możliwych przez Zamawiającego wezwań co do realności zaoferowanej ceny, tj. wobec braku możliwości oparcia się na wykładni literalnej, mającej pierwszorzędne znaczenie w systemie prawa stanowionego, należy zwrócić się ku wykładni systemowej i celowościowej. Przypomnieć więc trzeba, że celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 Pzp jeden z fundamentów systemu zamówień publicznych. Stąd też w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie Zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji. Izba podziela wyrażony w orzecznictwie KIO pogląd, iż możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce przede wszystkim w dwóch przypadkach: gdy sam Zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny, a wezwanie miało charakter ogólny, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami, jednak z wyjaśnień tych jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, bądź niektóre elementy wyjaśnień co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych, nie zostały w dostateczny sposób doprecyzowane przez wykonawców i mogą budzić wątpliwości Zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 466/17, wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r. w sprawach połączonych sygn. akt KIO 2474/17 i KIO 2487/17).

W ocenie Izby powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia na gruncie przedmiotowego postępowania. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w których Zamawiający dokładnie wskazał, które elementy kalkulacji ceny należy uwzględnić w udzielanych wyjaśnieniach. W takiej sytuacji, przy braku wyczerpującej odpowiedzi ze strony Odwołującego, nie należy ponownie wzywać Wykonawcy do złożenia

wyjaśnień, a jedynie stwierdzić, że Odwołujący nie podołał wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Nie wystąpiła tu również okoliczność uzasadniająca doprecyzowanie informacji podanych w wyjaśnieniach, bowiem wynikało z nich w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie ujął w cenach za poszczególne usługi wszystkich elementów, które należało w nich ująć zgodnie z treścią SIWZ.

Wobec powyższego, zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązuje zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy zatem rozumieć jako niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do określonego przez Zamawiającego merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom ukształtowanym przez Zamawiającego w SIWZ. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny lub kosztu za jakie wykonawca zobowiązuje się wykonać zamówienie. Jednakże to Zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres podlegający wycenie i sposób jej konkretyzacji, wyrażony przez wykonawcę oświadczeniem woli, które będzie podstawą dla oceny zgodności złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (realizacji świadczenia) ofertowego, a więc wymaganiami, co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty nie odpowiada wymaganiom zawartym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków i sposobu jego realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego co do zakresu i sposobu realizacji oczekuje zamawiający

i które opisał w SIWZ (por. wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2739/17, wyrok z 20 marca 2018 r. sygn. akt KIO 432/18, wyrok z 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt 595/18).

W rozpoznawanej sprawie argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi utrzymania i rozwoju systemu produkcyjnego Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów wdrożonego w jednostkach organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy (SEOD) oraz uruchomienie i zapewnienie dostępu do środowiska szkoleniowo - testowego w pełni odpowiadającemu funkcjonalnie środowisku Systemu SEOD (z zastrzeżeniem pkt.1 w zał. 3a SIWZ) wraz z utrzymaniem i rozwojem środowiska szkoleniowo-testowego. Opis przedmiotowego zamówienia został zawarty w załącznikach nr 3, 3a, 3b, 3c oraz 7 do SIWZ, stanowiących odpowiednio szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia na uruchomienie Środowiska szkoleniowo-testowego dla Systemu SEOD i zapewnienie gwarancji na sprzęt, opis poziomu świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD oraz Środowiska szkoleniowo testowego, wykaz posiadanego przez Zamawiającego sprzętu oraz wzór umowy określający warunki realizacji. W załącznikach tych Zamawiający precyzyjnie opisał cały zakres objęty zamówieniem oraz sposób jego realizacji wraz z zasadami płatności. Wskazał jakie konkretne czynności obejmuje usługa utrzymania, w tym zapewnienie serwisu gwarancyjnego, uruchomienie ŚST, czy dostawę sprzętu. Zamawiający wymagał aby Wykonawca w terminie 30 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy uruchomił Środowisko szkoleniowo-testowe, w tym dostarczył potrzebny sprzęt i oprogramowanie do realizacji ww. środowiska, zainstalował i skonfigurował system elektronicznego obiegu dokumentów w Środowisku szkoleniowo-testowym w pełni odpowiadającemu funkcjonalnie środowisku Systemu SEOD za wyjątkiem funkcjonalności określonych w pkt. 1.1-1.5 w załączniku nr 3a do SIWZ oraz od dnia uruchomienia Środowiska szkoleniowo-testowego zapewnił do niego dostęp dla 50 jednoczesnych użytkowników oraz świadczył Usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego. We wzorze umowy Zamawiający przewidział sposób rozliczenia i zasady płatności za realizację przedmiotu zamówienia. Paragraf 11 ust. 1 umowy wskazuje łączne maksymalne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, z wyodrębnieniem wynagrodzenia za usługi utrzymania Systemu SEOD, za usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo – testowego, za usługi rozwoju oraz dodatkowo za udzielenie licencji na Środowisko szkoleniowo-testowe, którego rozliczenie i płatność będzie odbywać się odmiennie niż rozliczenie za realizację ww. usług. Powyższy podział wynagrodzenia odpowiada podziałowi wynagrodzenia, które wykonawca winien określić w formularzu ofertowym. Zamawiający określił, że wynagrodzenie za realizację zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym, uiszczanym w okresach miesięcznych. Jedynie Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy z tytułu udzielenia licencji na Środowisko szkoleniowo-testowe płatne będzie po podpisaniu przez Strony Protokołu odbioru Środowiska szkoleniowo-testowego. W formularzu ofertowym Wykonawca winien odrębnie wycenić wartość poszczególnych usług oraz podać cenę za udzielenie licencji na Środowisko

szkoleniowo testowe.

Odwołujący udzielając wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odniósł się również do zakresu i sposobu kalkulacji ceny za poszczególne usługi oraz za udzielenie licencji na Środowisko szkoleniowo-testowe, będące przedmiotem zamówienia. Z treści wyjaśnień wynikało, że zakres poszczególnych świadczeń nie pokrywa się z ich zakresem wymaganym w SIWZ, określonym w opisie przedmiotu zamówienia.

Nie można się zgodzić z Odwołującym, że cena podana w ofercie została przedstawiona zgodnie z treścią formularza ofertowego, ponieważ np. z pozycji – wynagrodzenie za udzielenie licencji Środowiska szkoleniowo-testowego, w której należało podać jedynie cenę za udzielenie tej licencji Zamawiający nie uzyskał informacji ile wynosi cena licencji. Nie znajduje również potwierdzenia w dokumentacji sprawy twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie doprecyzował gdzie i jak należy ująć poszczególne koszty realizacji zamówienia. Podział ten wyraźnie wynika z opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający określił zakres przedmiotu zamówienia w odniesieniu do świadczonych usług. W opisie tym Zamawiający wymienił również te elementy, które będą tworzyć środowisko szkoleniowo-testowe, przypisując je do realizacji usług utrzymania. Zatem ich wycena powinna zostać ujęta w formularzu ofertowym odnoszącym się do tych usług. To, że Odwołujący oświadczył w pkt 2 formularza ofertowego, że w cenie oferty ujął wszystkie koszty wykonania zamówienia, nie oznacza jeszcze, że ujął je w sposób prawidłowy, odpowiadający wymaganiom Zamawiającego określonym w treści SIWZ a wyrażonym w formularzu ofertowym.

Sposób realizacji zamówienia zaoferowany w ofercie Odwołującego (a opisany w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na str. 16 - 23), wskazuje iż jest to zobowiązanie Odwołującego do realizacji zamówienia na zasadach odmiennych niż określił to Zamawiający w SIWZ. Nie pokrywa się ono z wymaganiami Zamawiającego, nie stanowi odpowiedzi na potrzebę Zamawiającego i sprowadza się do zaoferowania realizacji usługi na własnych zasadach Odwołującego, innych niż te, które stanowiły założenia ogłoszonego postępowania. W konsekwencji, Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, jednakże zaoferował realizację usługi na zasadach innych, a nie tych, na których opierało się przedmiotowe zamówienie.

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował realizację zamówienia w sposób odmienny od założeń SIWZ, co sprowadza się do uznania, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Konsekwencją złożenia oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ jest obowiązek Zamawiającego polegający na konieczności odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dodać należy, iż Zamawiający nie miał możliwości skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.* Odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, która to niezgodność nie ma przymiotu omyłki wynikającej

z braku staranności, lub spowodowanej niecelowym działaniem wykonawcy, podlegającej poprawieniu. W świetle utrwalonej wykładni pojęcia omyłki, nie można mówić o jej zaistnieniu w sytuacji, gdy wykonawca świadomie wprowadza zmiany w treści oferty, odbiegające od opisu zawartego w SIWZ. KIO jak i Sądy Powszechne w przypadku zarzutu zaniechania poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy badają, czy niezgodności te nie są wynikiem zamierzonego działania wykonawcy (vide. wyrok SO w Poznaniu z 18.12.2014 r., sygn. akt X Ga 522/14), jak również ustalają, czy poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie treści zawartych w ofercie, co ma stanowić granicę, której przekroczenie może oznaczać prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty. Jak trafnie zostało to ujęte w uzasadnieniu wyroku SO w Łodzi z dnia 30.12.2015 r., sygn. II Ca 1583/15, Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę jedynie wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę i nie może żądać wyjaśnienia treści oferty, którą uważa za niejasną lub niezgodną z treścią SIWZ.

Powyższe wskazuje również na niezasadność stawianego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty. Dopuszczenie złożenia wyjaśnień w tych okolicznościach nie byłoby celowe, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający uzyskał już wiedzę co do treści oferty Odwołującego. Wyjaśnienia składane w tych okolicznościach na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, które nie mogą prowadzić do negocjacji dotyczących oferty, mogłyby jedynie stanowić próbę wyjaśnienia przyczyny stwierdzonych niezgodności. Zamawiający mając zatem przekonanie co do niezgodności treści oferty z jednoznacznymi zapisami SIWZ, nie miał potrzeby występowania o wyjaśnienia, które nie mogły prowadzić do zmiany treści oferty dającej świadectwo jej niezgodności z zasadami realizacji zamówienia wskazanymi w SIWZ.

Reasumując, w ocenie Izby decyzja Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i 89 ust. 4 Pzp była w pełni uzasadniona. Oferta Odwołującego spełnia przesłanki nakazujące Zamawiającemu jej odrzucenie w zakresie niezgodności z treścią SIWZ, czynu nieuczciwej konkurencji oraz rażąco niskiej ceny. Zobowiązanie Odwołującego wyrażone w ofercie co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia, zostało złożone według odmiennych zasad niż te, których oczekiwał Zamawiający ogłaszając przedmiotowe postępowanie. Odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, poprzez dokonanie własnych wyliczeń, opartych o indywidualny sposób kalkulacji bez uwzględnienia założeń wynikających w tym zakresie z treści SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp wskazać należy na jego niezasadność.

Zgodnie z treścią ww. artykułu: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.*

Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, w którym została złożona jako jedyna oferta, Odwołującego. Następstwem odrzucenia oferty Odwołującego stała się konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, bowiem w postępowaniu nie było już żadnej innej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że celem Zamawiającego było unieważnienie postępowania już od chwili otwarcia ofert, a dowody złożone na tą okoliczność również nie potwierdzają tezy Odwołującego.

Z dowodów załączonych do odwołania złożonych na ww. okoliczność (Protokół z 24 lipca 2019 r. - załącznik 5 do odwołania, Notatka z 25 lipca 2019 r. - załącznik 10 do odwołania, Notatka z 9 września 2019 r. - załącznik 13 do odwołania) wynika, że w związku z barakiem środków finansowych związanych z płatnością, którą należy ponieść na początkowym etapie realizacji zamówienia, Zamawiający analizował możliwość zwiększenia brakujących środków jak i możliwość unieważnienia postępowania z powodu braku środków finansowych dotyczących jednego z elementów wyceny. Dowody te nie wskazują, jak twierdzi Odwołujący na zamiar unieważnienia postępowania już od chwili otwarcia ofert.

Podkreślenia wymaga, iż brak środków finansowych na realizację zamówienia w wysokości wynikającej z oferty najkorzystniejszej, stanowi podstawę unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). Zamawiający analizował kwestię, czy może zastosować analogię w zakresie unieważnienia postępowania, w sytuacji braku środków na jeden z elementów przedmiotu zamówienia, którego wartość przewyższa kwotę przeznaczoną na jego realizację.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez brak podania pełnego uzasadnienia faktycznego przyczyn odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2-4 ustawy Pzp oraz unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, Izba nie podziela argumentacji Odwołującego. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Powyższa podstawa prawna nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, bowiem odnosi się do wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, lecz jego oferta została odrzucona. Gdyby jednak przyjąć, że Odwołujący chciał zarzucić naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, podając uzasadnienie faktyczne i prawne,* to wskazać należy, że treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 19 grudnia 2019 r nie potwierdza zarzutu. Zamawiający podał uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego oraz szczegółowe i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne, zawarte na 19 stronach. Trudno zgodzić

się z Odwołującym, że tak obszerna argumentacja stanowi niepełne uzasadnienie odrzucenia oferty. Ponadto, treść powyższego artykułu nie odnosi się do uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Dodać należy, że w treści odwołania, ani podczas rozprawy Odwołujący nie rozwinął swojego stanowiska, co również stanowi podstawę do uznania zarzutu za chybiony.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego w zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie Zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 6 Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.* Analizując powyższy przepis należy wyraźnie odróżnić interes Zamawiającego od interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego. Sam fakt, że Zamawiający nie przewidział, że jeden z elementów ceny oferty, przekroczy zabezpieczone przez niego środki, nie oznacza, że realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Ponadto Izba wskazuje, że argumentacja i działania Zamawiającego pozostają w sprzeczności, bowiem raz Zamawiający wskazuje że występował o zwiększenie środków finansowych, niezbędnych do realizacji zamówienia (co potwierdzają dowody: D1 - złożony na rozprawie przez Odwołującego oraz załączone do odwołania jako załącznik nr 8 i 9), z drugiej jednak strony powołuje się na błędy w ofercie Odwołującego skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy jest podstawą do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wskazać jednakże należy, że uwzględnienie powyższego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego, z uwagi na oddalenie pozostałych zarzutów odwołania.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady udzielania zamówień publicznych w tym w szczególności w związku z dokonaniem zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu czynności, a także w związku z zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, bowiem oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, co zostało wykazane powyżej.

Odnosząc się pozostałych dowodów złożonych na rozprawie, Izba wskazuje że nie zawierały one informacji istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, zatem Izba nie odniosła się do ich treści, uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....

.....

.....