

Sygn. akt: KIO 547/16

Sygn. akt: KIO 550/16

Sygn. akt: KIO 552/16

WYROK

z dnia 23 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 28 kwietnia, 11 maja i 16 maja 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2015 r. przez:

- A. **Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02 - 678 Warszawa, Sygn. akt: KIO 547/16,**
- B. **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów, Sygn. akt: KIO 550/16,**
- C. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39 a, 31 - 864 Kraków, Sygn. akt: KIO 552/16**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00 - 175 Warszawa**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt KIO 550/16 i KIO 552/16 po stronie Zamawiającego oraz zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania o Sygn. akt KIO 547/16,
- B. **Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02 - 678 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 550/16 oraz KIO 552/16 po stronie Zamawiającego,

- C. **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 552/16 po stronie Zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sygnity S.A., Indra Sistemas S.A., Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Ericpol Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 547/16, KIO 550/16 oraz KIO 552/16 po stronie Odwołującego,

orzeka:

- A. **uwzględnia odwołanie Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty konsorcjum Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,**
- B. **uwzględnia odwołanie Asseco Poland S.A. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie ofert: konsorcjum Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o. oraz Sygnity S.A. jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,**
- C. **uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., Comarch Polska S.A. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie ofert: konsorcjum Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o. oraz Sygnity S.A. jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a także nakazuje odrzucenie oferty Asseco Poland S.A. z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00 - 175 Warszawa oraz Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców odwołujących się: **Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02 - 678 Warszawa, Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów** oraz wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch S.A., Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39 a, 31 - 864 Kraków**, tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź**, zgłaszającego sprzeciw w sprawie o sygn. akt KIO 547/16 na rzecz **Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02 - 678 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 2.3. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00 - 175 Warszawa** na rzecz **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- 2.4. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00 - 175 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch S.A., Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39 a, 31 - 864 Kraków**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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 - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej ARiMR) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest utrzymanie i rozwój systemu Informatycznego Agencji SIA (ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZ, SIPplus). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 18 lipca 2015 r. pod poz. 2015/S 137-252702.

W dniu 14 kwietnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły trzy odwołania, złożone przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia: 1. Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. (Sygn. akt: KIO 547/16), 2. Asseco Poland S.A. (Sygn. akt: KIO 550/16) oraz 3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., Comarch Polska S.A. (Sygn. akt: KIO 552/16).

Odwołanie Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. (dalej HP) - Sygn. akt: KIO 547/16.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1. zaniechania dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum Atos, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaniechania dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum Atos, którego dokonana ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp, art. 90 ust 1, ust 2 oraz ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp,
2. zaniechania dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum Atos, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003 nr 153 poz. 1503 ze zm., dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”), co stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp;
3. czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że wyjaśnienia Konsorcjum Atos potwierdzają, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechania uznania, że Konsorcjum Atos nie złożyło wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co stanowi naruszenie art. 90 ust 1,

ust 2 oraz ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp;

4. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Atos jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp;
5. zaniechania dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Hewlett Packard jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Atos jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. unieważnienia czynności uznania wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Atos jako wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana przez Konsorcjum Atos cena nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu,
5. uznania udzielonych przez Konsorcjum Atos w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP wyjaśnień rażąco niskiej ceny za wyjaśnienia, które nie potwierdzają, że oferta Konsorcjum Atos nie zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. odrzucenie oferty Konsorcjum Atos, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w stosunku do której ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji, że Konsorcjum Atos nie złożyło wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz odrzucenie oferty Konsorcjum Atos, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
7. dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty Atos, wskazując że cena zaoferowana przez Konsorcjum Atos: stanowi około 21% szacunkowej wartości zamówienia, około 26% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia i około 27% średniej arytmetycznej wszystkich składanych ofert w obszarze usług utrzymania. Podniósł, że cenę składową każdej oferty w postępowaniu tworzą trzy

główne elementy. Po pierwsze są to usługi utrzymania wyceniane w tabeli I formularza ofertowego: Ta wartość podlegała swobodnej wycenie przez każdego wykonawcę. W tabelach II i III formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani byli wpisać stałe wartości podane przez Zamawiającego. Zatem te wartości były identyczne dla wszystkich wykonawców stanowiąc ponad 12 000 000 zł i nie stanowiły one elementu indywidualnej wyceny. Z kolei w tabelach IV i V wykonawcy zobowiązani byli podać jednostkowe ceny dla usług realizowanych w ramach fakultatywnych zamówień, na które Zamawiający przeznaczył budżet ramowy (ten jest wyceniany w punktach funkcyjnych lub roboczodniach), W SIWZ nie przewidziano żadnego mechanizmu gwarantującego zamówienie realizacji tych usług, nawet w ułamkowej wartości. Prace wyceniane w tych tabelach będą zlecane wyłącznie w zależności od uznania Zamawiającego. Wobec przyjętego przez Zamawiającego sposobu wyceny oferty cena wskazana przez Konsorcjum Atos w obszarze usług utrzymania wycenianych w tabeli I formularza ofertowego to zaledwie 27% średniej ceny wszystkich składanych ofert. W tym zakresie oferty ujawnia się rażąca dysproporcja pomiędzy ceną Konsorcjum Atos, a cenami pozostałych wykonawców- dysproporcja, którą należy przekładać na ocenę ceny całościowej oferty. Porównanie cen zawierających także identyczne dla wszystkich 5 ofert ceny z tabeli II i III formularza ofertowego, zaburza prawidłowość procesu badania pod kątem występowania rażąco niskiej ceny. Te ceny sztywno określił Zamawiający i wykonawcy nie mogli się w nich różnić. Realną dysproporcję pomiędzy ceną Konsorcjum Atos, a pozostałych wykonawców, pokazuje porównanie wyłącznie cen z tabel, w których wykonawcy mieli swobodę wyceny i mogli się różnić.

Odwołujący, porównując zaproponowane przez wykonawców ceny ofert wskazał, że w cenie oferty Konsorcjum Atos nie przyjęło odpowiedniej ilości osób niezbędnych do świadczenia usług oraz nie uwzględniło szczegółowych wymagań odnośnie świadczenia usługi, w szczególności kosztów stworzenia i utrzymania środowisk dla poszczególnych systemów informatycznych. W składanych wyjaśnieniach dotyczących usług utrzymania Konsorcjum Atos powinno wskazać ilość osób przyjętych do świadczenia usług, w tym wartość przyjętego dla nich wynagrodzenia. Tak niski poziom wynagrodzenia za usługi utrzymania nasuwa uzasadnione podejrzenia, że Konsorcjum Atos założyło w kalkulacji niedostateczną liczbę osób do realizacji usług i/lub niewystarczający poziom kwalifikacji tych osób. Nie da się bowiem w tej cenie zaoferować usług realizowanych przez wykwalifikowany zespół kilkudziesięciu osób, specjalistów i ekspertów IT.

Poza kosztami osobowymi w cenie oferty wykonawca powinien uwzględnić koszt zapewnienia środowiska niezbędnego do świadczenia usługi oraz dodatkowe narzędzia, w tym: koszt łącz pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym, koszt sprzętu i oprogramowania narzędziowego wykonawcy (wewnętrzne potrzeby wykonawcy podczas realizacji usługi), koszt ewentualnych wyjazdów do siedzib Zamawiającego, koszt obsługi kopii zapasowych,

koszt środowisk testowych wynikających z wymagań opisanych w SiWZ, w tym zarówno koszty sprzętu, licencji oprogramowania jak również wsparcia producenta o ile było to niezbędne (m. in. oprogramowanie firm Oracle, Asseco, Microsoft, HPE). Oceniając poziom ceny Konsorcjum Atos Odwołujący wskazał, że w koszty każdy wykonawca musiał wliczyć także koszty przygotowań do rozpoczęcia świadczenia usługi, wynikające *expressis verbis* z treści załącznika 7 do wzoru umowy Opis Okresu Przejściowego.

Uzasadnione wątpliwości Odwołującego wzbudziła także przyjęta przez Konsorcjum Atos wycena punktu funkcyjnego, która odbiega od cen składanych dotychczas ofert przez tego wykonawcę. Wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego na „Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (Umowa ramowa rozwojowa)\", numer referencyjny sprawy: DZP-2611-2/2014, gdzie termin składania ofert przypadał na dzień 20 maja 2015 r. Konsorcjum Atos zaoferowało cenę za punkt funkcyjny 1988,28 zł netto, natomiast w obecnym postępowaniu ta cena wynosi 450 zł. Zauważył, że środowiska i technologie ARiMR w obydwu postępowaniach są niemal identyczne. Odwołujący powołał także sprawy o sygn. akt KIO 1155/15, 1156/15 oraz 1162/15 i podniósł, że odwołanie KIO 1162/15 to odwołanie firm - uczestników obecnego Konsorcjum Atos, które twierdziło, że nie jest możliwe wykonanie prac na rzecz Zamawiającego w cenie punktu funkcyjnego o 10% wyższej od obecnej ceny punktu funkcyjnego Konsorcjum Atos. Ponadto istotnymi elementami wyceny mającymi wpływ na zaoferowaną cenę jest budżet ryzyka oraz marża gwarantująca wykonawcy odpowiedni zysk z realizacji usług.

Zdaniem Odwołującego, cena oferty Konsorcjum Atos wynika z rażącego zaniżenia i nienależytego oszacowania elementów cenowych, kosztowych i jakościowych składanej oferty, względem realnego przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez Konsorcjum Atos cena jest nierealna i że przy zachowaniu wszelkich rynkowych reguł i należytej staranności realizacja kontraktu za wskazaną przez Konsorcjum Atos cenę byłaby nierentowna i nieopłacalna. Odwołujący podniósł, że instytucja wyjaśnień rażąco niskiej ceny służy wykazaniu przez wykonawcę co spowodowało, że udało mu się zaoferować znacznie niższą cenę niż jego rynkowi konkurenci. Konsorcjum Atos powinno wykazać dlaczego jego cena tak znacznie odbiega od cen pozostałych wykonawców, również doświadczonych firm IT. Z wyjaśnień Konsorcjum Atos, zdaniem Odwołującego, powinna wynikać specyficzna dla tego wykonawcy możliwość tak znacznego obniżenia ceny dostępna wyłącznie dla Konsorcjum Atos i zarazem z jakichkolwiek wiarygodnych powodów, niedostępna dla innych wykonawców składających oferty Zamawiającemu. Konsorcjum Atos powinno wykazać

dlaczego w obszarze usług utrzymania, jego cena stanowi zaledwie 27% średniej arytmetycznej cen składanych ofert i jest ponad 2,5 krotnie niższa od kolejnej oferty. Odwołujący wskazuje, że w przypadku Konsorcjum Atos nie zachodzą żadne obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki nie istnieją w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców. Z uwagi na brak dostępu do treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Atos w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie Konsorcjum Atos złożonej w postępowaniu, Odwołujący wniósł o to by KIO podczas badania tych wyjaśnień pod kątem zarzutów zgłoszonych w Odwołaniu, zweryfikowała czy zawierają one pełne i jednoznaczne wyjaśnienie w następującym zakresie:

- a. odpowiedniej ilości osób przewidzianych do wykonania zamówienia,
- b. wynagrodzenia dla osób realizujących zamówienie,
- c. koszt łącz pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym,
- d. koszt sprzętu i oprogramowania narzędziowego wykonawcy (wewnętrzne potrzeby wykonawcy podczas realizacji usługi),
- e. koszt ewentualnych wyjazdów do siedzib Zamawiającego,
- f. koszt obsługi kopii zapasowych itp.,
- g. koszt środowisk testowych wynikających z wymagań opisanych w S1WZ (w tym zarówno koszty sprzętu, licencji oprogramowania jak również wsparcia producenta o ile było to niezbędne w tym m. in. oprogramowanie firm Oracle, Asseco, Microsoft, HPE.

Odwołujący podniósł także czyn nieuczciwej konkurencji, wskazując, że w jego ocenie działania Konsorcjum Atos spełniają wszystkie przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum Atos, oferując w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą swoje prace po cenie nieodpowiadającej ich rynkowej wartości dopuścił się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami kupieckimi. Odwołujący powołał orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2013 r., sygn. IA Ca 923/12.

W ocenie Odwołującego, działania Konsorcjum Atos zagrażają interesowi Zamawiającego, który wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia dąży do zakupu najlepszych jakościowo produktów, w pełni odpowiadających jego potrzebom. Działania Konsorcjum Atos naruszają również interes Odwołującego. Oferta Konsorcjum Atos nie daje pewności, iż umowa w sprawie zamówienia zostanie wykonana w sposób zgodny z jej postanowieniami, albo też że Konsorcjum Atos na realizacji zamówienia nie poniesie straty, dopłacając różnicę z budżetu grupy Atos.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że złożenie przez Konsorcjum Atos oferty z tak niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest

utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Celem Konsorcjum Atos może być zdaniem Odwołującego próba „wejścia” na rynek usług dla sektora administracji rolnej w Polsce. Kolejnym celem może być uzyskanie unikatowych wiedzy i doświadczenia, wraz z unikatowymi referencjami od Zamawiającego, nawet za cenę „dopłacenia” do zamówienia z zasobów koncernu ATOS. Podkreślił, że każdy duży przedsiębiorca, a do takich należy Konsorcjum Atos może w celu pozyskania klienta oferować wpierw zaniżone ceny, by następnie po wyeliminowaniu konkurencji radykalnie je zwiększyć.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum Atos zniżając cenę oferty w zakresie usług utrzymania doprowadziło do sytuacji, w której ceny za usługi utrzymania pozwoliły jej uzyskać przewagę nad pozostałymi wykonawcami przy zaoferowaniu cen usług rozwoju na poziomie porównywalnym z innymi wykonawcami. Wobec czego, Konsorcjum Atos mogło w ten sposób obniżyć cenę całej oferty i uzyskać w ten sposób zamówienie. Jednocześnie uzyskanie zamówienia pozwala na uzyskanie także zamówień uzupełniających, a zatem zwiększenie należnego Konsorcjum Atos wynagrodzenia.

Ponadto, zdaniem Odwołującego przyjęty sposób wyceny, punktu funkcyjnego dowodzi, że Konsorcjum Atos nie dokonało jej realnej wyceny, a jedynie dopasowało ją do wycen innych wykonawców z poprzednich przetargów, w celu uzyskania zamówienia w postępowaniu.

Odwołanie Asseco Poland S.A. (dalej Asseco) - Sygn. akt: KIO 550/16.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez

- a. konsorcjum firm Atos Polska S.A., Bull SAS i Atos IT Services Sp. z o.o. (dalej Atos),
- b. konsorcjum Sygnity S.A., Indra Sistemas S.A., Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. i Ericpol Sp. z o.o. (dalej Sygnity),
- c. Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. (dalej HP)

pomimo, iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Atos jako najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3. odrzucenia ofert złożonych przez Atos, Sygnity i HP,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. przeprowadzenia dowodu z dokumentacji postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że wykonawcy Atos, HP i Sygnity skalkulowali zaoferowaną cenę ofertową na poziomie od 26% do 33% wartości, którą prawidłowo przewidział i oszacował Zamawiający. Obliczenie ceny ofertowej na tak niskim poziomie jest w ocenie Odwołującego podyktowane następującymi okolicznościami:

1. w ofertach tych nie została uwzględniona znacząca rozbudowa systemu SIA zlecona Asseco przez ARiMR w roku 2016,
2. wykonawcy Atos, HP i Sygnity nie doszacowali liczby osób niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, zarówno w zakresie Usługi Utrzymania Systemu Informatycznego Agencji - SIA jak i Usługi Rozwoju (Modyfikacji) Systemu Informatycznego Agencji - SIA.

Po pierwsze, Odwołujący wyjaśnił, że jest obecnym wykonawcą umowy o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie i rozwój systemu SIA nr 72/DI/2013/2618 (tzw. Umowa 72), oraz umów o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem jest rozwój systemu SIA niezbędny do obsługi Kampanii 2015 nr 19/DI/2015/2615 (tzw. Umowa 19) i rozwój SIA niezbędny do obsługi Kampanii 2016 nr 15/DI/2016/2615 (tzw. Umowa 15). W szczególności Umowa 19 i Umowa 15 to bardzo znaczące rozbudowy głównej Aplikacji systemu SIA - IACSplus. IACSplus jest Aplikacją do obsługi wniosków o płatności w ramach Wspólnej Polityki Rolnej realizowane za pomocą systemu SIA w perspektywie budżetu unijnego 2014-2020. Aplikacja ta zastąpiła w znacznej mierze Aplikację ZSZiK, która pełniła analogiczną rolę dla wcześniejszych perspektyw budżetu UE (2004-2006, 2007-2013). Aplikacja IACSplus jest zbudowana w zupełnie nowej technologii w stosunku do Aplikacji ZSZiK (tzw. cienki klient z użyciem zupełnie innej technologii przetwarzania danych geoprzestrzennych GIS - zamiast oprogramowania GEOMEDIA użyto oprogramowania LIDS). W ramach zamówień dokonanych przez ARiMR w roku 2016 w zakresie Umowy 19 oraz Umowy 15, Aplikacja IACSplus, dotychczas obsługująca wnioski Kampanii 2015, zostanie rozbudowana o funkcjonalności niezbędne w Kampanii 2016 oraz funkcjonalności pozwalające na obsługę wielokampanijności co oznacza około dwukrotny wzrost zakresu funkcjonalnego Aplikacji IACSplus. Rozbudowa ta została zaplanowana na ok. 12 miesięcy i zostanie zakończona w grudniu 2016 roku. Dodatkowo, w ramach Umowy 15 zostanie dokonana znacząca rozbudowa Platformy Aplikacyjnej i Aplikacji SIZ - kolejnych Aplikacji podlegających utrzymaniu i rozwojowi w ramach przedmiotowego postępowania. Asseco, a częściowo również Comarch S.A. (w wyniku przeprowadzenia przez ARiMR badania rynku w odniesieniu do Zadań, które zostały zlecone Asseco w ramach Umowy 15), posiada najbardziej dogłębną wiedzę spośród wykonawców biorących udział w postępowaniu, dotyczącą zarówno złożoności poszczególnych Aplikacji wchodzących w skład Systemu SIA,

jak też ich specyfikacji polegającej na liczbie elementów stworzonych specjalnie według unikalnych potrzeb Zamawiającego. System na przestrzeni ostatnich 18 miesięcy uległ znacznej rozbudowie najpierw na podstawie realizacji tzw. Modyfikacji w ramach Umowy 72 (m.in. Propozycja 031), następnie na podstawie Umowy 19 z dnia 30 kwietnia 2015 oraz na podstawie Aneksu nr 4 do Umowy 19 z dnia 16 lutego 2016 r. i Umowy 15 z dnia 1 kwietnia 2016 r. Aneks został podpisany jeszcze przed terminem złożenia ofert tj. 16 lutego br. i dotyczył wykonania Zadań 11,12 i 13. Umowa 15 została podpisana 1 kwietnia br. ARiMR zakres zamówienia znał dokładnie od 10 lutego 2016 r., kiedy Asseco złożyło ofertę wraz z załącznikiem szczegółowo opisującym przedmiot zamówienia) i dotyczyła wykonania Zadań 14,15,16,17,19, 21, 22, 23 i 24.

Zamawiający nie przekazał żadnemu z Wykonawców Załącznika do oferty z opisem zakresu, więc żaden z Wykonawców nie mógł uwzględnić w swojej cenie ofertowej zakresu prac wynikającego z przedmiotowego Zlecenia. O tym jak duży i znaczący jest ten zakres, świadczy porównanie wielkości zamówienia z kwietnia 2015 (38 min brutto, w ramach którego rozwijano tzw. IACSplus, który stanowi najważniejszy i najbardziej skomplikowany element SIA) w stosunku do zamówienia na ponad 60 min brutto rozbudowy IACSplus. Stawki jednostkowe (koszt roboczo-dnia) w obu umowach były zbliżone (1562 zł netto w Umowie 19 i 1600 zł netto w Umowie 15), więc rozbudowa IACSplus zlecona w ramach Aneksu nr 4 do Umowy 19 i Umowy 15 stanowi blisko 100% wielkości podstawowego zamówienia (z uwzględnieniem faktu, że część IACSplus była budowana w Umowie 72). Tak znaczne zwiększenie zakresu funkcjonalnego największej aplikacji w SIA wpływa na konieczność zwiększenia liczebności etatów do obsługi Aplikacji IACSplus w Usłudze Utrzymania co najmniej o 50%, stąd ceny zaoferowane przez Wykonawców Atos, HP i Sygnity nie mogły uwzględniać utrzymania tak dużego zakresu SIA, ponieważ nie był on opublikowany, ani nawet ogólnie opisany w SIWZ. Wykonawcy Atos, HP i Sygnity w ramach udostępnionego SIWZ mogli zapoznać się z niewielką częścią dokumentacji analitycznej rozbudowy IACSplus realizowanej w ramach Umowy 19 (ramach odpowiedzi z dnia 22-12-2015 Zamawiający przekazał zaledwie część dokumentacji analitycznej dla zadań realizowanych w Umowie 19 - dla Zadania 1, Zadania 2, Zadania 3, Zadania 4, Zadania 5 i Zadania 8 oraz kody źródłowe aplikacji dla Zadania 1, Zadania 2, Zadania 3, Zadania 5, Zadania 8 oraz Zadania 4.1) nie mogli natomiast uwzględnić rozbudowanego przez ARiMR przedmiotu zamówienia o realizację Zadania 6 i 7 oraz zadań określonych w Aneksie 4 do Umowy 19 oraz o realizację zadań określonych w Umowie 15, ponieważ go nie znali. Odwołujący znał zakres niezbędnych prac (czyli SIWZ wraz z zamówieniem z wolnej ręki) ponieważ ofertę na wolną rękę składało w styczniu a następnie 10 lutego 2016 r., a Aneks nr 4 do Umowy 19 został podpisany przed złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu. Swoje twierdzenie o braku wiedzy ze strony wykonawców Atos, HP i Sygnity co do

zasadniczej zmiany zakresu Odwołujący oparł na następujących faktach:

- Zamawiający nie poinformował w ramach dokumentów postępowania o zawarciu Aneksu nr 4 do Umowy 19 (z wolnej ręki) w dniu 16 lutego 2016 r.
- Zamawiający nie poinformował o zamiarze zlecenia i o zakresie zadań określonych w Umowie 15, pomimo iż przed terminem składania ofert dysponował już taką wiedzą, zważywszy na składaną przez Asseco w lutym ofertę zawierającą szczegółowy zakres prac do zadań określonych później w Aneksie nr 4 do Umowy 19 i w Umowie 15
- Aneks nr 4 do Umowy 19 (z wolnej ręki) był zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp jawny i podlegał udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej, a żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu przed dniem składania ofert nie występował do Zamawiającego w tym zakresie.

Po drugie, Odwołujący podniósł, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu na podstawie udostępnionych przez Zamawiającego informacji, profesjonalnej wiedzy i doświadczenia w realizacji podobnych zamówień był zobligowany do skalkulowania ceny ofertowej. Cena zasadniczo poza elementami związanymi ze środowiskami pomocniczymi oraz ryzykiem i marżą, opiera się w zasadniczej mierze o koszty osobowe. Zamawiający wymagał wysokich kwalifikacji osób realizujących zamówienie, co ma zasadniczy wpływ na koszt utrzymania takiego zespołu.

Odwołujący wyliczył średni koszt etatu opierając się na :

- a. wymaganiach Zamawiającego dotyczących doświadczenia poszczególnych członków zespołu, określonych na etapie składania wniosków o dopuszczenie do postępowania przez wykonawców,
- b. kosztach takich specjalistów wykazanych w raportach płacowych Antal, Hays i Cpljobs
- c. przez wyliczenie średniego ważonego wynagrodzenia brutto członka zespołu na podstawie powyższych punktów, przy czym do średniej ważonej nie wzięto wynagrodzeń Kierowników Projektu (najwyższe), ponieważ można założyć, że będzie jeden kierownik projektu ds. rozwoju i jeden kierownik projektu ds. utrzymania.

Średnioważone wynagrodzenie brutto członka zespołu projektowego dla poszczególnych raportów płacowych wynosi odpowiednio: 11 735 zł bazując na raporcie firmy Antal, 12 059 zł bazując na raporcie firmy Hays oraz 11 015 zł bazując na raporcie cpljobs.

Z uwagi na fakt, że podane w raportach płacowych koszty dotyczą wynagrodzeń pracownika brutto należy doliczyć koszt ZUS pracodawcy, który dla podanych powyżej wynagrodzeń brutto wynosi nieco ponad 2000 zł.

Dodatkowo należy uwzględnić koszt zapewnienia miejsca i narzędzi pracy zespołu (biuro,

licencje standardowe na PC, koszty ogólnego zarządu, etc), które na potrzeby odwołania przyjęto na bardzo niskim poziomie 1 000 zł miesięcznie na osobę. Do analiz Odwołujący przyjął najniższy średnioważony koszt pracownika (uwzględniający wynagrodzenia brutto pracownika i opłatę na ZUS ponoszoną przez pracodawcę oraz koszt zapewnienia miejsca pracy) w wysokości 14 000 zł.

Oczywistym jest, że żaden z wykonawców nie może przeznaczyć całego wynagrodzenia jedynie na pokrycie kosztów wynagrodzenia brutto zespołu realizującego usługi ponieważ, ponosi on szereg innych kosztów, które musi pokryć z wynagrodzenia:

- a. koszt zapewnienia transferu wiedzy w okresie przejściowym (5 miesięcy) w trakcie którego Wykonawca nie pobiera dodatkowego wynagrodzenia, a ponosi koszt zespołu,
- b. koszt szkoleń w zakresie technologii, w której nie ma kompetencji - w zakresie przedmiotu postępowania taką technologią jest oprogramowanie do przetwarzania danych geoprzestrzennych LIDS, a Odwołujący jako jedyny przedstawiciel producenta na Polskę oświadcza, że żaden z wykonawców ubiegających się o zamówienie nie posiada żadnego doświadczenia i kompetencji w zakresie wykorzystania LIDS
- c. koszt utworzenia środowisk pomocniczych wymaganych przez Zamawiającego, w ramach których Wykonawca musi pozyskać licencje oraz sprzęt, zachowując przy tym wymagania z polityki bezpieczeństwa i zasad przetwarzania danych osobowych ARiMR
- d. koszt ryzyka
- e. marża wykonawcy

Zdaniem Odwołującego suma powyższych kosztów wynosi co najmniej 10 mln zł. Uwzględniając powyższe koszty oraz zakładając, że pozostała wartość oferty poszczególnych wykonawców jest przeznaczona na pokrycie kosztów wynagrodzenia brutto zespołu wykonującego Usługi Utrzymania i Usługi Rozwoju Odwołujący wyliczył średniomiesięczną liczebność zespołu realizującego usługi. W tabeli zamieszczonej w odwołaniu, Odwołujący wskazał, że w przypadku wykonawcy Atos liczebność zespołu to 64 osoby, HP- 84 osoby, Sygnity - 86 osób, podczas gdy w przypadku oferty Odwołującego to 135 osób, zaś konsorcjum Comarch - 134 osoby. Atos, HP i Sygnity nie są w stanie z wynagrodzenia za usługę (bez uwzględnienia jakiegokolwiek marży i ryzyka) sfinansować zespół wymagany na potrzeby realizacji przedmiotu Zamówienia. Zdaniem Odwołującego, nawet jeżeli wykonawcy są w stanie obniżyć przeciętny koszt pracownika, to aby zapewnić finansowanie na niezbędną ilość etatów do realizacji zamówienia, musiałaby to być obniżka rzędu ponad 50% w przypadku Wykonawcy Atos a 38% w przypadku Wykonawców HPE oraz Sygnity, co na rynku IT jest niemożliwe.

Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., Comarch Polska S.A. (dalej Comarch) -Sygn. akt: KIO 552/16.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

- I. zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum Atos Polska S.A., Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o., konsorcjum Sygnity S.A., INDRA SISTEMAS S.A., oraz Ericpol Sp. z o.o., w oparciu o następujące zarzuty:
 1. pomimo, że ceny tych ofert zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 2. wskutek dokonania błędnej oceny złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. która powinna prowadzić do wniosku, że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 3. jak i pomimo faktu, iż złożenie ofert przez tych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.
- II. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. w oparciu o następujące zarzuty:
 1. pomimo że cena oferty tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu,
 2. wskutek dokonania błędnej oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. która powinna prowadzić do wniosku, że oferta ta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 3. jak i pomimo faktu, iż złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.
- III. dokonania niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty Atos jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona - czym naruszono art. 91 ust. 1 Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Atos, dokonania ponownej czynności oceny ofert, odrzucenia ofert wykonawców: Atos, HP, Sygnity, Asseco, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ całkowita łączna wartość oferty zgodnie z formularzem oferty składa się z następujących składników:

1. koszt ośmiu usług utrzymania płatne w formie ryczałtu miesięcznego, zgodnie z Załącznikiem nr 8 do Umowy z uwzględnieniem § 6 ust. 11 Umowy w okresie 42 miesięcy,
2. koszt usługi Integracji i Certyfikacji, której całkowity koszt Zamawiający określił w ramach szacowania wartości oferty ogólnie na kwotę 8 000 000 PLN netto
3. rezerwę na zwiększenie ceny za Usługę Administracji Środowiskami oraz Usługę Monitorowania Dostępności i Wydajności, której całkowity koszt Zamawiający określił w ramach szacowania wartości oferty ogólnie na kwotę 1 818 150 PLN netto.
4. koszt dwóch Usług Rozwoju (Modyfikacji) Systemu Informatycznego Agencji w okresie 42 miesięcy. Owe usługi rozwoju zostały w ramach szacowania wartości oferty określone w wymiarze: 2742 roboczodni [RD] i 61 932 Punktów Funkcyjnych [PF]

Odwołujący przeprowadził analizę składowych cen ofert poszczególnych wykonawców, które to wpływają na rażąco zaniżenie cen ofert. Wskazał, że kluczowym składnikiem cenotwórczym globalnej ceny wszystkich złożonych ofert jest cena za świadczenie Usług Utrzymanie Systemu Informatycznego Agencji - SIA (ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIPplus, PA) w okresie 42 miesięcy. Jest to jedyny nie fakultatywny, pewny dochód wykonawcy w niniejszym zamówieniu, jednocześnie wartościowo i pod względem pracochłonności mający znaczący wpływ na całościową kwotę oferty. Pozostałe elementy wyceny są kwotami które mogą ale nie muszą być uruchomione na skutek zaistnienia odpowiednich sytuacji w ramach przebiegu zamówienia lub są określone przez samego Zamawiającego i muszą być zawarte w ofercie. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, tylko budżet na Usług Utrzymanie podlega tak szczegółowej analizie przy zarzucie rażąco niskiej ceny. Z kwoty na utrzymanie należy pokryć koszty: etatów pracowników realizujących poszczególne osiem usług wymienione w przedmiocie zamówienia, koszt pracodawcy utrzymania stanowiska pracy i koszty stałe i narzuty, koszty zapewnienia i utrzymania zasobów do świadczenia usług czyli utrzymanie zasobów do świadczenia usług oraz kalkulacja ryzyka. Ponadto, każdy z wykonawców w ramach kosztów zapewnienia i utrzymania zasobów do świadczenia usług musi zapewnić i utrzymywać odpowiednie środowisko informatyczne do realizacji przedmiotu zamówienia w którym mowa z Załączniku nr 7 do SIWZ polegającym na przygotowanie własnych środowisk testowych (na infrastrukturze Wykonawcy). Oprócz infrastruktury sprzętowej musi również zapewnić odpowiednie komercyjne oprogramowanie środowiska systemowego typu Systemy Zarządzania Bazą danych - Oracle, systemy klasy GIS firmy Integraph i LIDS7 firmy Asseco.

Odwołujący wskazał, że przyjmując, zadeklarowaną przez wykonawców w ofertach stawkę za roboczodzień (Atos- 1000 zł, HP- 652zł, Sygnity- 600 zł), która w założeniu zawiera wszystkie koszty, to jeśli ceny z tabeli 1 formularza ofertowego zostaną podzielone przez deklarowaną stawkę za roboczodzień, to wynikiem takiej analizy będzie liczba roboczodni w miesiącu przeznaczona na realizację poszczególnych usług, która z kolei po podzieleniu przez średnią liczbę dni w miesiącu 21 da liczbę etatów przeznaczonych do realizacji usług utrzymania. Dokonując wyżej wskazanych działań Odwołujący wyliczył, że w przypadku oferty Atos ilość etatów na usługi utrzymania wynosi - 8,45, w przypadku HP- 34,34, zaś w przypadku Sygnity - 45,72. Wskazał, że podobne założenia przyjął sam Zamawiający w dokumencie „Opis sposobu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia” gdzie całkowita wartość usługi utrzymania została skalkulowana na poziomie 58 pełnych etatów na rok świadczenia usługi utrzymania. Dla porównania wskazał, że Odwołujący założył 56,7 etatu na realizację usług utrzymaniowych. Dodatkowo podniósł, że Atos wycenił Punkt Funkcyjny na poziomie 450 zł, to oznacza, że wydajność wytwarzania będzie wynosić 2,22 Punktu Funkcyjnego ba Roboczodzień. Taka wysoka wydajność jest nierealna w przypadku systemów, które są nowe dla wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, wykonawcy Atos, HP oraz Sygnity chcąc pozyskać zamówienie, zaniżyli pracochłonność przewidywaną dla realizacji usług utrzymania i przewidzieli niewystarczającą liczbę etatów do obsługi zadań podnosząc zarazem ryzyko zarówno sobie a szczególności Zamawiającemu. Stan taki prowadzi do sytuacji, że wykonawcy ci nie będą w stanie realizować powierzonych im zadań zgodnie z SIWZ.

Należy też podkreślić iż dodatkowo każdy z oferentów musi wykonywać prace przygotowujące go do pełnego i sprawnego świadczenia wszystkich Usług objętych Umową. Czyli ponieść koszty okresu przejściowego w wielkości 5 mc za którym to nie otrzymuje jakiegokolwiek wynagrodzenia

Odnosnie oferty Asseco Odwołujący podniósł, że tylko Asseco, spośród wszystkich wykonawców w postępowaniu, zbudowało cenę oferty w ten sposób, iż cena za część zmienną, zależną od składanych przez ARIMR zapotrzebowań na rozwój, czyli za modyfikacje oprogramowania, rozliczaną w Punktach Funkcyjnych - ma najtańszą (tylko ok. 13 mln brutto). Tak zbudowana cena prowadzi do poważnych konsekwencji - a mianowicie może prowadzić m.in. do szybkiego wyczerpania puli na rozwój oprogramowania SIA, w konsekwencji czego Zamawiający może niedługo po zawarciu umowy pozostać bez możliwości rozwoju systemu SIA w ramach zwartej umowy (o czym poniżej), co otwiera drogę, w razie istotnych potrzeb Zamawiającego, do konieczności zawierania z Asseco dodatkowych umów na rozwój oprogramowania SIA w trybie niekonkurencyjnym (z wolnej ręki). Ponadto cena oferty Asseco za część stałą, czyli za usługi utrzymania (rozliczne

ryczałtem) jest najdroższa spośród wszystkich złożonych ofert. Prowadzi to również do poważnych konsekwencji, a mianowicie w przypadku zaniżenia ceny za część rozwojową (co jest pochodną zaniżenia ceny za Punkt Funkcyjny) - Zamawiający płacić będzie miesięcznie najwyższą cenę za utrzymanie systemu, a ponieważ reguły ekonomiczne i struktura kosztów pracy nie może być oderwana od rzeczywistości, wyższy, realny koszt realizacji rozbudowy systemu i niedoszacowanie ceny za prace rozwojowe będą znajdowały pokrycie w cenie za usługi utrzymania, płatne niezależnie od faktu dokonywania, bądź nie prac rozwojowych przez tego Wykonawcę. Dodatkowo, wyłącznie Asseco zaoferowało cenę za Punktu Funkcyjny aż o rząd (!) wielkości niższą od pozostałych cen za Punkt Funkcyjny złożonych w postępowaniu, co nie znajduje pokrycia w dotychczas ujawnionych przez Asseco i przyjmowanych przez tego wykonawcę zasad szacowania złożoności oprogramowania w Punktach Funkcyjnych i wykorzystywanych technologii programistycznych. Odwołujący wskazał, że cena oferty Asseco za Punkt Funkcyjny jest zaniżona i jest ceną niepokrywającą kosztów wykonania zmian w ramach 1 Punktu Funkcyjnego. Skoro tak, możliwe są dwa warianty wytłumaczenia takiej ceny: 1. albo nieujęte w cenie Punktu Funkcyjnego koszty wykonywania zmian oprogramowania zostały przerzucone do części stałej (ryczałtowej) 2. albo nie zostały przerzucone.

Wariant pierwszy prowadzi do wniosku, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem w sposób sprzeczny z dobrym obyczajem zagraża interesowi klienta. Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. Odwołujący wskazał, że:

1. zagrożony jest interes Agencji w postaci wydatkowania środków publicznych za usługi, które nie są świadczone (Zamawiający ponosi co miesiąc w ryczałcie część kosztów modyfikacji, niezależnie od ich zlecenia oraz stanu ich realizacji).
2. realizacja prac rozwojowych po zaniżonej cenie za Punkt Funkcyjny jest nieopłacalna (nierentowna) dla Wykonawcy - w konsekwencji czego Wykonawca wykorzystując procedurę zlecenia i akceptacji modyfikacji przeciąga lub wręcz odmawia ich wykonania (nie dochodzi do uzgodnienia), skutkiem czego zagrożony jest interes Agencji w postaci otrzymywania na czas zleconych i potrzebnych Instytucji zmian w systemie SIA.
3. zaniżona cena Punktu Funkcyjnego prowadzi do zawyżania przez Wykonawcę oszacowania pracochłonności zamawianych modyfikacji co prowadzi do szybkiego wyczerpania puli przeznaczonej na modyfikację, co z kolei prowadzić może do konieczności - z uwagi potrzebę kontynuacji prac na które zabrakło środków w umowie lub przeprowadzenia innych, istotnych i pilnych dla organizacji funkcjonalności - zawarcia z Asseco umów z wolnej ręki na rozbudowę systemu SIA.

Interes Zamawiającego jest zagrożony w ten sposób, iż w takiej sytuacji pozbawiony jest on wpływu konkurencyjności na urealnienie i uzyskanie korzystnej i adekwatnej ceny wykonania takich zmian, będąc zdany na cenę podaną bez konkurencji przez Asseco

Odwołujący wskazał także, że dotychczasowa praktyka dowiodła prawdziwości powyższych twierdzeń. W aktualnie obowiązującej umowie na utrzymanie i rozwój systemu SIA objętego niniejszym zamówieniem, gdzie wykonawcą jest Asseco - już dawno zabrakło środków w puli Punktów Funkcyjnych na wykonanie zmian oprogramowania systemu SIA. Wypada podkreślić, iż w tejże umowie, Asseco obecnie świadczy już tylko ryczałtowe usługi utrzymania. Co więcej - również w tej umowie obowiązywała cena za Punkt Funkcyjny na poziomie 174 zł. To, że cena ta nie była prawidłowa (stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji) widać po czasie, a skutki jej zaoferowania stały się szybko widoczne i odczuwalne dla Agencji, która wobec wyczerpania puli była zmuszona zawrzeć z Asseco w przeciągu ostatniego roku na rozwój oprogramowania SIA umowy z wolnych rąk na łączoną kwotę 99,1 mln zł brutto (szczegóły w tym zakresie w dalszej części odwołania). Jest to kwota niemal równa cenie niniejszej oferty za całą trzyletnią umowę objętą niniejszym postępowaniem. Agencja w każdym przypadku uzasadniając wybór trybu zmuszona była powołać się właśnie na wyczerpanie środków w puli przeznaczonej na rozwój w ramach obecnie realizowanej umowy oraz na pilną, będącą faktem, potrzebę kontynuacji prac, wynikającą z jej statutowych obowiązków - co wynika choćby z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki z dnia 24.02.2016r. nr 2016/S 038-062428, gdzie czytamy: „W wyniku braku środków finansowych w Umowie 72 oraz ze względu na konieczność pilnego wykonania modyfikacji, przy zaistnieniu przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a z ustawy Pzp, ARiMR zawarła w 30.4.2015 umowę nr 19/DI/2015/2615 (Umowa nr 19)”.

Drugi wariant prowadzi również do wniosku, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uoznk, gdyż w sposób sprzeczny z dobrym obyczajem zagraża interesowi przedsiębiorcy, czyli Odwołującego oraz innym wykonawcom. Zagrożenie to przejawia się w następujących aspektach:

1. zaniżenie ceny oferty za Punkt Funkcyjny, a w konsekwencji za część zmienną oferty (rozwój i modyfikacja) oznacza dumping i oferowanie ceny za usługi budowy oprogramowania poniżej kosztów wytworzenia, co nie jest prawidłowe. Gdyby nie ów dumping - cena oferty Asseco winna być wyższa (szczegóły w dalszej części odwołania), skutkiem czego inny byłby wynik postępowania i inny ranking oceny ofert, w szczególności cena oferty Asseco byłaby ceną droższą od oferty czego oferta Odwołującego - co zwiększałoby szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia.

2. zniżenie ceny za Punkt Funkcyjny prowadzi też do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców - w kontekście ważnej i wciąż aktywnej, zawartej z trzema wykonawcami Umowy Ramowej, w tym na rozbudowę systemu SIA, gdzie wówczas Asseco zaoferowało cenę za Punkt Funkcyjny na poziomie 1 740 zł. Zamawiający mając do wyboru cenę za wykonanie tej samej usługi czyli modyfikacji systemu SIA na poziomie 174 zł. nie będzie zlecał pozostałym wykonawcom - stronom Umowy Ramowej żadnych prac - co powoduje, że umowa ramowa w zakresie rozwoju systemu SIA jest w praktyce martwa, a wykonawcy, w tym Odwołujący, liczący na zawarcie w jej ramach jakiegokolwiek umów - zostają z rynku rozumianego jako udział w rozbudowie systemu SIA, do tego na mocy ważnej umowy-po prostu wyeliminowani.

Odwołujący przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, w których Izba krytycznie odniosła się do niekorzystnego i szkodliwego dla konkurencji wpływu opisu sposobu budowania ceny (Sygn. akt KIO 2734/14, Sygn. akt KIO 1556/15, Sygn. akt 2587/13, Sygn. akt KIO 1864/15, Sygn. akt KIO1844/14 oraz Sygn. akt KIO 2046/14).

Odwołujący dokonał porównania zaproponowanych przez wykonawców cen jednostkowych za Punkt Funkcyjny i podniósł, że stawka na poziomie 174 zł netto, jaką zaoferowało Asseco jest zaniżona w stosunku do rzeczywistych kosztów. Na cenę Punktu Funkcyjnego (będącego miarą złożoności oprogramowania a zatem i koniecznej pracochłonności do jego wytworzenia) mają wpływ następujące czynniki: Technologia w jakiej wytwarzany jest system, Dojrzałość organizacyjna i kompetencje zespołu wytwórczego. Różnice w wycenie ceny Punktu Funkcyjnego pomiędzy wykonawcami są zrozumiałe i oczywiste, jednak powinny być w granicach tego samego rzędu wielkości (tak jak pomiędzy Atos, Sygnity, HP czy Comarch, HP czy CA), jednak nic nie uzasadnia różnicy w wycenie ceny Punktu Funkcyjnego o rząd wielkości. Odwołujący dokonał także porównania ceny za Punkt Funkcyjny w innych postępowaniach prowadzonych przez ARIMR na rozwój systemów Agencji, tj. OFSA oraz Umowy ramowej (która obejmuje ten sam system SIA będący przedmiotem niniejszego postępowania) - prowadzi to do wniosku, że w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu cena za PF Asseco została zaniżona. Ponadto w postępowaniu o zawarcie umowy na „Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy" (Umowa Ramowa 63/DI/2015/2611), gdzie mamy do czynienia z identycznym przedmiotem umowy odnośnie usług Rozwoju (Modyfikacji) Systemu Informatycznego Agencji podpisany na okres 48 mc w dniu 7 października 2015 z firmami HP, Comarch i Asseco - wartość jednego Punktu Funkcyjnego przez Asseco została wyceniona na 1740 PLN netto czyli równo 10x więcej niż w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo, porównując stawkę za roboczodzień i stawkę za Punkt Funkcyjny można dojść

do wniosku, że wydajność wytwarzania Punktów Funkcyjnych w przypadku Asseco wynosi 11,69 PF na roboczodzień i dziesięciokrotnie wyższa niż przeciętnie dla pozostałych (Atos: 2,22, HP: 1,43, Sygnity: 1,5, Comarch: 0,96, średnio: 1,52). Jest to niemożliwe do uzasadnienia wydajnością wytwarzania, wiedzą czy automatyzacją. Pracownik Asseco w ciągu godziny roboczej wytwarzałby 1,46 Punkta Funkcyjnego, czyli tyle ile średnio pracownik każdego z pozostałych wykonawców przez cały dzień. Tymczasem pozostałe firmy też są profesjonalistami z doświadczeniem w systemach IT i mają swoje sposoby i narzędzia dla podniesienia wydajności. Taka konstrukcja oferty Asseco wskazuje na jawną manipulację. Odwołujący wskazał, że analizy przeprowadzone na świecie pokazują, że wydajność mierzona liczbą PF na roboczodzień powinna normalnie zawierać się w przedziale 1,16 do 2,1 PF na roboczodzień, co oznacza, że Asseco musiałby być dziesięciokrotnie bardziej wydajny niż średnia krajowa.

W ocenie Odwołującego, Asseco dokonało czynu nieuczciwej konkurencji w stosunku do Zamawiającego dokonując przesunięcia części kosztów z tej części zamówienia, która obejmowałaby modyfikacje wyceniane w Punktach Funkcyjnych, do części płatnej ryczałtowo i obejmującej utrzymanie systemu. w przypadku Asseco cena za usługi Utrzymania systemu jest prawie 2,5 razy wyższa od średniej cen usługi utrzymania wszystkich pozostałych wykonawców (wynoszącej 26 186 208,62 zł brutto). Oferta Asseco zawiera najniższą ze wszystkich oferentów cenę za usługi Modyfikacji i JEDYNIĘ OFERTĄ Asseco zawiera odwrotną proporcję części usług Modyfikacji do Usług Utrzymania. Jedynie w ofercie Asseco cena za Modyfikacji (część zmienna) jest niższa niż cena za usługi Utrzymania (płatne ryczałtowo). W przypadku wszystkich pozostałych ofert relacja jest odwrotna. Działanie Asseco zawiera się w definicji czynu nieuczciwej konkurencji. Otóż zgodnie z art. 3 ust. 1 uozn. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to definicja ogólna, którą ograniczają szczegółowo wskazane zachowania (art. 3 ust. 2), będące czynami nieuczciwej konkurencji. Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy lub klienta na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. A także wypełnia dyspozycję deliktu wskazanego w art. 15 ust 1 pkt. 1 i 5 uozn. W istocie działanie Asseco polegające na zaniżeniu ceny za Punkt Funkcyjny prowadzi do naruszenia interesu Zamawiającego. Warto podkreślić, że Usługi Modyfikacji są FAKULTATYWNE - a więc oferując je poniżej kosztów Asseco zmusza Zamawiającego do zapłacenia w części stałej zamówienia - za coś, czego jeszcze wykonawca ten nie dostarczył (lub w ogóle nie dostarczy) - czego Zamawiający publiczny nie może czynić, gdyż byłoby to rażąco

niegospodarnością.

Zaniżenie ceny punktu funkcyjnego do poziomu, przy którym realizacja prawidłowo oszacowanych prac rozwojowych jest nierentowna dla wykonawcy jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ musi prowadzić do działania zgodnie z poniższymi scenariuszami:

- a. zawyżanie wycen modyfikacji wycenianych w punktach funkcyjnych, w celu osiągnięcia wyższej faktycznej rentowności prowadzonych prac (czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do Zamawiającego). Prowadzi to do przedwczesnego wyczerpania zakontraktowanego budżetu na modyfikacje systemu i zawierania umów na dodatkowy budżet modernizacyjny.
- b. odmowa realizacji modyfikacji, których wyceny nie mogą zostać zawyżone w sposób pozwalający osiągnąć Wykonawcy rentowność (czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do Zamawiającego i w stosunku do pozostałych oferentów).
- c. realizacji modyfikacji systemu informatycznego w cenach poniżej faktycznych kosztów Wykonawcy (dumping cenowy, czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do Odwołującego i innych oferentów w niniejszym postępowaniu oraz podmiotów mających zawartą z Zamawiającym umowy ramowe na modyfikacje jego systemów IT).

W dalszej części odwołania, Odwołujący wskazał, że gdyby nawet jednak przyjąć, że Asseco nie dokonało przesunięcia kosztów Punktów Funkcyjnych do części zamówienia płatnej ryczałtowo, to złożenie tak skonstruowanej oferty z ceną jednego Punktu Funkcyjnego równą 174zł netto jest czynem nieuczciwej konkurencji względem wszystkich pozostałych wykonawców. Nie jest możliwym wytworzenie jednego Punktu Funkcyjnego w czasie niższym niż 2,1 roboczogodziny, co przy stawce za roboczodzień wykazanej w ofercie 2035zł wskazuje, że Punkt Funkcyjny powinien kosztować co najmniej: 534,19zł. Realny koszt Punktu Funkcyjnego powinien być zaś ekwiwalentem 7 roboczogodzin co przy zaoferowanej stawce Asseco daje kwotę 1780,66zł za 1 PF. Oznacza to, że złożenie oferty z ceną za jeden PF wynoszącą 174 zł netto stanowi dumping cenowy, gdyż cena nie zapewnia pokrycia kosztów realizacji. Takie działanie polegające na zafałszowanym i sprzecznym z dobrymi obyczajami i rzetelnością określeniu zaniżonej ceny za Punkt Funkcyjny poniżej rzeczywistych kosztów doprowadziło do zaniżenia całkowitej ceny oferty Asseco czym utrudniło Odwołującemu pozyskanie niniejszego zamówienia. Gdyby bowiem cena oferty Asseco została skalkulowana w oparciu o realną pracochłonność przypadającą na 1 PF wynoszącą 7 roboczogodzin, to cena oferty Asseco TYLKO za usługi Modyfikacji wyniosłaby 110.279.835,12 zł (netto) i byłaby wyższa od ŁĄCZNEJ ceny oferty Comarch (wynoszącej 88.775.540,00 zł netto).

Niezależnie od powyższych argumentów Odwołujący podniósł, że analiza oferty Asseco prowadzi również do konkluzji, że cena oferty Asseco jest jako całość rażąco niska i nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia oraz nie zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Analiza ceny oferty Asseco prowadzi też do wniosku, że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. nie rozwiewają opisanych w odwołaniu wątpliwości, gdyż wyjaśnić ich nie mogą. Nie da się wiarygodnie i logicznie wyjaśnić zmiany cen i sposobu budowania ceny, ani nie da się wyjaśnić niemożliwej i po prostu nierealnej w świetle powołanych danych blisko dziesięciokrotnie większej, nagłej efektywności akurat tylko pracowników Asseco - gdyż jaskrawo odstaje to od opisanej praktyki rynkowej, wycen pozostałych wykonawców, funkcjonujących na zbliżonym rynku i pozyskujących pracowników z podobnego kręgu i za stawki zbliżone do Asseco, a nade wszystko jest sprzeczne z dotychczasowym stanowiskiem samego Asseco, które ujawniło sposób szacowania Punktu Funkcyjnego w relacji do jednostki czasu (dnia roboczego) w oderwaniu specyfiki danego systemu, opisując samą zależność prac programistycznych (kodowania) do jednostki czasu (należy przypomnieć, iż technologiczne jak i organizacyjne aspekty prac są zbliżone, o czym wspomniano powyżej). Zatem jeżeli złożone wyjaśnienia - niedostępne wykonawcom z uwagi na ich utajnienie - Asseco stoją w sprzeczności opisanymi wyżej uwarunkowaniami rynkowymi, dotychczasową praktyką czy w/w stanowiskiem samego Asseco - należy ocenić je za niewiarygodne i nie zasługujące na uwzględnienie. Powyższe, w ocenie Odwołującego, samo w sobie uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy, na mocy art. 90 ust. 3. Pzp. W konkluzji Odwołujący podniósł, że gdyby cena oferty Asseco za realizację modyfikacji została skalkulowana w oparciu o najniższy możliwy koszt Punktu Funkcyjnego, tj. wynoszący 534,19zł to cena za usługi Rozwoju (Modyfikacji) w ofercie Asseco powinna była wynieść co najmniej 33 083 455,08zł (534,19zł x 61932PF) netto, czyli 40 692 649,75 zł brutto. Tak skalkulowana cena oferty Asseco wynosiłaby 217 128 872,35 zł brutto.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie i rozwój Systemu Informatycznego Agencji - SIA (ZSZIK, IACSpłus, GIS, SIZ, PZSIplus, PA) w okresie 42 miesięcy. Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cena – 80% oraz czas realizacji (usunięcia) błędu krytycznego w ramach Usługi Usuwania Wad – 20%.

Na całkowitą wartość oferty, zgodnie z formularzem ofertowym składają się:

1. koszt usług utrzymania płatne ryczałtem miesięcznie – tabela I.
2. koszt usług Integracji i Certyfikacji, których wysokość wskazał Zamawiający na kwotę 8 000 000 zł netto – tabela II
3. rezerwa na zwiększenia kosztu Usług Administracji Środowiskami oraz Usług Monitorowania Dostępności i Wydajności, których wysokość wskazał Zamawiający na kwotę 1 818 150 zł netto – tabela III.
4. koszt usług rozwoju (modyfikacji i Zleceń Operacyjnych), określony w wymiarze 2742 roboczodni i 61 932 Punktów Funkcyjnych - tabela IV i V.

Z treści wzoru umowy wynika, że pierwsze 5 miesięcy obowiązywania umowy stanowi Okres przejściowy, szczegółowo opisany w Załączniku nr 7 do Umowy. Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym.

Zgodnie z dokumentem pn. „Opis sposobu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia” z dnia 22 czerwca 2015 roku wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 275 625 837,48 zł. Na realizację zamówienia została przeznaczona kwota 226 013 186,74 zł. Z treści przywołanego dokumentu wynika, że „Zapotrzebowanie zostało oszacowane w oparciu o szacunki dotyczące ilości etatów i roboczodni, jakie zostaną poniesione na realizację tego typu usług. Dodatkowo założono, iż koszt usług w zakresie Usługi administracji środowiskami oraz Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności wzrośnie o 15% w związku z koniecznością zapewnienia utrzymania dla zamówień realizowanych w tzw. Umowie Ramowej, w szczególności dla nowobudowanych środowisk zarówno produkcyjnych jak i pomocniczych. Całkowita wartość Usługi Utrzymania została skalkulowana na poziomie 58 pełnych etatów na rok świadczenia usługi. Dodatkowo do tej wartości doliczona została wartość 4 000 000 netto przeznaczonych na realizację Zleceń Operacyjnych”.

Zgodnie z tabelą ujętą w dokumencie „Opis sposobu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia”, dla usług utrzymania systemu Zamawiający przewidział łącznie 58 etatów, co miesięcznie stanowiło kwotę netto 2 128 911,63 zł, zaś w okresie 42 miesięcy obowiązywania umowy wraz z dodatkową kwotą doliczoną na zlecenia operacyjne 4 000 000 zł stanowiło kwotę 93 414 288,46 zł.

Wartość usług modyfikacji SIA (ZSZIK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIP/FOTOSIP, PA) została oszacowana w oparciu o dane historyczne tj. złożoność oprogramowania zamówionego przez Departamenty ARiMR w okresie trwania umów 96/DI/2012/2615 oraz 72/DI/2013/2618. Wynikiem kalkulacji jest szacowna złożoność oprogramowania oraz środki finansowe niezbędne dla realizacji Usług Modyfikacji dla podsystemów SIA w okresie 01.07.2016-30.06.2019. Faktyczne wykorzystanie środków będzie wynikało z rzeczywistych potrzeb zgłaszanych przez Departamenty ARiMR.

Do oszacowania wartości zapotrzebowania przyjęto, że jeden roboczodzień równa się jednemu Punktowi Funkcyjnemu oraz przyjęto 1 458,62 zł netto jako wartość jednego Punktu Funkcyjnego. Powyższa wartość PF została oszacowana na podstawie wartości PF składanych przez wykonawców ubiegających się o realizację usług w ramach Umowy Ramowej na modyfikację systemów ARiMR. Zamawiający wskazał, że „Jest to najbardziej aktualna cena rynkowa, ponieważ umowa zawiera tylko i wyłącznie usługi Modyfikacji więc do szacowania wykonanego przez oferentów nie był brany pod uwagę ryczałtowy przychód w ramach usług Utrzymania.

W oparciu o powyższe dane oraz mając na uwadze zapotrzebowania zgłoszone w trakcie realizacji umów 96/DI/2012/2615 oraz 72/DI/2013/2618, Zamawiający ustalił ilość PF na poziomie 28 722,41, co przy uwzględnieniu stawki za 1 PF w wysokości 1 458,62 zł dało wartość netto 41 895 081,68zł. Z uwagi na to, że aktualnie nie przewiduje się dużych zmian w ZSZIK/PROW, Zamawiający pomniejszył ten szacunek o 25% a następnie dokonał jego powiększenia o 15%, mając na uwadze wyłączenie aplikacji ZSZIK i pełne uniezależnienie systemu IACSplus, co ostatecznie dało wartość 36 134 507,95 zł (24 773,08 PF).

Do upływu terminu składania ofert, wpłynęły oferty pięciu wykonawców z następującymi cenami:

1. Konsorcjum Atos - **58 897 996, 50 zł**, w tym: koszt usług utrzymania - 9 169 650 zł, usługa rozwoju - 34 279 362 zł, usługa Zleceń Operacyjnych - 3 372 660 zł
2. HP - **73 307 985,24 zł**, w tym: koszt usług utrzymania - 24 296 266,26 zł, usługa rozwoju - 34 736 420,16 zł, usługa Zleceń Operacyjnych - 2 198 974,32 zł

3. Konsorcjum Sygnity - **74 441 790,50 zł** w tym: koszt usług utrzymania - 29 761 326 zł, usługa rozwoju - 30 470 544 zł, usługa Zleceń Operacyjnych - 2 023 596 zł
4. Asseco - **97 285 974,24 zł**, w tym: koszt usług utrzymania- 65 091 600 zł, usługa rozwoju - 13 354 686,64 zł, usługa Zleceń Operacyjnych - 6 863 363,10 zł
5. Konsorcjum Comarch - **109 193 914,20 zł** w tym: koszt usług utrzymania - 41 517 592,20 zł, usługa rozwoju - 53 323 452 zł, usługa Zleceń Operacyjnych - 2 276 545,50 zł

Wykonawcy zaproponowali następujące stawki za Punkt Funkcyjny:

1. Konsorcjum Atos - 450 zł ,
2. HP - 456zł,
3. Konsorcjum Sygnity- 400 zł,
4. Asseco - 174 zł,
5. Konsorcjum Comarch - 700 zł

oraz ceny jednostkowe netto za Roboczodzień:

1. Konsorcjum Atos - 1 000 zł ,
2. HP - 652 zł,
3. Konsorcjum Sygnity - 900 zł,
4. Asseco - 2 035 zł,
5. Comarch - 675 zł

Pismem z dnia 23 lutego 2016 roku Zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wymaga przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny oferty w rozbiciu na poszczególne pozycje tabel I, IV, i V Formularza ofertowego wraz ze wskazaniem elementów kosztotwórczych i zakładanego zysku.

W określonym przez Zamawiającego terminie, wszyscy wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia, które każdy z wykonawców objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 4 kwietnia 2016 roku Zamawiający powiadomił o wyborze oferty konsorcjum Atos jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący, jako podmioty ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, którzy złożyli oferty, niewątpliwie legitymują się interesem we wniesieniu odwołań a na skutek działań i zaniechań Zamawiającego, podnoszonych w odwołaniach mogą ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające każdego z Odwołujących się do wniesienia odwołania

Odwołanie HP Sygn. akt: KIO 547/16.

Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego HP dotyczący zaniechania dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty konsorcjum Atos, którego dokonana ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie wskazać należy, że każda z cen zaproponowanych przez wykonawców w tym postępowaniu jest w sposób znaczący niższa od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego na poziomie 275 625 837,48 zł, a także od wartości przeznaczonej na realizację tego zamówienia. Okoliczność ta może świadczyć o tym, że wartość szacunkowa zamówienia jest zawyżona i odbiega od realiów rynkowych. Znaczące dysproporcje należy także zauważyć pomiędzy cenami poszczególnych ofert, gdzie rozpiętość cenowa sięga od 58,8 mln zł przez ponad 73 -74 mln zł aż do 109 mln zł. Ta z kolei okoliczność skłania do szczególnie wnikliwej analizy udzielonych przez tych wykonawców wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Izba wzięła pod uwagę, że najistotniejszymi elementami wpływającymi na cenę oferty były w tym postępowaniu ceny za usługi Utrzymania Systemu, określone w tabeli nr I oraz ceny za Usługi Rozwoju z tabel IV i V. Pozostałe składniki ceny oferty były dla wszystkich wykonawców identyczne, bowiem Zamawiający z góry narzucił wysokość wynagrodzenia za Usługi Integracji i Certyfikacji (koszt 8 000 000 zł netto) oraz usługi administracji środowiskami oraz usługę monitorowania dostępności i wydajności (koszt 1 818 150 zł netto), które zostały podane jako budżet Zamawiającego. Okoliczność ta spowodowała, że cena każdego z wykonawców została „sztucznie” powiększona o tę samą wartość, wskazaną z góry przez Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu istotny jest także charakter i sposób rozliczeń pomiędzy stronami umowy za realizację poszczególnych usług. Jedynym pewnym dochodem wykonawcy, wynikających z tytułu świadczenia tej umowy jest płatne miesięcznie ryczałtem wynagrodzenie z tytułu świadczenia usługi Utrzymania Systemu. Pozostałe usługi rozwoju systemu - rozliczane wg stawki za Punkt Funkcyjny oraz

Roboczo dzień - mają charakter usług fakultatywnych, na które Zamawiający przewidział pewien budżet, ale jednocześnie nie wskazał żadnego mechanizmu gwarantującego minimalną ilość tych zleceń. Podkreślić należy, że każda z tych usług rozliczana będzie przez Zamawiającego odrębnie, co skutkuje tym, że każda z cen za poszczególne usługi winna podlegać odrębnej analizie pod kątem ceny rażąco niskiej.

Cena oferty konsorcjum ATOS stanowi jedynie 26% kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia i ok. 27 % średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert w obszarze usług utrzymania. Znaczącą różnicę w przyjętym przez tego wykonawcę wynagrodzeniu widać przy porównaniu zaproponowanej przez niego ceny za usługi utrzymania systemu z cenami ofert pozostałych wykonawców w tym obszarze. Konsorcjum Atos wyceniło usługi utrzymania na poziomie 177 500 zł miesięcznie, podczas gdy ceny przyjęte przez pozostałych wykonawców to 470 000 zł (HP), 575 000 (Sygnity) oraz ponad 1 200 000 zł (Asseco) i ponad 800 000 (Comach). Oznacza to, że cena usług utrzymania zaproponowana przez konsorcjum Atos jest o 73% niższą od średniej ceny ofert w tym obszarze usług. Tak istotna różnica cenowa w kosztach usług utrzymania, które stanowią kluczowy składnik cenotwórczy całkowitej ceny oferty, zmusza do szczegółowej analizy wyjaśnień z dnia 4 marca 2016 roku, udzielonych przez konsorcjum Atos w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w tym zakresie.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że istotnymi elementami składającymi się na koszt usług utrzymania są: koszty osobowe (ilość etatów i wynagrodzenia osobowe), koszty związane z infrastrukturą środowiska (koszty sprzętu, licencji wraz z supportem na oprogramowania: Oracle, Lids firmy Asseco, Geomedia) oraz koszty 5 - miesięcznego okresu przejściowego, za który wykonawcy nie otrzymują wynagrodzenia.

Ponadto wskazać należy, że z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika wprost, że ciężar udowodnienia że cena oferty nie jest ceną rażąco niską spoczywa na wykonawcy, składającym wyjaśnienia. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu zamówienia.

Z uwagi na to, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny zostały przez konsorcjum Atos, podobnie jak przez pozostałych wykonawców, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, która nie została uchylona, Izba w uzasadnieniu jedynie w sposób ogólny może wskazać na elementy, które stały się podstawą przyjętego przez skład orzekający Izby stanowiska.

W ocenie Izby konsorcjum Atos nie przedstawiło żadnych okoliczności, które w sposób obiektywny tłumaczyłyby możliwość wykonania przez tego wykonawcę przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Przeciwnie, z treści samych wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Atos wynika, że przewidziany do realizacji Usług Utrzymania zespół osobowy nie gwarantuje realności wykonania zamówienia. Ilość etatów przyjęta do kalkulacji Usług Utrzymania w sposób drastyczny odbiega zarówno od ilości etatów przyjętych do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego (58 etatów) jak również od średniej ilości etatów przyjętej przez pozostałych wykonawców dla tego rodzaju usług. Jednocześnie konsorcjum Atos nie podało w udzielonych wyjaśnieniach żadnych obiektywnych argumentów czy wyjątkowo sprzyjających wyłącznie temu wykonawcy okoliczności, które mogłyby dowodzić możliwości świadczenia usług utrzymania przez tak mały zespół osób. Okolicznościami tymi z całą pewnością nie są posiadanie wysoko wykwalifikowanego i doświadczonego personelu czy siedziba zespołu utrzymaniowego, gdyż są to okoliczności przynależne każdemu z wykonawców, biorących udział w tym postępowaniu. Za niewiarygodnie niskie w porównaniu do średnich cen pozostałych ofert należy uznać także przyjęte przez konsorcjum Atos koszty infrastruktury środowiska: sprzętu i oprogramowania Oracle, Geomedia. W tym zakresie wyjaśnienia konsorcjum Atos, zdaniem Izby, są zbyt ogólnikowe i nie pozwalają przyjąć, że ten element kalkulacji jest oszacowany w sposób rzetelny. Wątpliwości budzą przyjęte do kalkulacji ceny za nabycie, w ramach współpracy z podwykonawcą czy odpowiednio z konsorcjantem, rozwiązania opartego o technologię Geomedia oraz infrastruktury serwerowej.

Ponadto przyjęta przez konsorcjum Atos do wyliczeń kosztów pracy rozwoju systemu pracochłonność członka zespołu jest mało realna, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, że systemy Zamawiającego są systemami nowymi dla wykonawcy. Pracochłonność ta w sposób znaczący odbiega od przyjętej pracochłonności zarówno przez zamawiającego jak i pozostałych wykonawców, którzy są przecież doświadczonymi uczestnikami rynku w branży IT. W tym zakresie powołać należy także dowody złożone w toku postępowania przez Odwołującego - konsorcjum Comarch oznaczone numerami od 22-29 (segregator), wskazujące na średnią wydajność (produktywność) wytwarzania Punktów Funkcyjnych w przypadku języka Java. Zgodnie z tymi opracowaniami wydajność mierzona liczbą PF zawiera się w przedziale 1,16 do 2,1 PF na roboczodzień. Konsorcjum

Atos przyjęło cenę jednostkową za PF w wysokości 450 zł i stawkę za 1 RB w wysokości 1 000 zł, co po przeliczeniu daje pracochłonność 2,2 PF na 1 roboczodzień, co w przypadku systemów nowych dla wykonawcy jest wydajnością mało realną. Również w tym zakresie konsorcjum Atos nie przedstawiło w złożonych wyjaśnieniach żadnych obiektywnych okoliczności, dostępnych i znanych wyłącznie temu wykonawcy, które uprawdopodobniłyby możliwość przyjętej do kalkulacji pracochłonności na 1PF. Wskazane wyżej elementy miały najbardziej doniosły wpływ na kalkulację ceny oferty konsorcjum Atos.

Dodać należy, że złożone przez przystępującego Atos w toku rozprawy przed Izbą dodatkowe wyjaśnienia pn. Szczegółowe omówienie estymacji zespołu na potrzeby projektu SIA w ARIMR wraz z opinią prywatną dr hab. B.Cz-H, prof. SGH, mające na celu wykazanie prawidłowości wyliczenia ceny oferty nie mogą być wzięte pod rozważenie przez Izbę, bowiem należy je uznać za spóźnione. Jak wskazał Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 roku, Sygn. akt IV Ca 1299/09 definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu, wynikająca z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia, a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z tych też względów Izba pomija jako spóźnione wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Atos dotyczące sposobu wyliczenia liczebności zespołu dla usług utrzymania oraz usług rozwoju. Niezależnie od powyższego znamiennej jest okoliczność, że na skutek złożonych przez konsorcjum Atos w toku rozprawy wyjaśnień i dowodów, sam Zamawiający doszedł do przekonania, że błędnie ocenił wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny, złożone przez konsorcjum Atos i w efekcie - w tok rozprawy - uznał zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Atos z uwagi na to, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Złożona przez Odwołującego HP opinia prof. dr hab. E.N. z dnia 22 kwietnia 2016 roku, choć potwierdza stanowisko przyjęte przez Izbę o złożeniu przez konsorcjum Atos oferty zawierającej cenę rażąco niską, to jednak z uwagi na prywatny charakter opinii – przygotowana na zlecenie HP - może być oceniona jedynie jako stanowisko strony w sprawie. Złożone w toku rozprawy, sporządzone przez Odwołującego, zestawienia i tabele kosztów zespołu, porównanie cen ofert złożonych w tym postępowaniu oraz w postępowaniu z roku 2013, służą jako materiał poglądowy.

W podsumowaniu Izba stwierdza, że konsorcjum Atos chcąc uzyskać zamówienie zniżyło w znacznym stopniu pracochłonność i przewidziało niewystarczającą liczbę etatów do realizacji usług utrzymania systemu SIA.

W konsekwencji oferta konsorcjum Atos powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że dokonana ocena wyjaśnień tego wykonawcy potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołanie Asseco Sygn. akt: KIO 550/16

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: konsorcjum Atos oraz konsorcjum Sygnity, mimo iż ocena udzielonych przez tych wykonawców wyjaśnień potwierdza, że ceny ich ofert są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty HP.

Oдноśnie oferty konsorcjum Atos Izba przywołuje argumentację przedstawioną wyżej w zakresie odwołania wniesionego przez HP.

Wskazać jednakże należy, że niezasadną jest argumentacja Odwołującego Asseco, że pozostali wykonawcy, za wyjątkiem Asseco i częściowo Comarch, nie uwzględnili w kosztach oferty znacznej części rozbudowy systemu SIA w zakresie aplikacji IACSplus, która została zlecona Asseco w roku 2016. Niespornym jest, że Asseco, w oparciu o umowę nr 72/DI/2013/2618 aktualnie świadczy na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania i rozwoju systemu SIA. Realizuje także dwie umowy na rozwój systemu SIA: niezbędny do obsługi kampanii 2015 nr 19/DI/2015/2615 wraz z aneksem nr 4 z dnia 19 lutego 2016 roku oraz na rozwój systemu SIA do obsługi kampanii 2016 nr 15/DI/2016/2615. Odwołujący podnosił, że konsekwencją rozbudowy systemu w oparciu o wskazane umowy jest około dwukrotny wzrost funkcjonalny aplikacji IACSplus.

Tymczasem zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, biorących udział w tym postępowaniu wszystkie niezbędne informacje na temat aktualnie prowadzonych prac rozwojowych systemu SIA, w tym dotyczących rozbudowy systemu w oparciu o wskazane umowy i aneks, zostały przekazane wykonawcom na etapie postępowania o zamówienie publiczne na równych zasadach i taki zakres prac wykonawcy wzięli pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty. Potwierdzeniem tego faktu są liczne odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców o zakres realizowanych modyfikacji, udzielone w toku postępowania. Okoliczność, że Asseco jako wykonawca aktualnie realizujący usługi

utrzymania i rozwoju systemu ma z całą pewnością większą wiedzę na temat poszczególnych etapów i prowadzonych prac rozwojowych systemu SIA, nie może wpływać negatywnie na pozostałych wykonawców i prowadzić do zachwiania konkurencji. Stawiane przez Asseco zarzuty dotyczące braku przekazania wykonawcom niezbędnych informacji na temat bieżących prac rozwojowych systemu SIA są raczej zarzutami skierowanymi do Zamawiającego, bowiem jak sam wskazuje Odwołujący na stronie 6 odwołania „Zamawiający nie przekazał żadnemu z Wykonawców Załącznika do oferty z opisem zakresu (...)”. Tego typu zarzut winien być postawiony przed składaniem ofert i na tym etapie postępowania należy uznać go za spóźniony. Na marginesie wskazać należy, że zarzut dotyczący sporządzenia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób niekompletny i uniemożliwiający skalkulowanie ceny ofertowej, a także powodujący nierówne traktowanie wykonawców przez brak przekazania części kodów i dokumentacji aplikacji IACSplus został już przez Krajową Izbę Odwoławczą prawomocnie rozstrzygnięty w wyroku z dnia 19.11.2015 o Sygn. akt KIO 2387/15, wydanym na skutek odwołania wniesionego przez Asseco. Z tych też względów wszelkie składane przez Odwołującego Asseco dowody dotyczące zakresu rozbudowy systemu SIA oraz świadczące o złożoności prowadzonych prac rozwojowych i braku przekazania wykonawcom pełnej dokumentacji analitycznej rozbudowy IACSplus, są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty HP. W ocenie Izby udzielone w dniu 4 marca 2016 roku przez wykonawcę HP wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny, są rzetelne i uwzględniają wszelkie niezbędne koszty konieczne dla świadczenia zarówno usług utrzymania jak i rozwoju. Z uwagi na to, że wyjaśnienia HP, podobnie jak wyjaśnienia pozostałych wykonawców, zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba jedynie w ogólności wskazuje, że:

1. liczebność zespołu przewidzianego do świadczenia usług utrzymania i rozwoju nie odbiega w sposób znaczący od ilości przyjętej do oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego jak również od średniej ilości przyjętej przez pozostałych wykonawców, za wyjątkiem oferty konsorcjum Atos, która w tym zakresie jest znacznie zaniżona.
2. przyjęte przez HP wynagrodzenia dla członków zespołu, mimo, iż są to wynagrodzenia niższe od wynagrodzeń przyjętych przez Asseco czy Comarch, to jednak mieszczą się one w granicach wynagrodzeń rynkowych w branży IT dla poszczególnych kategorii specjalistów i nie odbiegają od średnich wynagrodzeń wypłacanych dla pracowników w branży IT, wskazanych w materiale poglądowym nr

4 i 5 (Tabele obrazujące średni koszt zatrudnienia w zespole projektowym Usług Rozwoju oraz Utrzymania w oparciu o raport płacowy: Raport Towers Watson Data services TW2015), złożonym przez Odwołującego, gdzie podano średniomiesięczny koszt pracowników zespołu rozwojowego i utrzymaniowego. W ocenie Izby, złożone przez Odwołującego Asseco jako dowody w sprawie raporty płacowe „Zestawienie danych z Raportów Antal/Hays/cpjob” obrazują wynagrodzenie zawyżone w stosunku do realiów rynkowych, bowiem jak wyjaśnił sam Odwołujący w toku rozprawy są to informacje pochodzące od kandydatów do pracy.

3. w kalkulacji ceny oferty HP uwzględniło także realne koszty środowiska (zakupu sprzętu oraz niezbędnego oprogramowania) oraz koszty obsługi kopii zapasowych, środowisk testowych i okresu przejściowego na poziomie pozwalającym uznać rzetelność tej kalkulacji. Koszty te są zbliżone średnich kosztów zaproponowanych przez pozostałych wykonawców, za wyjątkiem oferty konsorcjum Atos, która w tym zakresie jest zdaniem Izby zaniżona.
4. dodatkowo uwzględniono prognozowaną inflację i marżę na godziwym poziomie - porównywalnym z innymi wykonawcami.
5. przyjęta przez HP pracochłonność na 1PF jest realna i mieści się w granicach wydajności, wynikającej z opracowań naukowych złożonych przez Odwołującego Comarch jako dowody w sprawie nr 22-29 (segregator), gdzie wskazano na przedział 1,16 PF do 2,1 PF na roboczodzień.
6. ponadto w udzielonych wyjaśnieniach HP wskazało na pewne istotne czynniki, które wpływają na optymalizację kosztów (strona 9 wyjaśnień).

Wszystkie wyżej wskazane elementy sprawiają, że, w ocenie Izby, wyjaśnienia udzielone przez HP należy uznać za spójne, logiczne i gwarantujące realizację zamówienia za zaproponowaną w ofercie cenę.

Odnosnie oferty Sygnity S.A. Izba oceniła złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia z dnia 4 marca 2016 roku, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i doszła do przekonania, że wyjaśnienia te są na tyle ogólnikowe, że nie pozwalają na uznanie, że cena oferty - mimo iż jest ona zbliżona do ceny zaoferowanej przez HP- została skalkulowana w sposób

rzetelny. Izba wskazuje przede wszystkim, że to na wykonawcy wezwanym do udzielenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawca wezwany ma obowiązek złożenia wyczerpujących i pełnych wyjaśnień, które pozwolą Zamawiającemu a także Krajowej Izbie Odwoławczej na uznanie rzetelności kalkulacji. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny. Tymczasem w wyjaśnieniach złożonych przez Sygnity dnia 4 marca 2016 (pismo z dnia 2 marca 2016 roku) brak jakichkolwiek konkretnych informacji na temat elementów składających się na cenę oferty. Wykonawca nie przedstawił nawet żadnej szczegółowej kalkulacji ceny oferty zarówno dla usług utrzymania jak i dla usług rozwoju. Brak jakichkolwiek danych na temat choćby przyjętej do kalkulacji liczebności zespołu utrzymaniowego czy rozwoju, brak informacji na temat wysokości kosztów środowiskowych: sprzętu, oprogramowania (za wyjątkiem oferty na oprogramowanie LIDS) oraz kosztów okresu przejściowego. Za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia nie można uznać wskazywanego przez Sygnity bogatego doświadczenia i dysponowania wysoko wykwalifikowanym zespołem, bowiem te okoliczności jest cechami posiadanymi przez wszystkich wykonawców, ubiegających się o udzielenie tego zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Z tych też względów wyjaśnienia winny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, i winny wskazywać na najważniejsze składniki cenotwórcze, jakim przykładowo w tym zamówieniu publicznym są: ilość pracowników, koszty zatrudnienia, koszty środowiskowe (oprogramowania i sprzętu) etc. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia należy uznać za iluzoryczne (podobnie: SO w Warszawie sygn. V Ca 2214/16; SO w Poznaniu sygn. X Ga 127/08). Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (tak: Sygn. akt KIO/2498/10; Sygn. akt KIO 2712/12, Sygn. akt KIO 2031/12).

Odwołanie Comarch - Sygn. akt: KIO 552/16.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum Atos, konsorcjum Sygnity na skutek błędnej oceny złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość ceny. W tym zakresie Izba wskazuje na argumentację podniesioną w uzasadnieniu rozstrzygnięcia odwołań HP oraz Asseco.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty HP z uwagi na dokonanie, zdaniem Odwołującego, błędnej oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. W tym zakresie Izba wskazuje na argumentację podniesioną w uzasadnieniu rozstrzygnięcia odwołania Asseco.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego Comarch w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Asseco w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o jakim mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1593 ze zm.) (dalej uznk)

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 uoznk jest działaniem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W doktrynie wskazuje się, że „dobre obyczaje” należy oceniać przez pryzmat ekonomiczno- funkcjonalny, co oznacza, że uczciwe konkurowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej.

Istota czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku złożenia oferty przez Asseco w tym postępowaniu o zamówienie publiczne polega na specyficznej - zastosowanej wyłącznie przez tego wykonawcę - budowie ceny ofertowej. Asseco skonstruowało cenę oferty w tym postępowaniu, w ten sposób, że cena za część fakultatywną (zmienną) zależną wyłącznie do składanych przez ARIMR zapotrzebowań na rozwój systemu jest ceną minimalną w stosunku do średniej cen ofert pozostałych wykonawców, zaś cena za część stałą (płatną ryczałtem miesięcznie) za usługi utrzymania systemu jest ceną rażąco wysoką w stosunku do średniej cen ofert pozostałych wykonawców. W przypadku Asseco cena za usługi utrzymania wynosi 65 091 600 zł, zaś usługi rozwoju - 13 354 686,64 zł . Dla przykładu ceny usług utrzymania i rozwoju w przypadku pozostałych wykonawców to: konsorcjum Atos: utrzymanie - 9 169 650 zł, rozwój - 34 279 362 zł, HP: utrzymanie -24 296 266,26 zł, rozwój - 34 736 420,16 zł, konsorcjum Sygnity: utrzymanie - 29 761 326 zł, rozwój - 30 470 544 zł , konsorcjum Comarch: utrzymanie 41 517 592,20 zł, rozwój - 53 323 452 zł. Proporcje pomiędzy cenami za usługi ryczałtowe i kosztorysowe w poszczególnych ofertach przedstawiają się następująco: Atos (41% za utrzymanie, 58,2 % za rozwój), HP (52,92% za

utrzymanie, 47,08 za rozwój), Sygnity (58% za utrzymanie, 41,86 za rozwój), Comarch (51,17% za utrzymanie, 48,83% za rozwój).

Zestawienie to pokazuje, że wyłącznie w przypadku wykonawcy Asseco proporcja między ceną za utrzymanie a ceną za rozwój wynosi 86,38% za utrzymanie, 13,62 % za rozwój, co oznacza, że Asseco główny ciężar wynagrodzenia przerzuciło z części kosztorysowej (fakultatywnej) do części ryczałtowej (płatnej miesięcznie).

Jednocześnie analiza stawek za jeden Punkt Funkcyjny (PF) oraz Roboczodzień, skłania do stwierdzenia, że Asseco zaniżyło w stosunku do innych wykonawców stawkę za jeden PF i znacznie zawyżyło stawkę za Roboczodzień. Stawki te przedstawiają się następująco: Atos - 450 zł za PF, 1000 zł za Rbd; HP- 456 za PF, 652 za Rbd; Sygnity – 400 zł na PF, 900 za Rbd; Comarch - 700 za PF i 675 za Rbd; Asseco - 174 za PF i 2035 za Rbd.

Podkreślić należy, że mimo, iż Zamawiający w kryterium cena oceniał łączne wynagrodzenie za usługi rozwoju i utrzymania, to jednak usługi te są usługami odrębnie zlecanymi i rozliczonymi w odmienny sposób. Usługi utrzymania płatne są miesięcznie ryczałtem, zaś usługi rozwoju i zleceń operacyjnych zlecane są w zależności od zapotrzebowań Zamawiającego i rozliczane za pomocą Punktów Funkcyjnych i Roboczogodzin. Mając na uwadze właśnie odrębny charakter tychże usług za niezasadne należy ocenić stanowisko Asseco, który w toku rozprawy stwierdził, że skoro Zamawiający nie wskazał w SIWZ na konieczność zachowania jakichkolwiek proporcji (parytetów) pomiędzy cenami za usługi ryczałtowe i kosztorysowe to w tym zakresie wykonawca ma pełną swobodę w kształtowaniu cen usług.

Zastosowana przez Asseco konstrukcja ceny ofertowej jest z pewnością podyktowana chęcią uzyskania stałych miesięcznych dochodów z tytułu świadczenia usług utrzymania w wysokości znacznie przekraczającej rzeczywiste koszty tych usług, co jest rozwiązaniem niewątpliwie korzystnym dla samego wykonawcy ale z całą pewnością niekorzystnym dla Zamawiającego.

Taka budowa ceny oferty, jaką zastosowało Asseco w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, może prowadzić do tego, że Zamawiający będzie płacić za usługi utrzymania opłacane ryczałtowo miesięcznie wynagrodzenie, które odbiega od rzeczywistych kosztów nakładu pracy za tego typu usługi.

Dodatkowo niższe stawki za 1PF, wg którego będą rozliczane usługi rozwoju przy jednoczesnym zawyżeniu wynagrodzenia za usługi utrzymania prowadzi do wniosku, że wykonawca ten w sposób nieuprawniony dokonał „przerzucenia” części kosztów z elementu zmiennego (usług rozwoju) do kosztów związanych z elementem stałym (usług utrzymania).

Oznacza to, że niedoszacowane ceny za prace rozwojowe będą znajdowały pokrycie w usługach utrzymania, płatnych niezależnie od faktycznego zlecenia usług rozwoju.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga także okoliczność, że umowa nie zawiera żadnego mechanizmu pozwalającego Zamawiającemu na skuteczne złożenie zleceń modyfikacji, bowiem w pkt 3 II.3 ppkt 5 przewiduje, że dopiero podpisanie zamówienia przez upoważnione strony można przyjąć za jego przyjęcie do realizacji a wycena prac rozwojowych musi być zaakceptowana przez samego wykonawcę.

Słusznie także zauważa Odwołujący Comarch, że zaniżenie stawki za 1PF przy jednoczesnym zawyżeniu stawki za roboczodzień prowadzi do zawyżenia pracochłonności zlecanych modyfikacji, co w konsekwencji może doprowadzić do szybkiego wyczerpania puli środków przewidzianych na modyfikację systemu i konieczności zlecenia usług w trybach niekonkurencyjnych.

Taki sposób działania zaistniał już w praktyce świadczenia usług utrzymania i rozwoju systemu przez Asseco, gdzie w aktualnie obowiązującej umowie nr 72 na utrzymanie i rozwój systemu SIA, w której również obowiązywała stawka za 1 PF w wysokości 174 zł, pula środków przewidziana na rozwój została wykorzystana dość szybko a Zamawiający w ciągu ostatniego roku z uwagi na konieczność dokonywania ciągłych modyfikacji systemu, zlecił modyfikację systemu SIA z trybie zamówień z wolnej ręki na podstawie umów nr 19 z dnia 30 kwietnia 2015 roku wraz z aneksami oraz umowy nr 15 z dnia 1 kwietnia 2016 na łączną kwotę ponad 99 mln zł. Nadmienić także należy, że we wskazanych umowach stawka za 1 roboczodzień - jak oświadczyło Asseco- wyniosła 1562 zł (umowa nr 19) oraz 1600 zł (umowa nr 15) oraz 348 zł (umowa podstawowa nr 72). Znamienną jest także okoliczność, że w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej, której przedmiotem była rozbudowa systemu SIA Asseco zaoferowało stawkę za 1PF 10- krotnie wyższą niż w tym postępowaniu i wynoszącą 1740 zł, czemu Asseco nie zaprzeczyło w toku rozprawy.

W konkluzji, w ocenie Izby, działanie wykonawcy Asseco polegające na „przerzucaniu” kosztów pomiędzy odrębnie rozliczonymi usługami utrzymania (płatnymi ryczałtem miesięcznie) i usługami rozwoju, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana a cena za część, która może zostać w ogóle nie zlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim zamawiającego. Przywołać należy fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1844/14, w którym Izba doszła do przekonania, że „Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w

części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego”. Podobne tezy Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła także w innych orzeczeniach np. wyrok sygn. akt KIO 2734/14, Sygn. akt KIO 1556/15, Sygn. akt KIO 1864/15 czy Sygn. akt KIO 2046/14 oraz Sygn. akt KIO 1844/14).

Okoliczności te powodują, że spełnione są przesłanki do uznania, że złożenie oferty przez Asseco przy tak skonstruowanej cenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

.....