Sygn. akt KIO 207/22

WYROK

z dnia 24 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Maksym Smorczewski
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Tevitel sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Telenergia sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Sprzedaż sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Tauron Sprzedaż GZE sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

przy udziale wykonawcy Call Center Poland S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Tauron Sprzedaż sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Tauron Sprzedaż GZE sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach prowadzi postępowanie na podstawie

przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp") na zawarcie umowy realizacyjnej na usługi pośrednictwa sprzedaży dla Gospodarstw Domowych nr G/AI/059 na Kampanię Sprzedażową (4600 przedsprzedaży) PRĄD w ramach Umowy Ramowej na usługi pośrednictwa sprzedaży dla

Gospodarstw Domowych z dnia 24 lipca 2020 r.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: Tevitel sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Telenergia sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy CALL CENTER POLAND S.A. (dalej: „Przystępujący", „CALL CENTER POLAND" lub „CCP") jako najkorzystniejszej, w wyniku bezzasadnego zaniechania przez Zamawiającego:

a) odrzucenia oferty CALL CENTER POLAND na podstawie przesłanki określonej przez Zamawiającego w pkt. 3 lit. t) pkt. 4 SIWZ, mimo tego, że CCP w okresie ostatnich 6 miesięcy od terminu składania ofert podczas realizacji umów wykonawczych na rzecz Zamawiającego nie zrealizował jednego z celów jakościowych i/lub ilościowych;

b) odrzucenia oferty wykonawcy CALL CENTER POLAND na podstawie art. 89

ust. 1 pkt. 1 Pzp, mimo tego, że została złożona w wyniku naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności w wyniku naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości;

c) wezwania wykonawcy CALL CENTER POLAND do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny (rażąco niska cena);

2) zaniechania Zamawiającego unieważnienia wyżej wskazanego postępowania Realizacyjnego ze względu na fakt, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wyżej wskazanym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie

przez Zamawiającego odrzucenia oferty CCP mimo tego, że jest ona niezgodna z ustawą, bowiem została złożona w wyniku istotnego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności w wyniku naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości poprzez bezpodstawne faworyzowanie wykonawcy CPP;

2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z pkt. 3 lit. t) ppkt. 4 SIWZ poprzez bezzasadne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty CCP, mimo tego, że CCP w okresie ostatnich 6 miesięcy od terminu składania ofert podczas realizacji umów wykonawczych na rzecz Zamawiającego nie zrealizował jednego z celów jakościowych i/lub ilościowych, co z perspektywy treści SIWZ powinno powodować odrzucenie oferty CCP, a czemu Zamawiający uchybił;

3) w przypadku nie uwzględnienia zarzutów z lit. a) lub b) zarzucił naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania CCP do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny pod kątem możliwości wystąpienia ceny rażąco niskiej, mimo tego, że okoliczności ujawnione w toku postępowania realizacyjnego wskazują, że cena zaoferowana przez CCP wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów;

4) jednocześnie w przypadku nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyżej wskazanych zarzutów z pkt. 1 lit. a)-c), z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł zarzut ewentualny dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia Postępowania Realizacyjnego, mimo tego, że w wyniku przygotowania i prowadzenia przez Zamawiającego Postępowania Realizacyjnego w sposób istotnie naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz

przejrzystości poprzez faworyzowanie wykonawcy CPP, Zamawiający doprowadził do powstania niemożliwej do usunięcia wady Postępowania Realizacyjnego uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołania, Odwołujący wniósł o:

1) w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzut z rozdziału III ust. 1 lit. a) lub b)

Odwołania Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy CCP jako najkorzystniejszej, a następnie odrzucenia oferty wykonawcy CCP;

2) w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z rozdziału III ust. 1 lit. a) i b) Odwołujący wnosi w zakresie zarzutu określonego w rozdziale III ust. 1 lit. c) o wezwanie wykonawcy CCP do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny pod kątem możliwości wystąpienia ceny rażąco niskiej w Postępowaniu Realizacyjnym;

3) w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów z rozdziału III ust. 1 lit. a) i b) Odwołujący wnosi w zakresie zarzutu określonego w rozdziale III ust. 2 o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania Realizacyjnego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Dodatkowo w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy realizacyjnej (wykonawczej) z wykonawcą CALL CENTER POLAND w wyniku postępowania Realizacyjnego Odwołujący wniósł na podstawie art. 554 ust. 3 pkt. 2 lit. a w zw. z art. 577 w

zw. z art. 457 pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp z 2019r.") o unieważnienie zawartej umowy.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. 3 lit. t) ppkt. 4 SIWZ postanowił, że: „oferta może podlegać odrzuceniu, jeśli w okresie ostatnich 6

miesięcy od terminu składania ofert Wykonawca podczas realizacji, którejś z umów wykonawczych nie zrealizował przynajmniej jednego z celów jakościowych i/lub ilościowych".

Natomiast w pkt. 3 lit. t) ppkt. 5 zostało wskazane, że Zamawiający unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli zajdzie którakolwiek z przesłanek określonych w art. 93 Pzp.

Podkreślił, że w dniu 20 stycznia 2022 r. Zamawiający przekazał za pośrednictwem Platformy Zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana przez Zamawiającego oferta wykonawcy CCP. Tego samego dnia przedstawiciel Odwołującego - D. S. w trakcie rozmowy z przedstawicielem Zamawiającego Ł. G. na temat prac związanych z wdrażaniem systemów u partnerów Zamawiającego uzyskał informację, iż w grudniu 2021 r. u wykonawcy CALL CENTER POLAND został wdrożony przez Zamawiającego system do obsługi Call Center firmy Pirios. Ponadto z uzyskał on informacje, z których wynika, że w tym samym okresie system do obsługi Call Center został przez CALL CENTER POLAND przetestowany i wykonawca CCP jest gotowy do użycia tego nowego systemu od początku stycznia 2022 r.

Według Odwołującego Zamawiający w wiążącej Zamawiającego oraz wykonawców treści SIWZ, stanowiącej załącznik do zaproszenia do składania ofert przewidział przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli ten w okresie ostatnich 6 miesięcy od terminu składania ofert podczas realizacji umów wykonawczych na rzecz Zamawiającego nie zrealizował jednego z celów jakościowych i/lub ilościowych. Jak wyjaśnił, z posiadanych przez niego informacji wynika, że CCP w istotnym zakresie nie zrealizował celów jakościowych oraz ilościowych w ramach umów wykonawczych realizowanych na rzecz Zamawiającego, w szczególności w ostatnim kwartale 2021 r. Podkreślił, że w celu dodatkowego potwierdzenia wyżej wskazanej okoliczności zwrócił się do Zamawiającego w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej o udostepnienie przedmiotowych informacji, jednakże mimo upływ już kilku dni Zamawiający pozostaje w tym zakresie w bezczynności.

Odwołujący podkreślił, że wyżej przywołana, przewidziana przez Zamawiającego w SIWZ przesłanka odrzucenia musi podlegać odpowiedniej wykładni uwzględniającej „ducha" i cel zamówień publicznych, a w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz transparentności. Tym samym należy pamiętać, aby wykładać postanowienia SIWZ w taki sposób, aby odzwierciedlić zasady i cel postępowań o udzielenie zamówienia przede wszystkim wynikające z ustawy Prawo zamówień

publicznych. Całkowitym zaprzeczeniem celu Pzp byłoby - według Odwołującego - przyjęcie i akceptacja istnienia szerokiej i nieskrępowanej uznaniowości Zamawiającego w zakresie odrzucenia ofert wykonawców. Pozostawienie uznaniowości po stronie Zamawiającego w zakresie procedury badania i oceny ofert jest również stanowczo negowana w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że przewidziana przez Zamawiającego przesłanka w zakresie odrzucenia oferty z powodu nie zrealizowania przez wykonawcę CCP jednego z celów jakościowych i/lub ilościowych w okresie ostatnich 6 miesięcy powinna mieć obligatoryjne zastosowanie, a nie podlegać zastosowaniu w zależności od swobodnej, niczym nie skrępowanej woli Zamawiającego. Bowiem doszłoby do sytuacji, w której Zamawiający w stosunku do wybranych przez siebie wykonawców zastosowałby tę przesłankę odrzucenia oferty, a w stosunku do innych nie. Tym samym oferta wykonawcy CCP powinien podlegać odrzuceniu na wyżej wskazanej podstawie prawnej.

W ocenie Odwołującego zaoferowania przez Call Center Poland cena jednostkowa sprzedaży produktu prąd (wraz z usługą) w Kampanii Sprzedażowej w procesie zawierania umów przez telefon oraz poza siedzibą sprzedawcy istotnie odbiega od realiów rynkowych, stanowiąc stawkę zaniżoną, a wręcz dumpingową. Wyjaśnił, że Zamawiający w związku z planowanym wzrostem kosztów w 2022 r. zwiększył maksymalny budżet na Postępowanie Realizacyjne. Wzrost ten wynosi 5,27%. Natomiast wykonawca Call Center Poland, który w r. 2021 złożył ofertę zawierającą cenę jednostkową wynoszącą 72,11 zł brutto, w obecnym postępowaniu na zawarcie umowy realizacyjnej złożył ofertę zawierającą stawkę cenową na poziomie 59,50 brutto. Oznacza to, że wskazany wykonawca obniżył swoją stawkę o 18,32%. W związku z powyższym zaoferowana przez wykonawcę Call Center Poland stawka jednostkowa w ramach przedmiotowego postępowania konkurencyjnego jest nierealna tj. nie gwarantuje Zamawiającemu wykonania umowy realizacyjnej w sposób prawidłowy i zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami przy zachowaniu rentowności tego przedsięwzięcia dla wykonawcy Call Center Poland. Powyższe stanowisko wynika z faktu, że obecnie mamy do czynienie z gwałtownym wzrostem kosztów wykonania usług na rzecz Zamawiającego. Powodem takiego stanu rzeczy jest przede wszystkim:

1) dynamiczna inflacja,

2) wzrost kosztów wynagrodzeń dla pracowników, zleceniobiorców i usługodawców, którzy wykonują swoje obowiązki w celu realizacji zamówienia publicznego dla Zamawiającego,

3) rozszerzenie i wzrost składki zdrowotnej,

4) wejście w życie pozostałych zmian w przepisach prawa od 1 stycznia 2022 r. , powodujących większe obciążenia po stronie przedsiębiorców, również w zakresie dotyczącym realizacji przedmiotowego kontraktu,

5) nagły i dynamiczny wzrost cen prądu, czy też podzespołów komputerowych, niezbędnych do wykonania usługi na rzecz Zamawiającego.

Powyższe czynniki oraz okoliczności wskazane w załączniku nr 1 do odwołania wskazujące na zmianę polityki sprzedażowej Zamawiającego oznaczają, że wykonawca Call Center Poland nie jest w stanie realizować w sposób należyty umowy realizacyjnej zmniejszając stawkę jednostkową z poprzedniego r. o 18,32%. Takie działanie jest niemożliwe w obecnych realiach.

Odwołujący podkreślił ponadto, że on zaoferował stawkę o 3,67 zł wyższą od stawki zaoferowanej przez wykonawcę CCP, bowiem zgodnie z treścią umowy ramowej oraz złożoną przez Odwołującego ofertą w celu zawarcia umowy ramowej maksymalna, stawka jaką Odwołujący mógł zaoferować to właśnie 63,17 zł (w ramowej umowie była stawka 60,45 zł, ale w poprzednim r. uległa waloryzacji do 63,17 zł). Gdyby Odwołujący miał możliwość z perspektywy treści umowy ramowej to z pewnością zaoferowana przez niego stawka byłaby wyższa, bowiem obecna zapewnia mu tylko minimalny zysk. Jednocześnie podkreślił, że wraz z ofertą złożył Zamawiającemu oświadczenie o konieczności dokonania przez Zamawiającego waloryzacji jego wynagrodzenia, w tym zaoferowanych cen jednostkowych również w zakresie dotyczącym umowy realizacyjnej na usługi pośrednictwa sprzedaży dla Gospodarstw Domowych (nr postępowania G/AI/059), począwszy od 1 stycznia 2022 r. Natomiast CCP złożył zaoferował Zamawiającemu w ofercie poprzedzającej zawarcie umowy ramowej stawkę wynoszącą 76,00 zł brutto, co oznacza, że CCP ten miał możliwość zaoferowania wyżej stawki jednostkowej, pozostającą w zgodzie z treścią umowy ramowej. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że w poprzednich postępowaniach stawka oferowana przez CCP oscylowała na maksymalnie dopuszczalnym z perspektywy umowy ramowej poziomie. W związku z tym obecnie zaoferowana przez CCP stawka o blisko 22% niższa od stawki zaoferowanej przez tego samego wykonawcę 1,5 r. temu w

postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy ramowej nie zapewnia możliwość wykonania umowy, zgodnie z wymogami Zamawiającego, a także obowiązującymi przepisami w szczególności w zakresie minimalnego wynagrodzenia. Wręcz przeciwnie

zaoferowana przez CCP stawka nie zapewnia mu rentowności realizowanej umowy, lecz jest przyjętą przez Przystępującego agresywną strategią mającą na celu wyeliminowanie z udziału w postępowaniach ostatniego konkurencyjnego wykonawcę - Odwołującego. Jeżeli to się powiedzie, to wówczas Przystępujący nie będzie miał żadnej konkurencji w zakresie postępowań konkurencyjnych, a co za tym idzie będzie mógł w następstwie tego stosować maksymalne stawki nie obawiając się o udzielenie przez Zamawiającego zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę, że z umowy ramowej wynika wykonywanie przez wykonawców przedmiotowych usług na wyłączność, to uzyskanie przez CCP wszystkich 3 zamówień publicznych w ramach I kwartału 2022 r. może spowodować, że Odwołujący nie będzie w stanie ponosić stałych kosztów związanych z pozostawaniem w gotowości do wykonania umowy (np. koszty pracownicze), a w konsekwencji spowoduje to brak możliwości dalszej działalności Odwołującego i uczestnictwa w postępowaniach mających na celu zawarcie i realizację umów wykonawczych. Zachowanie Zamawiającego w tym zakresie wydaje się irracjonalne, bowiem ograniczając konkurencję, a właściwie wspierając monopolistyczne tendencje wykonawcy CCP na płaszczyźnie umowy ramowej Zamawiający postępuje wbrew nie tylko interesowi publicznemu oraz zasadom Prawa zamówień publicznych, ale również wbrew swojemu interesowi ekonomicznemu, ale nie tylko. Bowiem z uzyskanych przez Odwołującego informacji wynika, że wykonawca CCP miał w ostatnim czasie istotne problemy z należytą realizacją umów wykonawczych, mimo tego, że obowiązywała w tych umowach znacznie wyższa stawka jednostkowa, co pozwala przypuszczać, że w oparciu o niższą stawkę i biorąc pod uwagę istotny wzrost kosztów wykonania usług, wykonawca CCP nie będzie w stanie należycie realizować umowy wykonawczej zawartej w wyniku Postępowania Realizacyjnego.

W opinii Odwołującego zaoferowana przez wykonawcę CCP cena jednostkowa nie może być tłumaczona faktem, iż Zamawiający dokonał bezprawnej faworyzacji wykonawcy CCP wdrażając u niego zakupiony przez Zamawiającego system do obsługi call center, stanowiący podstawę do świadczenia usług w ramach umów realizacyjnych. Po pierwsze takie działania jako bezprawne nie mogą być brane pod uwagę w zakresie uzasadnienia zaoferowanej stawki. Po drugie nawet fakt wdrożenia przez Zamawiającego wyżej wskazanego systemu u wykonawcy CCP ułatwiającego realizację umowy nie stanowi uzasadnienia do obniżenia przez wykonawcę CCP stawki jednostkowej do poziomu 59,50 zł brutto. Nadal stawka ta jawi się jako nierealna.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp winien był skierować do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej stawki.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia podstawowych i fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, praworządności oraz przejrzystości Odwołujący stwierdził, że w ramach przedmiotowego postępowania konkurencyjnego doszło do jaskrawego przejawu faworyzowania przez Zamawiającego wykonawcy CCP, nie dając wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu równych szans. Podkreślił, że Zamawiający planował zmianę procesów sprzedażowych u wykonawców objętych umową ramową na systemy dzwoniące Zamawiającego dostarczane przez firmę Pirios. Praca na takim oprogramowaniu zapewnionym i wdrożonym przez Zamawiającego powoduje obniżenie kosztów realizacji umowy wykonawczej, w szczególności poprzez obniżenie kosztów połączeń telefonicznych. Dotychczas koszt ten w całości był pokrywany przez wykonawcę. Jak się okazało w grudniu 2021 r. Zamawiający wdrożył system do obsługi call center u wykonawcy CCP. Z powziętej przez Odwołującego informacji z dnia 20 stycznia 2022 r. jednoznacznie wynika, że system ten został wdrożony i przetestowany przez pracowników Zamawiającego u wykonawcy CCP. Niniejsze z kolei potwierdza, że wykonawca CCP dysponuje w ramach spornych postępowań narzędziem, które ułatwi jego pracę i pozwoli obniżyć koszty. Wykonawca składając ofertę w ramach Postępowania Realizacyjnego zakładał już wykonanie umowy realizacyjnej w oparciu o nowy system call center. Dlatego wykonawca CCP w treści oferty mógł założyć pracę na nowym systemie. Dodatkowo Zamawiający przeprowadzając testy umożliwił wykonawcy CCP dostosowanie obsługi posprzedażowej (we współpracy z firmą Pirios) do pracy na nowych systemach. Natomiast u Odwołującego taki proces wdrożenia, a tym bardziej testowania nie został do dnia dzisiejszego przez Zamawiającego rozpoczęty. Tym samym Odwołujący był zobowiązany przyjąć na etapie składania oferty, że będzie realizował umowę wykonawczą w oparciu o dotychczasowe, własne rozwiązania w zakresie sytemu call center. Tym samym Zamawiający swoim zachowaniem doprowadził do nieuzasadnionego wsparcia wykonawcy CCP w zakresie sposobu realizacji zamówienia, w istotny sposób ułatwiając mu realizacje

przedmiotowego zamówienia. Takie zachowanie Zamawiającego stanowi postawienie wykonawców uczestniczących w tym samym postępowaniu w skrajnie nierównej sytuacji. Zamawiający doprowadził do dyskryminacji Odwołującego stawiając wykonawcę CCP w uprzywilejowanej pozycji, zarówno finansowej jak i organizacyjnej.

Odwołujący mając powyższe na względzie podkreślił, że zasada równego traktowania wykonawców, określona w art. 7 ust. 1 Pzp, stanowi jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych. Jest ona kierowana przede wszystkim do Zamawiającego, który jako organizator postępowania powinien stać na jej straży, stwarzając wszystkim zainteresowanym podmiotom możliwość równego dostępu do uzyskania zamówienia

publicznego. Jest także bezpośrednio związana z zasadą poszanowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje Zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. Zamawiający nie ma prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź okazywać niechęci jakiemukolwiek wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego obowiązkiem jest traktowanie wszystkich wykonawców w identyczny sposób. Artykuł 7 Pzp stanowi dostosowanie polskich przepisów do art. 18 dyrektywy 2014/24/UE, rozszerzając jego zakres o zasadę proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie bowiem z unijną regulacją: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny". Jednocześnie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp nakazuje odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych. Według Odwołującego w związku z powyższym uzasadnione jest dokonanie subsumpcji wyżej wskazanych okoliczności do dyspozycji wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp w związku ze skrajnym naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzut ewentualny, Odwołujący wskazał, że w przypadku braku podzielenia przez lzbę wyżej wskazanej argumentacji Odwołujący z ostrożności procesowej podnosi, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w wyżej wskazanym zakresie może być potraktowane jako istotna i niemożliwa do usunięcia wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kluczowym - według Odwołującego - argumentem przemawiającym za taką możliwością jest fakt, że Zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 lutego 2022r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, bowiem w jego ocenie żaden ze sformułowanych w odwołaniu zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający podkreślił, że prowadził postępowanie zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp, nie wstąpiły podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp ani przesłanki warunkujące odrzucenie oferty Przystępującego, względnie unieważnienie postępowania.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z powodu braku realizacji celów jakościowych i/lub ilościowych wskazał, że Odwołujący upatruje naruszenia przepisów w zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, które powinno nastąpić z uwagi na przyjętą przez Odwołującego wykładnię pkt 3 lit. „t" ppkt 4 SIWZ i brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślił, że w kwestionowany zapis SIWZ ma brzmienie: "oferta może podlegać odrzuceniu jeśli w okresie ostatnich 6 miesięcy od terminu składania ofert Wykonawca podczas realizacji którejś z Umów Wykonawczych nie zrealizował przynajmniej jednego z celów jakościowych i/ lub ilościowych". Równocześnie w punkcie umieszczonym w tejże SIWZ powyżej (pkt 3 lit. „t" ppkt 3), stwierdza się: „Oferta podlega odrzuceniu jeśli: (...)".

Zamawiający nie zgodził się z zaproponowaną przez Odwołującego wykładnią jednoznacznego w swej treści i nie budzącego wątpliwości interpretacyjnych pkt 3 lit. t ppkt 4 SIWZ, a ponadto zakwestionował możliwość skutecznego podnoszenia w ramach

niniejszego postępowania zarzutów odnoszących się do rzekomo wadliwego sformułowania treści SIWZ. W jego bowiem ocenie Odwołujący neguje możliwość zastosowania w SIWZ nieobligatoryjnej do zastosowania przez Zamawiającego przesłanki odrzucenia oferty, tj. takiej, której ziszczenie się tylko mogłoby, acz nie musiałoby, mieć konsekwencje w postaci odrzucenia oferty. W świetle tego konkretnego postanowienia SIWZ, Zamawiający pozostawił sobie możliwość zdecydowania o tym, czy niedotrzymanie jednego z celów poprzednio realizowanych umów miało miejsce w takiej skali, że realnie zagraża dotrzymaniu celów przy realizacji kolejnej umowy wykonawczej, czy też takiego ryzyka nie rodzi i nie jest proporcjonalne zastosowanie środka tak daleko idącego jak eliminacja wykonawcy z postępowania. Różnica pomiędzy przesłankami bezwzględnie nakazującymi odrzucenie oferty - obligatoryjnymi - (pkt 3 lit. t. ppkt 3) a określoną w pkt 3 lit. t ppkt 4 - fakultatywną -

jest w SIWZ przedstawiona jednoznacznie, wprost wskazano w jakich sytuacjach

Zamawiający ofertę miał odrzucać (musiał to zrobić), a w jakich ofertę mógł odrzucić (nie musiał tego dokonać, zważając na aspekt proporcjonalności zastosowania takiej konsekwencji do stopnia niedotrzymania przez wykonawcę celu poprzedniej realizacji). Zapisy SIWZ w takim kształcie były Odwołującemu znane od momentu przesłania mu ich wraz z zaproszeniem do składania oferty w dniu 13 grudnia 2021 r., a więc zarzut Odwołującego w tym zakresie jest spóźniony. Na obecnym etapie spraw dywagacje co do wykładni pkt 3 lit. „t" ppkt 4 SIWZ, sprowadzające się do ustalania jego odpowiedniego

brzmienia, które byłoby zasadniczo odmienne od literalnego i jednoznacznego zapisu, pozostają bezprzedmiotowe.

Nawet jednak, w ocenie Zamawiającego, zastrzeżenia przedstawione przez Odwołującego co do brzmienia SIWZ i sposobu wykładni jej pkt 3 lit. t ppkt 4, nie są zasadne. Wbrew argumentacji Odwołującego, literalna wykładnia spornego zapisu SIWZ nie stoi w sprzeczności z „duchem" i celem zamówień publicznych i nie prowadzi do niedopuszczalnej na gruncie Pzp uznaniowości po stronie Zamawiającego. Sporny zapis SIWZ został wprowadzony przez Zamawiającego, by umożliwić Zamawiającemu adekwatną reakcję na sytuację, w której okazuje się, że w pewnym stopniu cele poprzedniej umowy wykonawczej nie zostały zrealizowane. Stopień niedotrzymania celów takiej umowy realizacyjnej może być różny, podobnie jak przyczyny tego stanu rzeczy, wobec czego sankcja najdalej idąca - pozbawienie wykonawcy możliwości realizacji kolejnego zamówienia - może być do danej sytuacji nieadekwatna.

Ponadto, Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazał, że przepis ten statuuje obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, na co trafnie wskazuje się w literaturze: „Treść oferty" to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym" (J. E. Nowicki [w:] M. Kołecki, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2019, art. 89). Nie może budzić wątpliwości, że w niniejszej sprawie występuje zgodność zobowiązania wykonawcy - Przystępującego z żądaniami zamawiającego w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro więc brak podstaw do przyjęcia, że w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia oświadczenie woli Przystępującego (oferta) nie pokrywa się z wymaganiami Zamawiającego, a z drugiej strony nie ma możliwości zastosowania rozszerzającej wykładni przesłanek odrzucenia oferty, to zarzut sformułowany w pkt I ppkt 1 lit. „a" / pkt III ppkt 1 lit. „a" odwołania i odpowiadające mu żądanie określone w pkt IV ppkt 1 odwołania, nie mogą zostać uznane za uzasadnione, nawet gdyby przyjąć, że tak postawiony zarzut, sprowadzający się do kwestionowania brzmienia SIWZ, jest na obecnym etapie postępowania w ogóle dopuszczalny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że Odwołujący sugeruje stosowanie przez Przystępującego dumpingu, agresywnej strategii mającej na celu wyeliminowanie z udziału w realizacji zamówień Odwołującego, monopolistyczne tendencje

Przystępującego - i w tym kontekście ocenia czynności podejmowane przez Zamawiającego jako irracjonalne. Równocześnie jednak Odwołujący musi mieć świadomość, że okoliczności takie nie mają znaczenia dla rozpoznania przez Izbę zarzutu dotyczącego kwestii rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie sformułował zarzutu dotyczącego złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdzie kwestie wskazane powyżej mogłyby mieć znaczenie. Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Odwołujący sformułował wyłącznie to, że Zamawiający miał podstawy sądzić, że cena zaoferowana przez Przystępującego - 59,50 złotych brutto jest rażąco niska, tj. obiektywnie nie jest

możliwe z zastosowaniem takiego wynagrodzenia należyte wykonanie umowy, zgodnie z jej zakresem i z uwzględnieniem zysku wykonawcy. W ocenie Zamawiającego podstawy do wystosowania do Przystępującego wezwania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp nie wystąpiły. Podkreślił, że dokonał szczegółowej analizy cen zaoferowanych przez Przystępującego. W szczególności uwzględnione zostały:

- ceny oferowane przez tego Wykonawcę w podobnych postępowaniach,

- ceny realizacji podobnych usług nabywanych przez Zamawiającego na podstawie umów ramowych,

- średnia arytmetyczna cen ofert Wykonawców złożonych w przedmiotowych postępowaniach wykonawczych,

- wiedza Zamawiającego nt. kosztów świadczenia podobnych usług wynikająca z okoliczności związanych z ich szacowanie,

Zamawiający podkreślił, że w poprzednich postępowaniach prowadzonych na podstawie tej samej umowy ramowej, Przystępujący, składając ofertę kilkakrotnie, oferował ceny w zakresie od 29,52 zł do 72,11 zł. Średnia cen oferowanych przez CCP wynosiła ok. 66 złotych brutto, co oznacza, że oferowane w niniejszych postępowaniach ceny odbiegały od średniej cen oferowanych przez Przystępującego o około 10%. Równocześnie od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, cena Przystępującego w postępowaniach będących przedmiotem odwołań, była niższa o mniej niż tylko 6%, a od średniej cen ofert złożonych w tych postępowaniach - o około 3%, Zamawiający dokonał drobiazgowej analizy cen z ofert składanych w różnych postępowaniach objętych umową ramową. W wyniku przedmiotowej analizy Zamawiający uznał, że cena oferty CCP złożonej w postępowaniu nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp. Natomiast w ocenie Zamawiającego okoliczności takie jak inflacja czy wzrost kosztów zatrudnienia mogą i nawet powinny mieć wpływ na kalkulacje dokonywane przez wykonawców składających oferty w postępowaniach realizacyjnych. Sam jednak Odwołujący bardzo ogólnikowo podaje czynniki mogące mieć wpływ na ostateczną cenę usługi. Nie przedstawia żadnych wyliczeń, które mogłyby wykazać, czy choć uprawdopodobnić, że za

zaoferowaną cenę 59,50 zł / 58,90 zł nie ma obiektywnej możliwości należytego wykonania umowy z zyskiem. Jednocześnie sam twierdzi, że za cenę wyższą raptem o kilka procent, jest w stanie zrealizować umowę z zyskiem, co jeszcze dodatkowo potwierdza wniosek Zamawiającego, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest adekwatna do realiów rynkowych. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, nie może być mowy o tym, by Odwołujący wykazał wystąpienie okoliczności warunkujących wszczęcie procedury wyjaśnienia ceny. O braku podstaw do wystąpienia takich okoliczności, poza niewielkimi rozbieżnościami w cenach złożonych w tych postępowaniach ofert oraz nieznacznym odchyleniu od średniej ceny ofert składanych przez Przystępującego w uprzednich postępowaniach wykonawczych, świadczy także to, że:

- zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący od lat świadczą podobne usługi na rzecz Zamawiającego i oferują ceny na podobnym poziomie;

- z każdą kolejną realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego, Przystępujący nabywa doświadczenie, które pozwala mu świadczyć tego samego rodzaju usługi na rzecz tego samego Zamawiającego bardziej efektywnie, zna bowiem doskonale praktykę realizacji tego typu kontraktów, co pozwala mu optymalnie organizować pracę osób zaangażowanych w jego wykonanie;

- usługa, która jest przedmiotem zamówienia, opiera się w pierwszej kolejności na zasobach ludzkich - na tym, że osoby zaangażowane w jej świadczenie posiadają odpowiednie podejście do klienta, zdolności perswazyjne, wiedzę o specyfice działalności zamawiającego. Stąd wiele usprawnień po stronie wykonawcy, przekładających się na ogólny koszt usługi zależy od aktualnego stanu osobowego jego zespołu, zdolności do zatrzymania odpowiedniego pracownika. Wieloletnie doświadczenie Zamawiającego w realizacji tego typu usług na podstawie podobnych zamówień wykonawczych, pokazuje, że tego rodzaju kwestie organizacyjne mogą uzasadniać różnice w ostatecznej cenie usługi, tym bardziej różnice tak nieznaczne (kilkuprocentowe);

- wykonawcy umów ramowych na przestrzeni roku oferują ceny zawierające różną marżę i są skłonni do jej obniżenia na początku roku kalendarzowego, aby zapewnić sobie podstawowy, bazowy przychód, po czym w kolejnych postępowaniach ceny ofert wykonawczych mogą być skalkulowane z uwzględnieniem wyższej marży.

W ocenie Zamawiającego, przedstawione w odwołaniu ogólnikowe twierdzenia i

sugestie co do przyczyn zaoferowania takiej a nie innej ceny przez Przystępującego nie mogą być uznane za wystarczające do uznania, że istotnie Zamawiający powinien był wystosować wezwanie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący nie tylko jako podmiot świadczący profesjonalnie usługi tego typu na rynku, ale przede wszystkim jako podmiot świadczący od dawna dokładnie takie usługi na rzecz
14

Zamawiającego miał wszelkie możliwości ku temu, by przedstawić dokładnie wyliczenia wpływu poszczególnych czynników cenotwórczych na ostateczną cenę i wykazać, że ta zaoferowana przez Przystępującego obiektywnie powinna wydać się Zamawiającemu rażąco niska i obiektywnie powinna budzić jego wątpliwości. Temu jednak nie sprostał, wobec czego zarzutu nie można uznać za uzasadniony.

Również niezasadny jest - zdaniem Zamawiającego - zarzut dotyczący braku zachowania uczciwej konkurencji, nierównego taktowania wykonawców oraz faworyzowania Przystępującego jako podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego, ewentualnie jako wada postępowania niemożliwa do usunięcia. Zamawiający odnosząc się do twierdzeń dotyczących stanu faktycznego wskazał, że narracja przedstawiona przez Odwołującego w istotnych punktach nie pokrywa się bowiem z rzeczywistym stanem rzeczy. Po pierwsze, chybione jest stwierdzenie, że Zamawiający wdrożył już u Przystępującego system obsługi call center (contact center) stworzony przez firmę Pirios, w czym Odwołujący upatruje uzyskania przez Przystępującego nieuprawnionej przewagi. Zamawiający wyjaśnił, że jak dotąd wykonawcy umowy ramowej świadczą usługi w oparciu o swoje systemy call center. Wynika to z faktu, że Zamawiający nie posiadał odpowiednio wydolnego systemu, zdolnego do obsługi call center w takiej skali. Wiązało się to z dotkliwymi trudnościami w funkcjonowaniu Zamawiającego, do których Zamawiający zalicza przede wszystkim:

1) konieczność ciągłego ponoszenia nakładów w celu zapewnienia bezpieczeństwa transferu baz danych z nośników Zamawiającego do systemu call center wykonawców (technicznie i organizacyjnie znacznie prostszym rozwiązaniem jest inkorporowanie tych baz do własnego systemu i nadawanie wykonawcom dostępu do określonych danych zgromadzonych w tym systemie);

2) utrudnioną weryfikację stopnia wywiązywania się przez wykonawców ze zobowiązań - o ile przy własnych systemach call center opracowanie kwestii statystycznych dotyczących poziomu wykonania umów bazować musi w znacznej mierze głównie na relacjach (raportach) samych wykonawców, o tyle gdy świadczyć oni będą usługi z wykorzystaniem systemu call center Zamawiającego, proces weryfikacji zostaje praktycznie zautomatyzowany.

Zamawiający wyjaśnił także, że od około dwóch lat prowadził działania zmierzające do wprowadzenia własnych systemów contact center u wykonawców. System contact center posiada dwa moduły - na pierwszy składają się funkcjonalności dotyczące ruchu przychodzącego, tj. w uproszczeniu dotyczące przekierowywania połączeń przychodzących do Zamawiającego. Taki moduł został już wdrożony i funkcjonuje u wykonawców świadczących usługi w zakresie ruchu przychodzącego. Jednakże na gruncie niniejszej
15

sprawy, to, co kwestionuje Odwołujący, to sposób działania Zamawiającego związany z wdrożeniem drugiego modułu systemu Pirios - modułu obsługującego relewantne dla niniejszej sprawy połączenia wychodzące. Jest to zupełnie inny moduł, nowy i dopiero będący w fazie testów, nie funkcjonujący na dany moment u żadnego z wykonawców składających oferty w przedmiotowych postępowaniach realizacyjnych. Oznacza to, że żaden z wykonawców nie jest na obecną chwilę władny korzystać z systemu Pirios w zakresie modułu obsługującego połączenia wychodzące. Co za tym idzie, żaden z wykonawców składając ofertę nie mógł zakładać, że będzie mógł z wykorzystaniem tego systemu rozpocząć świadczenie usług w jakiejkolwiek dacie. Ostateczna data pełnego wdrożenia systemu Pirios we wskazanym zakresie nie jest bowiem znana z góry, klaruje się dopiero w końcowej fazie testów. Zamawiający wyjaśnił także, że posiada opracowaną procedurę wdrażania systemu Pirios - modułu II u wykonawców świadczących usługi call center. Pierwszym etapem jest ustanowienie łącza typu site-to-site pomiędzy lokalizacją Wykonawcy a wskazaną lokalizacją Zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o łącze fizyczne. Po tym etapie następuje dopiero etap techniczny, konfiguracyjny, związany z odblokowaniem ruchu sieciowego pomiędzy infrastrukturą IT Zamawiającego w niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia zakresie. W kolejnym etapie przeprowadzane są testy uruchomieniowe systemu w lokalizacji wykonawcy, w której będzie świadczona usługa. Później, o ile testy uruchomieniowe systemu wypadają pomyślnie, Zamawiający przystępuje do szkoleń wstępnych kadry menadżerskiej oraz pilotażowej grupy konsultantów. W dalszej kolejności przeprowadzane są testy z wykorzystaniem spreparowanej w tym celu kampanii

marketingowej (sprzedażowej), przekazywana jest dokumentacja systemu, odbywają się szkolenia wstępne i opracowuje instrukcje stanowiskowe dla doradców oraz kadry zarządzającej projektem.

Zamawiający wyjaśnił również, że w terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, w połowie grudnia ubiegłego roku, opisana wyżej procedura wdrożeniowa u Przystępującego była dopiero na etapie weryfikowania fizycznego łącza. Testy więc faktycznie rozpoczęły się w grudniu, natomiast ze względu na szereg uwag, wiele rozwiązań technicznych jest wciąż poprawianych i wciąż nie można mówić o pełnej zdolności Przystępującego do świadczenia usług w oparciu o system Pirios.

Zamawiający wyjaśnił, że dostrzega nierównomierność postępu czasowego prac wdrożeniowych u Przystępującego i Odwołującego, kategorycznie jednak zaprzecza by była ona rezultatem - jak twierdzi Odwołujący - nierównego traktowania wykonawców lub faworyzowania Przystępującego. Zamawiający, począwszy od trzeciego kwartału ubiegłego roku, zachęcał do przystąpienia wykonawców do wdrożenia modułu połączeń wychodzących systemu Pirios, niejednokrotnie zwracając się o poczynienie przez nich w tym zakresie odpowiednich przygotowań technicznych. Na dowód powyższego, Zamawiający przedstawia korespondencję kierowaną w tym zakresie do Odwołującego, począwszy od 14.09.2021 roku oraz notatkę ze spotkania odbytego w dniu 3 listopada 2021r. z przedstawicielami Odwołującego. Jednak w ocenie Zamawiającego przez długi okres Odwołujący nie wyrażał chęci wdrożenia systemu Pirios w celu świadczenia usług Zamawiającemu z jego wykorzystaniem, pozostawiając e-maile dotyczące niezbędnego ustanowienia fizycznego łącza i konfiguracji połączenia bez odpowiedzi. Również podkreślić należy, że nie tyle Odwołujący nie oponował, co sam proponował przesunięcie fazy testowej systemu Pirios na styczeń br. Skonstatować więc należy, że to zachowanie Odwołującego, a nie Zamawiającego czy Przystępującego, doprowadziło do sytuacji, w której kolejne etapy wdrożenia u niego systemu Pirios - modułu dla obsługi połączeń wychodzących, odbywają się u niego po tym, jak miały już miejsce u Przystępującego.

Zamawiający nie podzielił również stanowiska Odwołującego, jakoby zastosowanie systemu Pirios dawało wykonawcy go stosującemu przewagę nad wykonawcą wykorzystującym własny system do obsługi połączeń wychodzących. Odwołujący nie wykazał zresztą w czym taka przewaga miałaby polegać i jaki konkretnie wymiar przybierać - poza ogólnikowymi twierdzeniami, że jest to narzędzie ułatwiające pracę i pozwalające obniżyć koszty. Nadto Zamawiający zwrócił uwagę, że przy udzielaniu zamówień w oparciu o umowę ramową nie może pozwolić na to, by okazał się w pułapce, do której prowadziłoby podzielenie argumentacji Odwołującego. Wobec braku współdziałania wykonawców (bądź wobec niewystarczającego współdziałania) we wdrażaniu pewnych rozwiązań, korzystnych dla Zamawiającego i potrzebnych mu, Zamawiający nie może nie realizować kolejnych zamówień wykonawczych, czekając na wolniej wdrażających czy niewdrażających nowych rozwiązań wykonawców. Prowadziłoby to paraliżu działalności Zamawiającego wskutek zaniechań choćby jednego wykonawcy - wszak zarzut Odwołującego, że konkurent ma już wdrożone pewne rozwiązania, a Odwołujący jeszcze nie, mógłby być podnoszony zawsze, w każdym z kolejnych postępowań wykonawczych. Nie ta okoliczność zatem jest miarodajna dla wyciągania wniosków co do równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, a to czy Zamawiający w uczciwy, równy sposób proponował wdrożenie rozwiązania technicznego wszystkim wykonawcom, o ile rzeczywiście to rozwiązanie techniczne uznać za korzystne dla wykonawców.

Wyżej przedstawione dowody potwierdzają że Zamawiający nie tyle nawet wychodził z propozycją wdrożenia u Odwołującego systemu Pirios, a i czynił starania by przyspieszyć ten proces. Sam natomiast Odwołujący ignorował korespondencję kierowaną do niego w tej sprawie, a jeszcze w listopadzie ubiegłego roku dążył do ustalenia prowadzenia testów

systemu (co bynajmniej nie jest równoznaczne z końcową fazą wdrożenia) na styczeń bieżącego roku.

W świetle powyższego, również zarzuty dotyczące aspektu wdrożenia systemu Pirios u Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, zarówno w zakresie wystąpienia podstawy do odrzucenia w związku z nimi oferty Przystępującego, jak i w zakresie wystąpienia podstawy do unieważnienia postępowania.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 15 lutego 2022r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazał, że interpretacja postanowienia Odwołującego zawarta w pkt. 3 lit. t) ppkt. 4 SIWZ jest bardzo daleko idąca i zupełnie bezpodstawna. Gdyby wskazana przesłanka miała stanowić obligatoryjny przypadek odrzucenia oferty/wykluczenia wykonawcy zostałaby ona w ten

właśnie sposób wyartykułowana przez Zamawiającego w SIWZ. Wywodzenie przez Odwołującego wniosku o wskazanej przez niego treści, ma charakter wyłącznie subiektywny i nie ma podstaw w interpretacji przepisów Pzp ani też zasad regulujących postępowania w sprawie zamówień publicznych. Przystępujący podkreślił także, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, że przesłanka dotycząca braku realizacji celów jakościowych i/lub ilościowych w intencji Zamawiającego była przesłanką obligatoryjną np. komunikaty ze strony Zamawiającego, wskazanie postanowień treści umowy wykonawczej czy przykłady odrzucenia innych ofert z tego właśnie powodu. Ponadto Przystępujący stwierdził, że zarzuty Odwołującego dotyczące pkt 3 lit t) ppkt 4 SIWZ są spóźnione.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania go przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Przystępujący zauważył, że zarzuty te nie zostały poparte żadnymi dowodami ani obiektywnymi przesłankami, ani nie mają oparcia w stanie faktycznym. Podkreślił, że oferowanie przez niego cen powinno być rozpatrywane wyłącznie w ramach dwóch granic. Oferowana cena nie może być ceną rażąco niską ani też nie może przekraczać zaproponowanej przez wykonawców stawki maksymalnej. W przypadku oferowania cen w przedziale ograniczonym wskazanymi wartościami, wykonawcy mają dowolność w zakresie wyboru wskazanej ceny, którą mogą dopasować do aktualnej polityki biznesowej przedsiębiorstwa oraz zmieniających się okoliczności. Każdy z wykonawców porusza się w tych samym granicach i posiada taką samą możliwość. Ponadto podkreślił, że stawka zaoferowana przez Przystępującego została skalkulowana w oparciu o posiadane zasoby, bez uwzględnienia ewentualnych udogodnień (system Pirios

wspominamy przez Odwołującego), które mogłyby wpłynąć na uzyskanie większej marży. Uzasadniał, że z uwagi na szerokie i wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu obsługi infolinii dla wiodących przedsiębiorców na terenie Polski oraz wielu podmiotów publicznych (w tym w zakresie projektów obsługiwanych całodobowo), Przystępujący posiada unikalną wiedzę i narzędzia pozwalające mu na przygotowanie oferty wyróżniającej się zarówno pod względem ceny jak i jakości świadczonych usług. Zdobyte przez lata know-how bez wątpienia pozwala na przygotowanie oferty konkurencyjnej wobec pozostałych wykonawców, szczególnie mając na względzie posiadane przez Przystępującego doświadczenie w zakresie optymalizacji pracy, wypracowane metody zarządzania personelem z uwzględnieniem spełniania szczegółowych warunków stawianych przez klientów Przystępującego oraz mechanizmy zapewnienia świadczenia usług na wymaganym przez klientów Przystępującego poziomie.

Stawka maksymalna wskazana przez Przystępującego wynosiła 70,79 zł brutto, a po waloryzacji 73,95 zł brutto. Zgodnie z założeniami realizowania umów wykonawczych, wykonawcy są ograniczeni maksymalną wskazaną przez nich stawką. Nie oznacza to jednak, że są zobligowani do jej zastosowania. Potwierdzeniem mogą być inne ceny proponowane przez Przystępującego, które nie były cenami maksymalnymi. Przystępujący każdorazowo dokonuje rzetelnej analizy kosztów realizacji usług na rzecz Zamawiającego z jednoczesnym uwzględnieniem marży uzyskiwanej z danego projektu oraz aktualnej sytuacji rynkowej. Powoływanie się przez Odwołującego na konieczność zwiększenia cen przez Przystępującego w obliczu zmieniających się realiów rynkowych powinno zostać uznane za co najmniej nadmiarowe. Oferowane przez CCP ceny, poza kosztami świadczonych usług, zawierają również zaplanowaną marżę. Brak wzrostu cen poszczególnych usług nie jest przesłanką do stwierdzenia, że oferowane ceny są rażąco niskie, może natomiast wskazywać na zmniejszenie marży lub zmniejszenie kosztów np. poprzez ich optymalizację. Uznać także należy, że konieczność wzrostu cen po stronie danego wykonawcy wcale nie przesądza o konieczności podnoszenia cen przez pozostałych wykonawców, rynkowości cen usług innych wykonawców, a szczególnie o tak podkreślanej przez Odwołującego konieczności zaoferowania przez nich maksymalnej dopuszczalnej w rzeczonym postępowaniu stawki.

Przystępujący wskazał ponadto, że subiektywne przeświadczenia innych wykonawców oraz ich podejście do konieczności podejmowania decyzji dotyczących zmiany cen dotychczasowych w żadnym razie nie mogą stanowić podstawy do żądania stosowania przez pozostałych wykonawców tożsamych modeli biznesowych (opartych o drastyczny wzrost cen) do modelu przedstawionego przez Odwołującego.

Przystępujący za niezasadny uznał również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp

Podkreślił, że wskazana aplikacja Pirios nie została do dnia złożenia odwołania u

niego wdrożona. Co więcej Przystępujący realizował testy aplikacji wyłącznie na części swojego zespołu. Okoliczności te wskazują, że Przystępujący nie zna pełnych możliwości działania aplikacji ani też nie był w stanie ocenić jak pełne wdrożenie aplikacji może wpłynąć na pracę całego zespołu projektowego. Testy rozpoczęły się 6 grudnia 2021 r., a oferta Przystępującego została złożona 16 grudnia 2021 r. Przystępujący nie miał więc możliwości aby dostatecznie poznać możliwości aplikacji i tym samym nie mógł ocenić jej realnego wpływu na prowadzenie projektu oraz jego rentowność. Na dzień złożenia oferty Przystępujący nie miał również potwierdzenia, że aplikacja będzie mogła być wykorzystywana w całym okresie realizacji umowy wykonawczej. Tym samym Przystępujący nie mógł w żaden sposób odnieść faktu korzystania z aplikacji Pirios do jej wpływu na możliwą do zaoferowania przez Przystępującego cenę.

Co więcej, zasada równego traktowania wykonawców wymaga jednakowego traktowania oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne stwierdzić należy, że zarówno wymagania stawiane przez Zamawiającego jak i weryfikacja ich spełnienia była oparta na tych samych zasadach, a w szczególności w żadnym razie nie wykazane zostało aby Zamawiający poczytywał przeprowadzenie testów aplikacji Pirios jako okoliczności działającą na korzyść Przystępującego czy też motywującą zaoferowaną przez Przystępującego cenę. Korzystanie z tej aplikacji nie było także wymogiem stawianym przez Zamawiającego.

W związku z powyższym postępowanie Zamawiającego nie mogło i nie doprowadziło do faworyzowania Przystępującego, a tym samym nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, które w ocenie Odwołującego spowodowały naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym, zarzut postawiony przez Odwołującego należy uznać za bezzasadny i nieudowodniony

W piśmie procesowym z dnia 15 lutego 2022r. Odwołujący złożył dowody wraz z wnioskiem o ich dopuszczenie i wskazał, że wynika z nich, iż Przystępujący zadeklarował gotowość do przeprowadzenia testów, co potwierdza, iż Przystępujący jest już gotowy świadczyć usługę w ramach przedmiotowej umowy wykonawczej na systemie Zamawiającego. Niniejsze wynika z okoliczności, iż jak przekazywali Odwołującemu

przedstawiciele Zamawiającego, w tym m.in. A. M. harmonogram wdrażania systemu wygląda następująco:

1) pierwszym etapem, który powinien zostać zrealizowany jest zestawienie łącza typu site-to-site pomiędzy lokalizacją wykonawcy a wskazaną lokalizacją Zamawiającego;

2) kolejny etap polega na odblokowaniu ruchu sieciowego pomiędzy infrastrukturą IT wykonawcy i Zamawiającego w niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia zakresie,

3) dopiero na ostatnim etapie dochodzi do przeprowadzenia testów uruchomieniowych systemu w lokalizacji w której będzie świadczona usługa i szkolenia z funkcjonalności, które oferuje system Contact Center, a także przeprowadzenie testów preprodukcyjnych.

W związku z powyższym, mimo tego, że Zamawiający w ramach odpowiedzi na wniosek Odwołującego unikał przedstawienia rzeczywistego obrazu sytuacji Przystępującego, to i tak przyznał, że Przystępujący jest co najmniej na ostatnim etapie wdrożenia systemu. Jednocześnie na pytanie Odwołującego, czy Przystępujący może użyć systemu Pirios w ramach przedmiotowej umowy wykonawczej Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Dodatkowo Zamawiający nie zaprzeczył, że ten system może zostać użyty przez Przystępującego w ramach umowy wykonawczej.

Odwołujący podkreślił, że nie miał i do dziś nie ma wdrożonego systemu Pirios przez Zamawiającego, mimo tego, że Odwołujący od początku wyrażał chęć oraz zainteresowanie wdrożeniem tego systemu. Jednocześnie należy podkreślić, że Odwołujący był w pełnym zakresie przygotowany, także na płaszczyźnie technicznej do wdrożenia przedmiotowego systemu. W szczególności Odwołujący był gotowy i chętny, aby Zamawiający wdrożył system przed końcem 2021 roku. Jednakże tak się nie stało z przyczyn niezależnych od Odwołującego, a leżących po stronie Zamawiającego. Taki stan rzeczy potwierdzają m.in. następujące dowody:

1) wiadomość mailowa skierowana przez D. S. do przedstawiciela Zamawiającego - Ł. G. z dnia 30 lipca 2021 roku, godz. 8:59;

2) wiadomość mailowa przedstawiciela Odwołującego - M. P. z dnia 23 listopada 2020 roku, godz. 13:39 skierowana do przedstawiciela Zamawiającego - Ł. C. oraz P. J. oraz odpowiedź w/w przedstawiciela Zamawiającego z dnia 24 listopada 2020 roku, godz. 9:16.

Odwołujący podkreślił również, że Zamawiający miał przez długi czas istotne problemy techniczne z rozpoczęciem wdrażania systemu Pirios w organizacji Odwołującego, jednakże przyczyna tego tkwiła w błędach i niedopatrzeniach oraz problemach strony zamawiającej. De facto Zamawiający zgłosił gotowość techniczną po jego stronie do rozpoczęcia wdrożenia systemu firmy Pirios dopiero w ostatnich dniach (24 stycznia 2022 roku). Potwierdza to m.in.:

1) treść wiadomości mailowej pracownika Zamawiającego - Ł. R. skierowana do innego pracownika Ł. G. z dnia 23 stycznia 2022 roku, godz. 18:58, a także

2) wiadomość Ł. G. z dnia 24 stycznia 2022 roku, godz. 8:13, skierowana do przedstawiciela Odwołującego D. S..

Dopiero w ramach wyżej wskazanych wiadomości Zamawiający poinformował, że jest gotowy do rozpoczęcia wdrożenia przedmiotowego systemu u Odwołującego. Wcześniej Odwołujący nie otrzymał takiej wiadomości. Do tego czasu, jak zostało to już wskazane Zamawiający zmagał się z własnymi problemami technicznymi, za które Odwołujący nie mógł odpowiadać. Potwierdzają to m.in. następujące dowody:

1) notatka służbowa informatyka D. S. z dnia 3 listopada 2021r.;

2) notatka służbowa informatyka D. S. z dnia 10 sierpnia 2021r.;

3) notatka służbowa informatyka D. S. z dnia 9 października 2021 r.

Jak wynika z powyższego Odwołujący pozostawał w gotowości do wdrożenia i natychmiastowo podejmował niezbędne działania pozwalające na wdrożenie systemu. Tym samym wdrożenie systemu Call Center firmy Pirios było uzależnione wyłącznie od działań i decyzji Zamawiającego. W tym czasie Odwołujący pozostawał przygotowany do wdrożenia, co potwierdzają nie tylko w/w dowody, ale również następujący dowód:

1) wiadomość mailowa D. S. z dnia 30 marca 2021 roku, godz. 10:52.

W ramach przedmiotowej wiadomości informatyk Odwołującego poinformował o wykonaniu obowiązków po stronie Odwołującego w zakresie związanym z przygotowaniem się do wdrożenia systemu Zamawiającego i to już w marcu 2021 r.

W kontekście dowodów w postaci korespondencji i notatek odpowiednio prowadzonych i sporządzanych przez Pana D. S. to należy nadmienić, że jest to wiarygodny materiał dowodowy, bowiem D. S. jako informatyk został wskazany przez Odwołującego jako osoba odpowiedzialna za kwestie techniczne związane m.in. z wdrożeniem systemu Call Center firmy Pirios. Niniejsze potwierdza m.in.:

1) wiadomość mailowa Ł. G. - przedstawiciela Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2020 roku, godz. 14:48;

2) oraz odpowiedź przedstawicielki Odwołującego - N. D. z dnia 15 grudnia 2020 roku, godz. 15:12.

Z przedmiotowych wiadomości mailowych jednoznacznie wynika, że D. S. odpowiadał za kontakt i ustalenia z Zamawiającym związane z wdrożeniem systemu Pirios u Odwołującego.

Z wszystkich wyżej przytoczonych wiadomości mailowych oraz innych dowodów zgromadzanych w aktach sprawy wynika, że Odwołujący był zainteresowany wdrożeniem systemu Pirios w jego organizacji, a także, że Odwołujący aktywnie współpracował z Zamawiającym w celu wprowadzenia tego systemu u Odwołującego, spełniając przy tym wszystkie wymogi Zamawiającego w stopniu zapewniającym wdrożenie systemu Pirios u Odwołującego przed zakończeniem roku 2021. System Pirios jest bardzo istotnym dla Przystępującego udogodnieniem organizacyjnym, technicznym, a także na płaszczyźnie finansowej oraz bezpieczeństwa. Tym samym rozwiązanie to daje przewagę konkurencyjną Przystępującemu. Potwierdzają, to m.in. następujące dowody:

1) wiadomość mailowa z dnia 23 listopada 2020 roku, godz. 12:25 przedstawiciela Odwołującego — M. P. skierowana do przedstawiciela Zamawiającego — Ł.

C., a także

2) wiadomość mailowa przedstawiciela Zamawiającego Ł. C. z dnia 23 listopada 2020 roku, godz. 13:34.

Odwołujący wskazał, że z przedmiotowych wiadomości wynika, że wdrożenie systemu firmy Pirios pozwala m.in. na uzyskanie adresów korespondencyjnych w plikach przekazywanych przez FTP. Jak wynika z wyżej przywołanej wiadomości Pana Ł. C. wykonawca korzystający z własnego systemu Call Center (vide: Odwołujący) nie ma takiej możliwości, co jest bardzo uciążliwe i wymaga dodatkowego wysiłku po stronie Odwołującego. Przystępujący tego czynić nie musi bowiem korzysta z udogodnień sytemu Zamawiającego. Poza tym Zamawiający wdrażając system w organizacji Przystępującego nie tylko poniósł na rzecz Przystępującego istotne nakłady na wdrożenie tego systemu, ale również odpowiada za funkcjonowanie, w tym wsparcie technicznie oraz funkcjonowanie. Potwierdza to m.in. treść 3 ust. 1 pkt. 12 umowy ramowej, zgodnie, z którym Zamawiający odpowiada za administrowanie oraz zarzadzanie systemem Contact Center Zamawiającego w zakresie generowania, konfiguracji oraz zasilania danymi klientów kampanii wychodzącej. Poza tym, zgodnie z 2 ust. 1 pkt, 13 umowy ramowej, Zamawiający w stosunku do Przystępującego ma obowiązek zapewnienia sprawności systemu Contact Center firmy Pirios; a w przypadku niedostępności systemu zapewnienia w ciągu 4 godzin roboczych instalacji rezerwowej pozwalającej na realizacje przedmiotu umowy przez Przystępującego. Wobec tego, że z powodu decyzji Zamawiającego u Odwołującego nie został wdrożony system firmy Pirios, to Zamawiający ma wyżej wskazane obowiązki tylko względem Przystępującego. W przypadku sytuacji Odwołującego to on samodzielnie, na swój koszt i ryzyko odpowiada za funkcjonowanie, integralność i bezpieczeństwo swojego systemu.

Ponadto, jak wynika z § 2 ust. 2 pkt. 22 umowy ramowej w przypadku posiadania przez

Przystępującego systemu wdrożonego przez Zamawiającego nie jest on w przeciwieństwie

do Odwołującego zobowiązany do rejestrowania wszystkich rozmów telefonicznych przeprowadzonych z klientami oraz potencjalnymi klientami Zamawiającego. Niniejsze również stanowi ułatwienie dla Przystępującego, z którego Odwołujący nie ma prawa skorzystać.

Odwołujący końcowo podkreślił, że wdrożenie przez Zamawiającego na swój koszt i ryzyko systemu Call Center w organizacji Przystępującego, powoduje po stronie Przystępującego obniżenie kosztów wykonania usługi na rzecz Zamawiającego, ponieważ nie musi on ponosić płatności za połączenia telefoniczne wykonywane w celu realizacji umowy wykonawczej. Odwołujący wyjaśnił, że miesięczne koszty wykonania połączeń telefonicznych w ramach umowy realizacyjnej wahają się na poziomie kliku tysięcy złotych. Taki stopień przysporzenia uzyskał Przystępujący. Potwierdza to m.in. następujący dowód:

1) faktura VAT nr 2112310106604 z dnia 3 stycznia 2022 roku opiewająca na kwotę 7.692,91 zł dotycząca kosztów połączeń poniesionych przez Odwołującego za realizację umowy wykonawczej na rzecz Zamawiającego w okresie grudnia 2021 roku;

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy Pzp z 2019r. Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę CALL CENTER Poland S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-2 Pzp z 2019r.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp z 2019r. Izba stwierdziła także, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp z 2019r. i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy przywołany w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie nie jest sporny pomiędzy stronami i ustalony został w sposób właściwy.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt. 3 lit. t) ppkt. 4 SIWZ. Przypomnieć należy, że w powyższym

punkcie Zamawiający postanowił, że „oferta może podlegać odrzuceniu jeśli w okresie ostatnich 6 miesięcy od terminu składania ofert Wykonawca podczas realizacji którejś z Umów Wykonawczych nie zrealizował przynajmniej jednego z celów jakościowych i/ lub

ilościowych". Odwołujący jako uzasadnienie zarzutu wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że CCP w istotnym zakresie nie zrealizował celów jakościowych oraz ilościowych w ramach umów wykonawczych realizowanych na rzecz Zamawiającego, w szczególności w ostatnim kwartale 2021 r.

Uwzględniając powyższe skład orzekający stwierdził, że powyższy zarzut został sformułowany w sposób wadliwy. Odwołujący ograniczył się do gołosłownego i pozbawionego jakiegokolwiek wywodu stwierdzenia, że Przystępujący w istotnym zakresie nie zrealizował celów jakościowych i ilościowych. Z treści odwołania nie wynika w żaden sposób na jakich okolicznościach faktycznych Odwołujący oparł powyższe twierdzenie. Podkreślić natomiast należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 Pzp z 2019r., wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 7-10 Pzp z 2019r., odwołanie powinno zawierać wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych

okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wy artykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Reasumując, jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 18 stycznia 2019r., sygn. akt KIO 2711/18, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych

Zamawiającemu. Natomiast ogólne stwierdzenia, jakie podniósł w niniejszej sprawie Odwołujący, nie może być traktowane jako prawidłowo sformułowany zarzut. Sposób skonstruowania zarzutu, czyli brak wskazania jakichkolwiek okoliczności na poparcie ogólnego twierdzenia Odwołującego, uniemożliwiał składowi orzekającemu dokonanie oceny jego zasadności, co skutkowało jego oddaleniem. Ponadto odnosząc się do dokonanej przez Odwołującego wykładni wskazanego wyżej postanowienia SIWZ, wskazać należy, że postanowienia SIWZ w obecnym brzmieniu były Odwołującemu znane od momentu przesłania mu ich wraz z zaproszeniem do składania oferty w dniu 13 grudnia 2021 r. W konsekwencji Izba za spóźnione, a więc nie podlegające rozstrzyganiu, uznała zarzuty Odwołującego co do wykładni pkt 3 lit. „t" ppkt 4 SIWZ, sprowadzające się do ustalania jego odpowiedniego brzmienia, które byłoby odmienne od literalnego i jednoznacznego zapisu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła po pierwsze, że w okolicznościach sporu, nie zachodzą ustawowe przesłanki obligatoryjnego wezwania do

wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 1a Pzp. Natomiast art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek Zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Norma zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten nie określa sztywnych reguł, dających podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy lecz daje taką sposobność również wówczas gdy zamawiający poweźmie lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, jest bowiem definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10).

Podkreślić również należy, że w rozstrzyganej sprawie ciężar dowodu, że nastąpiło rażące zaniżenie stawki zaoferowanej przez Przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert konkurentów (art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp z 2019r., art. 534 ust. 1 Pzp z 2019r.). Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp z 2019r. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontradyktoryjnie, a

w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu

nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 Pzp z 2019r. w odniesieniu do

badania ceny oferty, po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie ceny realizacji zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w SIWZ.

Uwzględniając powyższe Izba w składzie orzekającym, za prawidłowe uznała porównywanie przez Zamawiającego, cen zaoferowanych w tym postępowaniu z cenami zaoferowanymi mu przez wykonawców w innych postępowaniach o tożsamym przedmiocie realizowanych w ramach zawartej umowy ramowej i w konsekwencji wyciągniecie wniosku, iż cenę zaoferowaną przez Przystępującego można uznać za realną. W ocenie Izby za powyższym uznaniem przemawiał również fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego było tylko o 6% wyższa od tej zaoferowanej przez Przystępującego.

Skład orzekający Izby stwierdził ponadto, że Odwołujący nie spełnił swoich powinności dowodowych. Podkreślić bowiem należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji czy porównań, z których wynikałoby, że złożona przez Przystępującego cena ma charakter nierealny i, że za zaoferowaną przez niego cenę nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący pomimo wskazania na konkretne okoliczności, które wykonawcy winni uwzględnić przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny, nie przedstawił żadnych wyliczeń dotyczących wpływu powoływanych przez niego czynników np. inflacji czy kosztów wynagrodzeń na ceny zaproponowane w tym postępowaniu. Podkreślić należy ponadto, że to iż Odwołujący zaoferował stawkę wyższą niż Przystępujący, nie może stanowić argumentu za stwierdzeniem, iż stawka zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Podkreślić bowiem należy, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową-ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice

pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdą się

podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową. Ponadto nie sposób podzielić argumentów Odwołującego sprowadzających się do stwierdzenia, że niemożliwe jest obniżenie ceny przez innych wykonawców poniżej ceny zaoferowanej przez Odwołującego, która w jego ocenie jest ceną najniższą jaką można było w tym postępowaniu zaoferować. Jeszcze raz podkreślić należy, że to iż Odwołujący nie jest w stanie zaoferować ceny niższej nie oznacza, że inny wykonawca takiej stawki zaoferować nie może. Istotne jest również to, że Odwołujący nie wskazał w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny oraz z jakiego powodu cena ta nie może być niższa.

W konsekwencji Izba uznała, że skoro dokonana przez Zamawiającego ocena danych doprowadziła do wniosków, że wystąpiły przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji w ofercie Przystępującego, to Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Przystępującego do wyjaśnień i słusznie po jego stronie nie powstały wątpliwości co do realności ceny oferty.

Izba odnosząc się do złożonych przez Przystępującego dowodów stwierdziła, że skoro w niniejszym postępowaniu odwoławczym przedmiotem oceny nie była cena oferty Przystępującego, a kwestia zasadności wezwania do wyjaśnienia tej ceny, to złożone dowody należy potraktować ewentualnie jedynie w kategoriach dodatkowego uprawdopodobnienia, że wycena dokonana przez Przystępującego jest prawidłowa. W konsekwencji Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 15 lutego 2022r. jako nieprzydatne do rozpoznania niniejszej sprawy.

Również na uwzględnienie nie zasługiwały zarzuty dotyczące art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty CCP mimo tego, że jest ona niezgodna z ustawą, bowiem została złożona w wyniku istotnego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności w wyniku naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości poprzez bezpodstawne faworyzowanie wykonawcy CPP.

Izba w składzie orzekającym uwzględniając stanowiska stron złożone zarówno na piśmie, jak i do protokołu rozprawy, a także treść dowodów złożonych przez Odwołującego wraz z pismem procesowym z dnia 15 lutego 2022r. (wskazanych wyżej) oraz dowodów złożonych przez Zamawiającego:

- korespondencja mailowa Ł. G. do D. S. z 14.09.2021, 21.09.2021 i 02.11.2021,

temat: Wdrożenie systemu OCC Plrios

- e-mail Ł. G. do D. S. z 15.11.2021, temat: Notatka po spotkaniu z 15 listopada

- korespondencja mailowa Ł. G. do D. S. z okresu 22.11.2021 do 24.01.2022, temat: Tevitel - konfiguracja sieci

- notatka służbowa Ł. C. dot. spotkania z 3.11.2021 roku w sprawie konfiguracji sieci i planów co do testów systemu Pirios

stwierdziła, że zarzuty odwołania w tym zakresie nie zasługiwały również na uwzględnienie.

Podkreślić należy, że Izba po pierwsze uznała, że Odwołujący nie zdołał wykazać, pomimo ciążącego na nim ciężaru dowodowego, że system Pirios został u Przystępującego wdrożony i wykonawca ten może z niego korzystać przy realizacji niniejszego zamówienia. Izba dała wiarę twierdzeniom zarówno Przystępującego jak i Zamawiającego, że wdrożenie systemu u CCP jest we wstępnej fazie, tj. fazie testowania konfiguracji systemu, a więc CCP nie ma możliwości korzystania z powyższego systemu. Doświadczenie życiowe wskazuje bowiem, że aby w pełni wdrożyć system teleinformatyczny konieczne jest zrealizowanie wielu etapów, co jest procesem długotrwałym. Powyższe zostało szczegółowo opisane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba uznała ponadto, analizując korespondencję mailową oraz notatki służbowe złożone zarówno przez Zamawiającego i Odwołującego, że nie sposób uznać, że ewentualne opóźnienie we wdrożeniu systemu Pirios u Odwołującego spowodowane jest wyłączenie zaniechaniami leżącymi po stronie Zamawiającego. Fakt, że proces wdrążenia jest bardziej zaawansowany u Przystępującego nie może potwierdzać, że Zamawiający faworyzował tego wykonawcę w tym procesie. Z przedłożonych bowiem dowodów wynika bowiem jednoznacznie, iż Zamawiający podejmował próby i dokonywał czynności zmierzających do wdrożenia systemu Pirios u Odwołującego. Co więcej w notatce służbowej złożonej jako dowód przez Zamawiającego pochodzącej z dnia 11 lutego 2022r. wskazano, że w uzgodnieniu z Odwołującym ustalone zostało, że „w dniu 03.11.2021 oprócz wielu tematów również poruszony został temat przeprowadzenia testów nowego systemu CC dla Partnera. Wskazane zostały terminy przeprowadzenia testów nowego systemu CC u Partnerów AI:

1. Przeprowadzenie testów u Partnera CCP w miesiącu grudniu

2. Przeprowadzenie testów u Partnera Tevitel w miesiącu styczeń

Termin został zaakceptowany przez przedstawicieli Tevitela. Dodatkowo ze strony Partnera była rekomendacja przeprowadzania testów w styczniu, ze względu na chęć maksymalnego skupieniu się na realizacji celów sprzedażowych jakie stały przed Partnerem do końca grudnia 2021.”. Jeśli dla Odwołującego kwestia wdrożenia systemu była tak bardzo kluczowa, jak de facto przedstawiał na rozprawie, w kontekście oferty składanej w postępowaniu winien w sposób sformalizowany wyartykułować tą kwestie Zamawiającemu a nie ograniczać się do mniej lub bardziej niewiążącej korespondencji e-mailowej.

Izba uwzględniła także, że z umowy ramowej nie wynikało, aby obowiązkiem Zamawiającego było równoczesne wdrożenie systemu u wszystkich wykonawców, a więc nie sposób uznać, że Zamawiający niezgodnie z jej postanowieniami dokonywał procesu wdrażania systemu Pirios.

W konsekwencji skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Zamawiający z przyczyn leżących tylko po jego stronie pozostawał w zwłoce ze wdrożeniem systemu Pirios, a także, że system ten jest już wdrożony u Przystępującego.

W związku z oddaleniem zarzutów odwołania jako niezasadnych, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437). Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że z uwagi na fakt, iż Odwołujący złożył odwołania w zakresie postępowania mającego na celu zawarcie umowy wykonawczej, której wartość wynosi 290 000,00 zł netto, przy ustalaniu wysokości wpisu należy wziąć pod uwagę właśnie tę wartość. Podkreślić należy, że stosownie do art. 32 ust. 2 Pzp wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umowy ramowej.

Jak wynika z pisma Zamawiającego wartość umowy ramowej w ramach której Zamawiający przeprowadził postępowanie realizacyjne wynosi: 63 245 400,00 zł netto, a więc przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp, w konsekwencji czego uwzględniając treść § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia wpis w niniejszej sprawie ustalono na 15 000 zł.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....

Członkowie: