Sygn. akt KIO 1023/23

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd do spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy COIG Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie części zarzutu pierwszego odwołania.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Urzędu do spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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: …….

Sygn. akt KIO 1023/23

U z a s a d n i e n i e

Urząd do spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa i wdrożenie rozwiązania typu Business Intelligence w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców wraz ze świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Usług Rozwoju. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 maja 2022 r. pod numerem 2022/S 089-240478.

W dniu 11 kwietnia 2023 r. wykonawca Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę COIG Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, dalej „COIG”, mimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a także art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty COIG, pomimo że wykonawca w sposób sprzeczny z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dokonał zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty COIG, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, dokonania ponownej oceny ofert, a w jej toku – odrzucenia oferty COIG oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca COIG Spółka

Akcyjna z siedzibą w Katowicach, dalej również „Przystępujący”, który pismem z dnia 21 kwietnia 2023 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 kwietnia 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W rozpoznawanej sprawie zaistniała podstawa odrzucenia jednego z podniesionych zarzutów odwołania (odrzucenie odwołania w części obejmującej zarzut 1), tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty COIG, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wbrew wymaganiom specyfikacji warunków zamówienia, COIG nie podał w ofercie wersji modułu/aplikacji oferowanego oprogramowania, gdyż w formularzu ofertowym określił, że oferuje następującą nazwę modułu/aplikacji (wersję) Systemu Business Intelligence: Licencje na Oprogramowanie Systemu Business Intelligence.

Izba uznała, że odwołanie w powyższym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła, że pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano w dniu 28 lutego 2023 r., a informacja o treści kolumny „1” w pkt III formularza ofertowego Przystępującego, do której odnosi się Odwołujący, była od początku jawna, widniała w części jawnej oferty, dostępnej Odwołującemu po wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 28 lutego 2023 r. Dlatego też od tego terminu winien być liczony 10-dniowy termin na złożenie odwołania w zakresie podniesionego zarzutu.

Dalej, Izba ustaliła, że KIO w wyroku z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt KIO 679/23, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w utajnionej części formularza ofertowego (informacje zawarte w tabelach), wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, a także załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez COIG.

Skład orzekający wskazuje, że oferta Przystępującego nie uległa zmianie od tamtego czasu, a treść części jawnej formularza ofertowego była znana Odwołującemu. Jeżeli w ocenie Odwołującego kwestionowana obecnie treść formularza ofertowego winna stanowić podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego, to kwestia ta winna zostać podniesiona przez Odwołującego już po pierwszym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Jeżeli pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce 28 lutego 2023 r., to termin na wniesienie odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej upływał 10 marca 2023 r. W interesie Odwołującego było dążenie do zapoznania się z pełną treścią dokumentacji postępowania tak, aby mógł on w pełnym zakresie kwestionować czynności lub zaniechania Zamawiającego. Pominięcie jakiegokolwiek zarzutu przez wykonawcę, a następnie próba wniesienia odwołania w terminie późniejszym, aniżeli określony przepisami art. 515, uznać należy za spóźnione.

Sam fakt przekazania Odwołującemu w terminie późniejszym informacji odtajnionych przez Zamawiającego w ofercie Przystępującego nie może, w ocenie Izby, wpływać na przywrócenie terminu na wniesienie odwołania, skoro treść części jawnej formularza ofertowego była znana Odwołującemu po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Skoro Odwołujący już w dacie złożenia pierwszego odwołania wiedział, że w pierwszej kolumnie formularza ofertowego Przystępujący wpisał Licencje na Oprogramowanie Systemu Business Intelligence, mógł wtedy podnieść argumentację dotyczącą niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Terminy wyznaczone ustawą Pzp na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów. Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w części na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej,

gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty COIG pomimo, iż wykonawca w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dokonał zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert, podnosząc, że informacje podane przez COIG w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny – określenie nazwy modułów/aplikacji, mają znamiona niedopuszczalnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zmiany ceny oferty. Zdaniem Odwołującego, COIG przedłożonymi wyjaśnieniami zmienił treść oferty (uzupełnił jej treść), ponieważ określił nazwy modułów/aplikacji oraz zmodyfikował liczbę dostarczanych licencji (w formularzu ofertowym wskazana była liczba licencji: 1, a w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny – 13, 8, 5 i 5).

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie rozwiązania typu Business Intelligence w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców wraz ze świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Usług Rozwoju. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach zgodnych z Opisem Przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ", oraz Projektowanymi postanowieniami umowy, dalej „PPU", stanowiących Załączniki nr 1 i 2 do SWZ. Zamawiający wymagał, aby ofertę złożyć na formularzu ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", gdzie nazwa

pierwszej kolumny w pkt III formularza ofertowego brzmiała Nazwa modułu/aplikacji (wersja), drugiej kolumny – Producent, trzeciej kolumny – Cena jednostkowa brutto, czwartej kolumny – Liczba licencji, piątej kolumny – Wartość brutto (3x4).

Przystępujący wskazał w pierwszej kolumnie w pkt III formularza ofertowego – Licencje na Oprogramowanie Systemu Business Inteligence, w drugiej kolumnie – SAS, w trzeciej kolumnie – 787.484,11 zł, w czwartej kolumnie – 1, w piątej kolumnie – 787.484,11 zł. Do oferty Przystępujący załączył m.in. Koncepcję realizacji Systemu_10.1_Koncepcja wdrożenia.

Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 9 stycznia 2023 r., na str. 11, podał, że W ramach Etapu III uwzględniono dostawę licencji na Oprogramowanie Systemu Business Intelligence - Licencje perpetual (dożywotnie):

- SAS Visual Analytics (SAS Viya 4) - 13 Authorized SAS User
- SAS Studio Analyst - 8 Authorized SAS User
- SAS Studio Engineer - 5 Authorized SAS User
- SAS Information Governance - 5 Authorized SAS User.

Odnosząc się do powyższego zarzutu, Izba uznała, że konstrukcja formularza ofertowego mogła prowadzić do wniosku, iż należało wpisać jedno oprogramowanie, bowiem przedmiotem zamówienia była dostawa jednego rozwiązania typu Business Inteligence, co wynikało już z treści samego przedmiotu zamówienia, którym była dostawa i wdrożenie rozwiązania typu Business Intelligence w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców wraz ze świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Usług Rozwoju.

Ponadto, za dostarczone oprogramowanie Zamawiający przewidział jedno wynagrodzenie. Realizacja zamówienia miała następować w podziale na etapy obejmujące m.in. etap III, tj. dostarczenie oprogramowania, które jest niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia oraz zapewnienia ciągłego i prawidłowego funkcjonowania systemu oraz jego instalacja na infrastrukturze sprzętowej. Stosownie do 4 ust. 1 PPU Zamawiający zapłaci Wykonawcy z tytułu należytego wykonania Umowy maksymalne wynagrodzenie łączne, ustalone w oparciu o formularz ofertowy Wykonawcy stanowiący Załącznik nr 3 do Umowy, w kwocie: Netto: […] PLN (słownie: […]) Brutto: […] PLN (słownie: […]). Zgodnie z §4 ust. 2 pkt 3 PPU na wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 składa się Wynagrodzenie z tytułu należytego wykonania Etapu III w kwocie: Netto: […] PLN (słownie: […]), Brutto: […] PLN (słownie: […]). Zatem, Zamawiający za dostarczenie oprogramowania przewidział jedno wynagrodzenie.

Izba nie widzi też sprzeczności między formularzem ofertowym a wyjaśnieniami, skoro podano tego samego producenta i łączną kwotę wynagrodzenia. Dodatkowo w

załączniku do oferty, w postaci Koncepcji realizacji Systemu_10.1_Koncepcja wdrożenia, wskazano rodzaj oferowanego oprogramowania SAS oraz zawarto informacje w jaki sposób będzie realizowany przedmiot zamówienia.

Izba uznała więc, że Przystępujący nie dokonał zmiany oferty, a jedynie wskazał w wyjaśnieniach szerszy zakres informacji, niż ten przewidziany w formularzu ofertowym.

Odnosząc się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, a złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, Izba ustaliła, że jak stanowi pkt 1-5 Rozdziału XV SWZ 1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ. 2. W Formularzu Ofertowym należy dokładnie określić wskazane tam ceny jednostkowe brutto za poszczególne elementy zamówienia oraz łączną cenę oferty za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. 3. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. 4. Cena musi obejmować podatek od towarów i usług naliczony zgodnie z obowiązującymi w dniu składania ofert przepisami. 5. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 27 kwietnia 2022 r. na kwotę 2.764.227,64 zł. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.400.000,00 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, które złożyli: Odwołujący z ceną całkowitą brutto 3 957 775,00 zł oraz Przystępujący z ceną całkowitą brutto 8 727 247,80 zł.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2022 r. wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z faktem, że zaoferowana cena oferty i jej części składowe budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (cena całkowita złożonej oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp), w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Zamawiający wskazał, że w szczególności zaoferowana cena oferty za oprogramowanie systemu operacyjnego serwera budzi wątpliwości co do

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający przywołał również art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 9 stycznia 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu odpowiedź w sprawie wyliczenia ceny oferty, załączając również dowody w postaci ofert podwykonawców.

Zamawiający w dniu 29 marca 2023 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do postawionego zarzutu, należy wskazać, co następuje. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).

Pomimo że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, zgodnie z art. 224 ust. 5 oraz art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie może pozostawać bierny w postępowaniu dowodowym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem spornym, a z jego istoty wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do ceny, nie może poprzestać - jak wskazuje się w orzecznictwie KIO - na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej

oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęta przez Przystępującego cena całkowita czy też stawka za roboczogodzinę są zaniżone. Nie jest wiadome, na jakich wyliczeniach Odwołujący opiera swoje stanowisko co do poziomu zaproponowanych przez Przystępującego cen, a także jakie założenia zostały przyjęte przy ich kalkulacji. W związku z tym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należało uznać za gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń dotyczących chociażby kosztów robocizny, help desku, czy związanych z zarządzaniem projektem.

Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub

kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wskazuje więc na dwie przesłanki odrzucenia oferty: 1) nieudzielenie wyjaśnień oraz 2) udzielenie wyjaśnień, które prowadzą do negatywnej oceny oferty. Natomiast ocena treści wyjaśnień w zakresie ich adekwatności, szczegółowości oraz dowodów zależy od treści wezwania zamawiającego. Jest bowiem oczywiste, że wykonawca - zwłaszcza w tak szerokiej materii jak wycena - z założenia nie jest w stanie odnieść się do wszystkich niewyrażonych w wezwaniu do wyjaśnień kwestii, jak też przedstawić dowodów na każdą okoliczność, która następnie mogłaby zainteresować zamawiającego.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wymienił kilka elementów, które - według niego -powinny w tych wyjaśnieniach zostać opisane lub opisane odrębnie (co do tych elementów Przystępujący zresztą wskazał, że ujął je). Odwołujący nie zawarł natomiast żadnych konkretnych wyliczeń, do których, czy to Izba, czy Przystępujący mogliby się odnieść.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie wyjaśnił kalkulacji stawki za roboczogodzinę, czego skutkiem jest brak możliwości zweryfikowania czy zaoferowana cena jest, czy też nie jest rażąco niska. Odwołujący skupił się jedynie na stawce dotyczącej samego Przystępującego, podczas gdy, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, pozostałe stawki za roboczogodzinę dla podwykonawców wynoszą: SAS Institute sp. z o.o.: 373,75 PLN netto/rbh – dla prac związanych z udziałem w analizie przedwdrożeniowej, 345,00 PLN netto/rbh – dla prac związanych z realizacją modyfikacji oprogramowania, 316,25 PLN netto/rbh – dla prac związanych z przygotowaniem scenariuszy testowych i testami; Gabos Spftware sp. z o.o. - 200 PLN netto/rbh.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie sformułował wymagania w zakresie podania kalkulacji stawki roboczogodziny. Rację należy przyznać Przystępującemu, że przytoczone przez Odwołującego przykładowe wyliczenie kalkulacji takiej stawki, które Odwołujący stosuje w składanych przez siebie ofertach, nie może zostać uznane za wyznacznik wymagań w tym zakresie, gdyż metod kalkulowania i szacowania kosztów zamówienia może być wiele i fakt, że Przystępujący stosuje w składanych inną niż Odwołujący metodę, nie znaczy, iż jest ona przez to nieprawidłowa czy błędna. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami do każdej stawki został doliczony narzut 17% kosztów stałych oraz 20% marży dla prac wykonywanych przez COIG.

Odwołujący podnosił również nieuwzględnienie w cenie Przystępującego kosztów przeniesienia majątkowych praw autorskich do rezultatów prac podwykonawcy SAS Institute sp. z o.o. W zakresie powyższego zarzutu przytoczył fragment standardowej licencji podwykonawcy oraz §6 PPU dotyczący przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do oprogramowania wytworzonego podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że z oferty podwykonawcy SAS Institute sp. z o.o. z dnia 12 grudnia 2022 r., załączonej do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wynika, że ww. podmiot znał wymagania przedmiotowego zamówienia, wskazał bowiem, że W nawiązaniu do wcześniejszych ustaleń pomiędzy COIG SA oraz SAS Institute, przedstawiam informację cenową w zakresie realizacji poniższych elementów postępowania przetargowego na „dostawę i wdrożenie rozwiązania typu Business Intelligence w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców wraz ze świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Usług Rozwoju (…) Oprogramowanie wraz z niezbędnymi modyfikacjami spełnia wymagania klienta zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ.

Potwierdzeniem powyższego jest oświadczenie podwykonawcy z dnia 20 kwietnia 2023 r., załączone do pisma procesowego Przystępującego, z którego wynika, że Informacja handlowa złożona dnia 12.12.2022 o wartości 892 200 PLN netto obejmuje przeniesienie praw autorskich do Oprogramowania Dedykowanego i innych utworów stworzonych przez SAS Institute Sp. z o.o. w wyniku wykonania zobowiązań zgodnie z wymaganiami Projektowanych Postanowień Umowy stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ w postepowaniu numer 14/BUSINESSINTELIGENCE/PN/22 pod nazwą "Dostawa i wdrożenie rozwiązania typu Business Intelligence w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców wraz ze świadczeniem Serwisu Utrzymaniowego i Usług Rozwoju.

Równocześnie, w zakresie Oprogramowania Dedykowanego, Zamawiający wymagał przeniesienia autorskich praw majątkowych, zgodnie z § 6 ust. 2 PPU, gdzie wskazano, że Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do

Oprogramowania Dedykowanego (…) Ponadto, wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych, zawiera się w kwocie wynagrodzenia podstawowego, stosownie do § 4 ust. 18 PPU - Wynagrodzenie określone w ust. 1 i 2 wyczerpuje wszelkie roszczenia Wykonawcy z tytułu wykonania Umowy i przeniesienia autorskich praw majątkowych. Wykonawcy nie przysługuje żadne inne roszczenie w stosunku do Zamawiającego, w szczególności zwrot kosztów podróży oraz zakwaterowania członków Zespołu Projektowego Wykonawcy czy też zwrot jakichkolwiek innych, dodatkowych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę związanych z wykonywaniem Umowy.

Zamawiający nie wymagał odrębnej wyceny w treści złożonej oferty dla przeniesienia autorskich praw majątkowych i pozycji takiej nie zamieścił w formularzu ofertowym, analogicznie wyceny tej nie wymagał w zakresie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił także Przystępującemu nieuwzględnienie w cenie oferty kosztów transportu, zakwaterowania i diet pracowników podwykonawcy SAS Institute Sp. z o.o. Odwołujący podnosił, że nie sposób zakładać, że całość prac będzie wykonywana zdalnie, gdyż przykładowo zakres usług realizowanych przez SAS Institute Sp. z o.o. obejmuje dostarczenie planu scenariuszy testowych oraz przeprowadzenie testów funkcjonalnych. Nadto, zgodnie z pkt 4.8 ppkt 8 OPZ Testy będą odbywać się w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający przeprowadzi Testy w uzgodnieniu z Wykonawcą i przy jego współpracy zgodnie z terminami wskazanymi w Harmonogramie Szczegółowym. Skoro zatem prace, które mają być realizowane przez SAS Institute Sp. z o.o., wymagają wykonania w siedzibie Zamawiającego, do

oferty należało doliczyć koszty podróży, zakwaterowania i diet dla pracowników SAS Institute Sp. z o.o., czego w ofercie COIG nie wyszczególniono.

Izba ustaliła, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 111 do treści § 3 ust. 5 PPU z dnia 14 listopada 2022 r. o treści: Prosimy o rozszerzenie treści ust. 6 o możliwość wykonywania prac w ramach umowy w trybie zdalnym. Zamawiający dokonał modyfikacji § 3 ust. 6 PPU wskazując, że Przedmiot Umowy będzie realizowany w siedzibie Zamawiającego oraz siedzibie Wykonawcy zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ. Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji Przedmiotu Umowy zdalnie za pośrednictwem łączy transmisji danych.

Jednocześnie, jak słusznie zauważył Przystępujący, w sytuacji powstania konieczności wykonania części prac na miejscu w siedzibie Zamawiającego w Warszawie, zarówno dla Przystępującego, jak i dla SAS Institute Sp. z o.o., prace te byłyby pracami realizowanymi na miejscu, a zatem nie generującymi dodatkowych kosztów transportu, zakwaterowania i diet, bowiem siedziba podwykonawcy SAS Institute Sp. z o.o. mieści się w Warszawie, również Przystępujący dysponuje oddziałem w Warszawie.

Odwołujący podnosił też brak skalkulowania w ofercie kosztów usług instalacji i konfiguracji oprogramowania systemowego, podnosząc że COIG w Tabeli IV formularza ofertowego określił koszt dostawy, instalacji i konfiguracji oprogramowania systemu operacyjnego jako 0 zł. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że Przystępujący albo nie zaoferował usług instalacji i konfiguracji oprogramowania systemowego, co czyni ofertę niezgodną z SWZ, albo nie skalkulował kosztów wykonania zamawianych przez Zamawiającego prac.

Izba ustaliła, że rzeczywiście Oprogramowanie Systemu Operacyjnego – Oracle Linux wyceniono w ofercie Przystępującego na 0 zł, gdyż jak wyjaśnił Przystępujący jest ono oferowane w modelu bezpłatnej licencji GNU General Public Licence (GPLv2). Przystępujący wyjaśnił dalej, że instalacja powyższego oprogramowania została założona i oszacowana do realizacji Etapu III - instalacja i konfiguracja środowisk i oprogramowania – zgodnie z ofertą Gabos Software sp. z o.o. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący załączył do pisma procesowego oświadczenie Gabos Software sp. z o.o. z dnia 5 marca 2023 r., w którym podwykonawca wskazał, że zakres prac wdrożeniowych obejmuje również instalację systemu operacyjnego. Nie sposób więc twierdzić, że oferta Przystępującego nie uwzględnia kosztów instalacji i konfiguracji Oprogramowania Systemu Operacyjnego – Oracle Linux, skoro zostały one jedynie wskazane w innym miejscu niż zakładane przez Odwołującego.

Odwołujący podnosił również, że informacje przedstawione przez COIG w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dowodzą, że oferta COIG obejmuje gwarancję wyłącznie na okres 24 miesięcy (brakuje gwarancji na około 3 miesiące od odbioru Etapu II do Odbioru Wdrożenia). Zatem, według Odwołującego, Przystępujący nie skalkulował kosztów udzielenia gwarancji na Produkty odbierane w ramach etapów poprzedzających Odbiór Końcowy na okres od odbioru tych Produktów do daty Odbioru Końcowego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w cenie oferty Przystępującego zawiera się gwarancja na czas liczony od odbioru produktu do odbioru wdrożenia oraz przez okres 24 miesięcy po odbiorze wdrożenia, co potwierdza wprost pismo Decsoft S.A. z dnia 21 kwietnia 2023 r., załączone do pisma procesowego Przystępującego, gdzie wskazano, że zaoferowane elementy infrastruktury objęte są gwarancją producenta w okresie od dnia odbioru danego elementu infrastruktury przez Zamawiającego, i która nie skończy się wcześniej, niż po upływie 24 miesięcy od dnia podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia przewidzianego umową. Wyjaśniamy, że po przedstawieniu przez Decsoft podpisanego przez strony umowy Protokołu Odbioru Wdrożenia producent infrastruktury restartuje na nowo gwarancję, która rozpoczęła swój bieg w dniu odbioru danego elementu infrastruktury na okres kolejnych 24 miesięcy od daty podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Przystępującemu także nieuwzględnienie kosztów pracy w reżimie czasowym 24/7, a przedstawiony przez COIG sposób kalkulacji kosztów tych prac dowodzi, iż wykonawca nie uwzględnił pełnych kosztów zamawianych usług.

Zgodnie z § 11 ust. 5 PPU W ramach udzielonej Gwarancji Jakości Wykonawca będzie dokonywał poprawy Awarii Krytycznych, Błędów i Usterek, które ujawniają się w trakcie okresu jej obowiązywania. Wykonawca będzie zobowiązany usuwać je niezwłocznie, nie później niż w terminach określonych dla poszczególnych kategorii Wad w § 12 ust. 3. Stosownie do § 12 ust. 3 parametry SLA przedstawiono w tabeli. Dodatkowo, zgodnie z pkt 6 ppkt 3 i 4 OPZ parametry SLA dotyczące świadczenia Serwisu Utrzymaniowego wskazano w tabeli 8.

Izba wskazuje, że Zamawiający nie wymagał odrębnej wyceny w treści złożonej oferty dla kosztów pracy w reżimie czasowym 24/7 i pozycji takiej nie zamieścił w formularzu ofertowym, analogicznie wyceny tej nie wymagał w zakresie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący zaś wyjaśnił, że na potrzeby realizacji wdrożenia, serwisu utrzymaniowego i gwarancji wykorzysta zasoby własnego systemu zgłoszeń Help Desk, który świadczy pracę w trybie 24/7, a jego koszty rozliczane są na poziomie kosztów stałych organizacji. Nie sposób więc twierdzić, że w kosztach realizacji Przystępujący nie uwzględnił obsługi serwisowej w wymiarze 24/7 przez wszystkie dni roku.

Przystępującemu zarzucono też nieuwzględnienie w cenie oferty kosztów związanych z zarządzaniem projektem. Rację należy przyznać COIG, że zarówno formularz ofertowy nie obejmował takiej pozycji jak koszty zarządzania projektem, jak również o ich wykazanie nie zwracał się do Przystępującego Zamawiający w wezwaniu z 29 grudnia 2022 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie oznacza to jednak, że koszty te nie zostały w ogóle przez Przystępującego uwzględnione w treści oferty.

Odwołujący stwierdzał również, że przedstawiony przez COIG w wyjaśnieniach sposób kalkulacji ceny oferty jest niejasny i niespójny, bowiem nie da się w logiczny sposób wywieść, skąd pochodzą określone kwoty. Odwołujący

sumując kilka kwot wskazał błąd rachunkowy w wysokości 2.000 zł. Izba uznała go za marginalny biorąc pod uwagę wartość zamówienia i cenę całkowitą oferty Przystępującego. Nadto, Odwołujący nie wykazał, że popełnienie powyższego błędu potwierdza, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska lub że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie Przystępującego ceny.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wskazał w sposób przekonujący, dlaczego wyjaśnienia powinny zostać ocenione negatywnie, gdyż za takie przekonujące uzasadnienie nie można uznać wskazanych w odwołaniu brakujących rzekomo kilku

aspektów dotyczących wyceny. Brak też jakichkolwiek elementów kalkulacji chociażby uprawdopodabniających tezę o wycenie oferty Przystępującego na zbyt niskim poziomie.

Izba uznała też za przekonujące stanowisko Przystępującego przedstawione w piśmie procesowym oraz podczas rozprawy, w którym to Przystępujący odniósł się wprost do treści wezwania oraz udzielonych w odpowiedzi wyjaśnień dowodząc, że udzielone wyjaśnienia odpowiadają wezwaniu Zamawiającego, jak też zarzutom odwołania (wskazanych przez Odwołującego braków).

Izba nie odnosiła się natomiast do samej wyceny oferty Przystępującego, ponieważ nie było to przedmiotem argumentacji ani Odwołującego, ani Przystępującego i w ramach kontradyktoryjnego ze swojej istoty postępowania odwoławczego podmioty te nie przedstawiały żadnych kalkulacji, do których Izba mogłaby się odnieść.

Równocześnie Izba zwraca uwagę, że oferty zostały złożone przez wykonawców specjalizujących się w realizacji przedmiotu zamówienia od wielu lat. Dlatego też trudno przyjąć wnioski, jakie wywodzi Odwołujący, iż Przystępujący mógłby pominąć niektóre elementy zamówienia, nie dokując ich wyceny. Przeczy to bowiem zasadzie prowadzenia określonej działalności gospodarczej i jej skutków, ukierunkowanych na osiągnięcie zysku. Odwołujący całkowicie pomija argumentację, iż aby można było mówić o cenie rażąco niskiej, to należy wykazać, że cena taka uniemożliwia prawidłową realizację zamówienia, nie pozwala na osiągnięcie określonego zysku przez przedsiębiorcę czy też jest ceną nierealistyczną, niemożliwą dla zaspokojenia ustalonego przez wykonawcę celu gospodarczego przedsiębiorcy.

Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać Odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Właśnie tego typu odrębności powodują odmienność cen. Również dostępność do różnych elementów wpływających na realizację zamówienia, właściwych każdemu przedsiębiorcy oddzielnie, stanowią o konkurencyjności na rynku.

W ocenie Izby przedłożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zrealizowany został cel, na jaki zostały przedłożone. W świetle powyższego, brak było podstaw do stwierdzenia, że złożone wyjaśnienia, wraz z dowodami, nie potwierdziły, że cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską.

Dlatego też Izba uznała, że powyższy zarzut należało oddalić.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..