Sygn. akt: KIO 107/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Aleksandra Kot

Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa Centrum Informatyczne Edukacji z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy ASENTIA sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

   1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

   1.2 odrzucenie oferty wykonawcy ASENTIA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

   1.3 przeprowadzenie ponownej oceny ofert w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 58 zł 65 gr (pięćdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika na rozprawę;

   2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 658 zł 65 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 107/24

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

Skarb Państwa Centrum Informatyczne Edukacji z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi utrzymania w ruchu w trybie produkcyjnym Systemu Informacji Oświatowej” (nr postępowania ZA.230.4.2023), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 listopada 2023 r. pod nr 00671897-2023.

8 stycznia 2024 r. wykonawca SOFTIQ sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez ponowne wezwanie wykonawcy ASENTIA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Asentia lub Przystępujący) do wyjaśnień oferty w zakresie zaoferowanej stawki za osobogodzinę prac rozwojowych Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji, podczas, gdy wyjaśnienia złożone przez Przystępującego 12 grudnia 2023 r. nie uzasadniały podanej w ofercie ceny i w

konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk,

3. ewentualnie wobec zarzutów nr 1 i 2 - art. 18 ust. 1 - 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Uznk oraz w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu części wyjaśnień złożonych przez Przystępującego 18 grudnia 2023 r., a uznanych przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa,

4. ewentualnie wobec zarzutu nr 3 - art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego

i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty Przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt i jako ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk,

3. ewentualnie wobec punktu 2 - odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu części wyjaśnień złożonych przez Przystępującego 18 grudnia 2023 r., a uznanych przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zarzutów podstawowych odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

8 grudnia 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień ceny oferty wskazując zakres, którym miały zostać objęte te wyjaśnienia.

Zamawiający wprost określił, że jego wątpliwości wzbudziła zaoferowana stawka za osobogodzinę prac rozwojowych Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji i w tym zakresie domagał się wyjaśnień, w tym złożenia dowodów wyliczenia ceny lub kosztu. W dalszej części wezwania Zamawiający wskazał Asentia, że może ona przedstawić kalkulację wykazującą możliwość realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami OPZ w ramach zaoferowanej w tym zakresie ceny czy też inne dowody wskazujące, że cena ta nie jest rażąco niska. Asentia udzieliła odpowiedzi pismem z 12 grudnia 2023 r. Nie sposób było uznać, że wykonawca ten w jakikolwiek sposób zastosował się do treści wezwania Zamawiającego. Asentia nie przedłożyła żadnego dowodu, żadnej kalkulacji, a sama treść wyjaśnień zajmuje (merytorycznie) niecałą stronę A4 pełną ogólników, których nie sposób nazwać konkretnymi wyjaśnieniami.

Wyjaśnienia kluczowej kwestii zaoferowanej stawki Asentia zostały ograniczone do dwóch zdań.

Przystępujący wskazał, że zaoferowana stawka została skalkulowana na podstawie analizy kosztów, jednakże nie zdecydował się, mimo wyraźnego wezwania Zamawiającego, do przedstawienia tej analizy kosztów. Nie opisał także wyjątkowych rozwiązań technicznych pozwalających mu na obniżenie zaoferowanej ceny (nie wspominając o przedstawieniu dowodów w tym zakresie). Nie zdecydował się także na wymienienie i wycenienie wszystkich niezbędnych elementów, takich jak koszty pracy, materiałów, oraz wszelkich innych składników.

Zamawiający wskazał również, że zaoferowana stawka za prace rozwojowe w ramach zamówienia opcjonalnego jest o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej stawek zaoferowanych przez wszystkich wykonawców i 4-krotnie niższa niż stawka zaproponowana przez Przystępującego za prace rozwojowe w ramach zamówienia podstawowego. Asentia odpowiedziała na te wątpliwości w absolutnie absurdalny sposób, wykazując, że średnia stawka za prace rozwojowe w ramach opcji (98,40 zł x 40000h) i w ramach podstawowego zamówienia (405,90 zł x 10000h) wynosi 159,90 zł. W żaden sposób nie uzasadnia to zaoferowanej stawki w ramach zamówienia opcjonalnego i prawidłowości jej skalkulowania.

Mimo tak lakonicznych, ogólnikowych wyjaśnień, które w żaden sposób nie odniosły się do wątpliwości Zamawiającego i nie zawierały żadnych kalkulacji czy innych dowodów, Zamawiający dnia 13 grudnia 2023 r. wezwał Przystępującego do ponownych wyjaśnień.

Sam Zamawiający dostrzegł nierzetelność i liczne braki wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, zwracając na to uwagę w treści ponownego wezwania.

W odpowiedzi na to wezwanie Asentia pismem z 18 grudnia 2023 r. przedstawiła bardziej rozbudowane wyjaśnienia, które zostały także zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa. To na podstawie tych wezwań (częściowo utajnionych wobec pozostałych wykonawców) Zamawiający podjął decyzję o braku rażąco niskiej ceny w ofercie Asentia i wybrał ofertę złożoną przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszą. Ponowne wezwanie Asentia do wyjaśnień było bezpodstawne, a oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona już po udzieleniu pierwszych wyjaśnień. Zamawiający nie może wzywać do ponownych wyjaśnień, gdy pierwsze wykonawca złożył w sposób nierzetelny - lakonicznie, bez

dowodów, nie odpowiadając na wątpliwości zamawiającego i nie wyjaśniając zaoferowanej ceny lub kosztu.

Zarzut nr 2

Zaoferowanie przez Przystępującego za te same rodzajowo prace rozwojowe czterokrotnie wyższej stawki za roboczogodzinę w ramach zamówienia podstawowego od stawki w zamówieniu opcjonalnym stanowił czyn nieuczciwej konkurencji polegający na „przerzucaniu" kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego. W ten sposób wykonawca gwarantuje sobie płatność w przypadku nieuruchomienia przez Zamawiającego prawa opcji. Niweczy to sens opcji, której celem jest możliwość podjęcia przez Zamawiającego decyzji czy chce płacić za dodatkowe usługi ze strony wykonawcy. Kluczowym dla uzasadnienia niniejszego zarzutu jest fakt, że Przystępujący od 2018 roku świadczy na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania w ruchu w trybie produkcyjnym Systemu Informacji Oświatowej, które są przedmiotem niniejszego, cyklicznego, zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę na kształtowanie się stawek oferowanych przez Przystępującego za prace rozwojowe w zamówieniu podstawowym i opcjonalnym z uwzględnieniem ilości godzin opcjonalnych wykorzystanych przez Zamawiającego. Każdorazowo ilość godzin w zamówieniu podstawowym i opcjonalnym była taka sama (odpowiednio 10.000 i 40.000). Stawki te w ofertach Asentia kształtowały się w następujący sposób:

	Całość za prace rozwojowe	Prace rozwojowe w ramach zamówienia podstawowego		Prace rozwojowe w ramach opcji		Wykorzystano osobogodzin w ramach opcji
		Stawka za osobogodzinę	Łącznie kwota	Stawka za osobogodzinę	Łącznie kwota	
CIE-3/2018	7 000 000,00 zł	100,00 zł	1 000 000,00 zł	150,00 zł	6 000 000,00 zł	23 861,50
CIE-33/2020	7 510 000,00 zł	127,00 zł	1 270 000,00 zł	156,00 zł	6 240 000,00 zł	4 822,50
Oferta	7 995 000,00 zł	405,90 zł	4 059 000,00 zł	98,40 zł	3 936 000,00 zł	

W ocenie Odwołującego z powyższego zestawienia wynikało, że kalkulacja na potrzeby zamówienia ze strony Przystępującego zakładała przerzucenie kosztów zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego w celu zagwarantowania sobie płatności w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji:

1. stawka za osobogodzinę w ramach zamówienia podstawowego wynosiła przy pierwszej ofercie 100,00 zł, a w drugiej wzrosła o 27 zł (27%) do kwoty - 127,00 zł; mimo, że Przystępujący zrealizował obie umowy stawka przy ofercie w niniejszym postępowaniu wzrosła o blisko 280 zł (!), czyli o ponad 319% do kwoty 405,90 zł;

2. stawka za osobogodzinę w ramach zamówienia opcjonalnego wynosiła przy pierwszej ofercie 150,00 zł, w drugiej wzrosła o 6 zł (4%) do kwoty 156,00 zł; z kolei w niniejszym postępowaniu stawka została obniżona o 57,60 zł (blisko 40%) do kwoty 98,40 zł;

3. różnice między stawkami w ramach zamówienia podstawowego a opcjonalnego wyniosły przy poprzednich zamówieniach odpowiednio 50% i 22%, a obecnie - ponad 400%;

co istotne - stawka za prace rozwojowe w ramach prawa opcji przy dwóch pierwszych ofertach była wyższa od stawki za prace rozwojowe w ramach zamówienia podstawowego; z kolei w niniejszym postępowaniu stawka za prace rozwojowe w ramach opcji jest ponad 4 razy niższa niż stawka w zamówieniu podstawowym; Asentia więc nie tylko odstąpiła od modelu wyceny oferty, zgodnie z którym stawka za prace rozwojowe w ramach opcji była wyższa od stawki za prace w ramach

zamówienia podstawowego, ale drastycznie zróżnicowała te stawki;

4. całościowe kwoty za prace rozwojowe w ramach zamówienia podstawowego przy dwóch pierwszych ofertach wyniosły odpowiednio 1.000.000,00 zł i 1.270.000,00 zł, a w niniejszym postępowaniu - 4.059.000,00 zł; z kolei dla zamówienia

opcjonalnego - 6.000.000,00 zł i 6.240.000,00 zł w dwóch pierwszych zamówieniach i obecnie - 3.936.000,00 zł; podkreślenia wymaga, że całościowa kwota za prace rozwojowe

w ofercie Asentia nie ulegała wielkiej zmianie (odpowiednio zmiany o niecałe 10% między 2018 rokiem a 2020 rokiem oraz między 2020 rokiem a ofertą w niniejszym postępowaniu), podobnie zresztą jak całościowa kwota za usługę utrzymania systemu, jak i całościowa cena oferty; drastycznej zmianie uległ jedynie rozkład kwoty przeznaczonej na zamówienie podstawowe i opcjonalne; ponadto należy zaznaczyć, że w różnych proporcjach, ale wzrostowi (co naturalne ze względu na m.in. inflację) ulegają wszystkie kwoty (całościowa wartość oferty, wartość prac rozwojowych, stawka prac rozwojowych w ramach zamówienia podstawowego - drastycznie zawyżona)

z wyjątkiem stawki prac rozwojowych w ramach zamówienia opcjonalnego, którą Asentia w niewyjaśniony sposób obniżyła o kilkadziesiąt procent;

5. co najważniejsze - przy realizacji pierwszego zamówienia Zamawiający skorzystał z 23.861,5 godzin prac rozwojowych w ramach prawa opcji, czyli blisko 60% godzin przewidzianych dla prawa opcji, co przełożyło się na

przychód w wysokości ponad 3,5 mln zł; z kolei przy realizacji drugiego zamówienia Zamawiający skorzystał jedynie z 4.822,5 godzin prac rozwojowych, czyli 12%, co przełożyło się na przychód w wysokości nieco ponad 750 tys. zł. Łączny przychód z prac rozwojowych (razem dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego) wyniósł odpowiednio dla Przystępującego ponad 4,5 mln zł i niecałe 2 mln zł. Ten spadek wykorzystanych przez Zamawiającego godzin prac rozwojowych w ramach prawa opcji i w konsekwencji - zmniejszony przychód Przystępującego, skłoniła tego wykonawcę do przerzucenia kosztów zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego w kalkulacji niniejszej oferty, tak by zagwarantować sobie wyższy przychód w przypadku, gdyby Zamawiający nie uruchomił opcji lub skorzystał z niej ponownie w niewielkim zakresie. Gdyby Zamawiający ponownie skorzystał z 4.822,5 godzin prac rozwojowych

w ramach prawa opcji to przychód Przystępującego z niniejszym sposobem kalkulacji oferty, zakładającym przerzucenie kosztów, wyniósłby zamiast niecałych 2 mln zł -ponad 4,5 mln zł. Asentia uzyskałaby ten sam przychód co przy realizacji pierwszego zamówienia, mimo 5-krotnie mniejszej liczby wypracowanych godzin w ramach prawa

opcji. Nawet w przypadku, gdyby Zamawiający w ogóle nie skorzystał z prawa opcji, to byłoby to dla Przystępującego korzystniejsze finansowo niż realizacja poprzedniej umowy ze stawkami, w których nie dokonano przerzucenia kosztów.

Wskazane przez Przystępującego w wyjaśnieniach z 18 grudnia 2023 r. argumenty, które mają tłumaczyć wyższą stawkę za prace rozwojowe w zamówieniu podstawowym nie zasługują na uznanie, a z pewnością nie tłumaczą czterokrotnej różnicy między zaoferowanymi stawkami za prace rozwojowe w zależności od tego czy są realizowane w ramach zamówienia podstawowego czy opcjonalnego. Przystępujący realizuje niniejszą usługę dla Zamawiającego od 2018 roku i system jest mu bardzo dobrze znany.

Na uznanie nie zasługuje także podniesiony argument z możliwością konieczności zatrudnienia czasowego lub stałego nowego personelu, co Asentia wskazała jako potencjalne ryzyko wpływające koniecznością zwiększenia stawki za roboczogodzinę w zamówieniu podstawowym.

Niezasadnym był także argument związany z obciążeniem personelu w początkowej fazie realizacji usługi, które miało wpłynąć na tak drastyczne zróżnicowanie stawek za prace rozwojowe w zamówieniu podstawowym i opcjonalnym.

29 stycznia 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:

Zarzut nr 1

Przedmiotem postępowania jest utrzymanie i rozwój opisanego wyżej Systemu Informacji Oświatowej wchodzącego w skład krytycznej infrastruktury państwa. Na całkowita cenę oferty składają się trzy elementy:

1. koszt utrzymania systemu - ryczałtowa stawka miesięczna x 36 miesięcy;

2. koszt prac rozwojowych w ramach zamówienia podstawowego - 10000 osobogodzin x stawka za osobogodzinę;

3. koszt prac rozwojowych w ramach prawa opcji - 40000 osobogodzin x stawka za osobogodzinę;

Na etapie oceny ofert Zamawiający dostrzegł, że stawki zaoferowane przez Przystępującego

za osobogodzinę prac rozwojowych w ramach zamówienia podstawowego oraz w ramach prawa opcji są znacząco różne tj. stawka za osobogodzinę w ramach zamówienia podstawowego jest 4 razy wyższa niż stawka w ramach prawa opcji - w ramach zmówienia podstawowego wynosi 405,90 brutto, a ramach opcji 98,40 brutto, co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego. Stawka zaoferowana przez Przystępującego w ramach prawa opcji (98,40 zł brutto) była też niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej stawek zaoferowanych w ramach prawa opcji przez wszystkich Wykonawców (134,16 zł brutto), co skutkowało obowiązkiem wystosowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 224 Pzp.

Wezwanie Zamawiającego w przeważającej mierze było odzwierciedleniem przepisów ustawy.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył w wezwaniu swoje wątpliwości co do stawki w ramach prawa opcji.

W odpowiedzi pismem z 12 grudnia 2023 r. Przystępujący oświadczył, m.in. że nie może się zgodzić, że jego oferta jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej stawek zaoferowanych przez wszystkich Wykonawców i zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść odpowiedzi Przystępującego wskazywała, że wezwanie z 8 grudnia 2023 r. zostało odczytane przez niego jako dotyczące cen wszystkich prac rozwojowych będących przedmiotem zamówienia. Przystępujący wypowiedział się w zakresie stawek za prace rozwojowe zarówno w zamówieniu podstawowym, jak i w opcji w porównaniu z tymi stawkami zaoferowanymi przez innych wykonawców.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Wykonawcy Zamawiający przeanalizował treść swojego wezwania z 8.12 i uznał, że treść wezwania mogła być zinterpretowana dwuznacznie: Przystępujący mógł ją odczytać w ten sposób, że Zamawiający żąda wyjaśnień stawki w ramach prac rozwojowych w prawie opcji w odniesieniu do innych stawek za prace rozwojowe zarówno w jego ofercie, jak i pozostałych ofertach. Jednocześnie zważywszy na doświadczenie Przystępującego w realizacji zamówienia oraz treść jego wyjaśnień z 12 grudnia 2023 r. Zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić, stawka zaproponowana przez Przystępującego za prace rozwojowe w ramach prawa opcji jest rażąco niska. W takim wypadku w ocenie Zamawiającego brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

Zamawiający był świadomy, że Przystępujący mógł większość zysku skalkulować w ramach zamówienia podstawowego, które jest pewne, dlatego też chciał się upewnić, ze ta stawka zaproponowana za prace rozwojowe w ramach opcji zawiera wszystkie koszty w tym minimalny zysk.

Przystępujący od roku 2018 świadczy na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania i rozwoju SIO. Przystępujący prawidłowo realizuje powierzone mu zadania. W okresie współpracy nie

zostały nałożone na Przystępującego żadne kary umowne.

Aby pozyskać informacje niezbędne do rzetelnej oceny oferty Przystępującego Zamawiający pismem z 13 grudnia 2023 r. doprecyzował swoje wezwanie z 8 grudnia 2023r., które okazało się dla Przystępującego niejasne. Konieczne stało się konkretne wskazanie, że nie cała oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę i budzi wątpliwości Zamawiającego a tylko stawka za prace rozwojowe w ramach prawa opcji.

Zarzut nr 2

Zamawiający z uwagi na planowane przez MEN zmiany w SIO planuje wykorzystać w toku realizacji umowy zawartej w wyniku postepowania pełen zakres godzin rozwojowych w ramach prawa opcji.

Zgodnie z normalnym rozkładem ciężaru dowodowego wynikającym z art. 534 ust. 1 Pzp to Odwołujący musi wykazać, że działania Przystępującego stanowią manipulację cenową w rozumieniu Uznk, któremu to obowiązkowi Odwołujący nie sprostał. Odwołujący nie wskazał nawet, który z czynów wymienionych w Uznk jest zarzucany .

Odwołujący hipotezami próbował zastąpić dowody, którymi powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych sprawy zaistniały przesłanki pozwalające na zakwalifikowanie działania Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniu Odwołującego celem prawa opcji nie była możliwość podjęcia przez Zamawiającego decyzji, czy chce płacić za dodatkowe usługi ze strony wykonawcy, a zapewnienie sobie przez Zamawiającego możliwości nabycia tych usług w przypadku pojawienia się potrzeb po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 Uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

SWZ nie nakładała na wykonawcę ograniczenia w zakresie kształtowania czy też metodologii kształtowania cen. Każdy w wykonawców swobodnie decydował o kształcie swojej oferty.

W ocenie Zamawiającego działanie Przystępującego nie było niezgodne z prawem lub też dobrymi obyczajami, nie zagrażało też i nie narusza interesu innego przedsiębiorcy. Każdy z oferentów miał pełną dowolność w kształtowania oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust.

1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie w zakresie zarzutów podstawowych, tj. zarzutu nr 1 i 2 odwołania. W konsekwencji, zarzuty nr 3 i 4 jako zarzuty ewentualne, podniesione na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podstawowych nie były przedmiotem rozpoznania.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami, oferty Przystępującego oraz korespondencji Zamawiającego z Przystępującym w zakresie dotyczącym wyjaśnień ceny oferty tego wykonawcy,

2. dowodów złożonych przez Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego wraz z pismami procesowymi oraz w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi utrzymania w ruchu w trybie produkcyjnym Systemu Informacji Oświatowej. Przedmiot zamówienia obejmuje również aktualizację, rozwój i rozbudowę powyższego Systemu.

We wzorze formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ) zamawiający określił następujący sposób określenia ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

„Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę netto: … zł (słownie złotych:…), powiększoną o podatek VAT w wysokości … , co w wyniku daje cenę brutto … zł (słownie złotych …), w ramach tej wartości zawiera się:

a) Świadczenie usługi utrzymania Systemu Informacji Oświatowej w trybie produkcyjnym:

łącznie kwota: … zł brutto (słownie: …) tj. 36 miesięcy x … zł brutto miesięcznie;

b) prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach zamówienia podstawowego, w wymiarze maksymalnym 10 000 osobogodzin, łącznie kwota … zł brutto (słownie: …), tj. 10 000 osobogodzin x … zł brutto

c) Prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji w wymiarze maksymalnym 40 000 osobogodzin, łącznie kwota … zł brutto (słownie: …), tj. 40 000 osobogodzin x … zł brutto".

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

1. Oferta Przystępującego:

Cena: 15 035 520,00 zł w tym:

a) Świadczenie usługi utrzymania Systemu Informacji Oświatowej w trybie produkcyjnym: 7 040 520,00 zł

b) prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach zamówienia podstawowego w wymiarze maksymalnym 10 000 osobogodzin x 405,90 zł = 4 059 000,00 zł.

c) Prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji w wymiarze maksymalnym 40 000 osobogodzin x 98,40 zł = 3 936 000,00 zł

2. Oferta Odwołującego:

Cena: 15 474 280,00 zł w tym:

a) Świadczenie usługi utrzymania Systemu Informacji Oświatowej w trybie produkcyjnym: 7 649 280,00 zł

b) prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach zamówienia podstawowego w wymiarze maksymalnym 10 000 osobogodzin x 156,50 zł = 1 565 000,00 zł

c) Prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji w wymiarze maksymalnym 40 000 osobogodzin x156,50 zł = 6 260 000,00 zł

3. AXIANS IT Services Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Cena: 16 924 800,00 zł w tym:

a) Świadczenie usługi utrzymania Systemu Informacji Oświatowej w trybie produkcyjnym: 9 298 800,00 zł

b) prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach zamówienia

podstawowego w wymiarze maksymalnym 10 000 x 172,20 zł = 1 722 000,00 zł

c) Prace rozwojowe Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji

w wymiarze maksymalnym 40 000 x 147,60 zł = 5 904 000,00 zł.

8 grudnia 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień ceny oferty. W wezwaniu tym wskazał m. in.:

„Wykonawca w pkt. 4 lit c) formularza ofertowego wpisał stawkę w wysokości 98,40 zł brutto/osobogodzinę. Jest to stawka, która budzi wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Stawka zaproponowana przez Wykonawcę jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej stawek zaoferowanych przez wszystkich Wykonawców, w ramach prac rozwojowych Systemu Informacji Oświatowej, w ramach prawa opcji. Jednocześnie stawka

ta jest 4 razy niższa niż stawka zaproponowana przez Wykonawcę w ramach zamówienia podstawowego".

W odpowiedzi z 12 grudnia 2023 r. Przystępujący wskazał:

„Stawka godzinowa: Wyjaśniamy, że stawka godzinowa w wysokości 98,40 zł brutto/osobogodzinę, którą podaliśmy w formularzu ofertowym, została skalkulowana na podstawie analizy kosztów, z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na koszty świadczenia usługi w ramach prac rozwojowych, zarówno naszej zdolności do efektywnego zarządzania procesem produkcji oraz zastosowania wyjątkowych rozwiązań technicznych. Pragnę podkreślić, że

przyjęta stawka uwzględnia wszystkie niezbędne elementy, takie jak koszty pracy, materiałów, oraz wszelkich innych składników.

Porównanie z innymi ofertami: Zdajemy sobie sprawę, że zaproponowana stawka w ramach prawa opcji (w wymiarze maksymalnym 40 000 osobogodzin) różni się istotnie od innych ofert, jednak chcielibyśmy zwrócić uwagę, że różnice te wynikają z uśrednienia stawek wynikających z prac rozwojowych opisanych w pkt. 3.3 SWZ oraz prawa opcji opisanych w pkt. 3.4 SWZ. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z pkt. 3.4.1. SWZ, prace rozwojowe w ramach prawa opcji (w wymiarze maksymalnym 40 000 osobogodzin) mogą być realizowane

wyłącznie

po wykorzystaniu maksymalnej prognozowanej liczby godzin, o której mowa w pkt. 3.3 SWZ (w wymiarze maksymalnym 10 000 osobogodzin). Przygotowując kalkulację naszej oferty, przyjęliśmy dokładnie takie założenie, w związku z czym kalkulacja wygląda następująco: Prace rozwojowe opisane w pkt. 3.3 SWZ – 10000 osobogodzin x 405,90 zł = 4 059 000,00 zł

Prace rozwojowe opisane w pkt. 3.4 SWZ – 40000 osobogodzin x 98,40 zł = 3 936 000,00 zł Zatem średnia cena osobogodziny prac rozwojowych (w szacowanym wymiarze maksymalnym 50 000 osobogodzin) wynosi 159,90 zł Brutto.

Po przeanalizowaniu wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, kalkulacja (w szacowanym wymiarze maksymalnym 50 000 osobogodzin) wygląda następująco: ASENTIA – średnia cena osobogodziny prac rozwojowych - 159,90 zł Brutto.

SOFTIQ – średnia cena osobogodziny prac rozwojowych - 156,50 zł Brutto.

AXIANS – średnia cena osobogodziny prac rozwojowych - 152,52 zł Brutto.

Zważywszy na powyższe wyliczenia nie możemy się zgodzić, że nasza oferta jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej stawek zaoferowanych przez wszystkich

Wykonawców oraz, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia".

13 grudnia 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień i wskazał w nim:

„W związku z faktem, że Wykonawca w ofercie zaproponował w ramach zamówienia podstawowego stawkę za osobogodzinę w wysokości 405,90 brutto, natomiast za osobogodzinę w ramach prawa opcji stawkę w wysokości 98,40 zł brutto w dniu 8.12. br. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zaproponowanej ceny w zakresie stawki jaką Wykonawca zaoferował za osobogodzinę prac rozwojowych Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji.

Wykonawca wyjaśnił, że na koszt świadczenia usługi w ramach prac rozwojowych wpływa m.in. zastosowanie wyjątkowych rozwiązań technicznych oraz zdolność do efektywnego zarządzania procesem produkcji. Jednocześnie Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów ani kalkulacji na potwierdzenie złożonych wyjaśnień.

Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił, że przyjął założenie, że prace rozwojowe w ramach prawa opcji mogą być realizowane wyłącznie po wykorzystaniu maksymalnej prognozowanej liczby godzin w ramach zamówienia podstawowego. Wykonawca obliczył, że średnia cena osobogodziny przy wykorzystaniu wszystkich prognozowanych osobogodzin w ramach zamówienia podstawowego oraz z ramach prawa opcji wynosi 159,90 zł. brutto. Na

podobnym poziomie są średnie arytmetyczne stawki za osobogodzinę w ofertach innych Wykonawców.

Wykonawca zaznaczył, że zważywszy na powyższe jego oferta nie jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej stawek zaoferowanych przez innych Wykonawców oraz, że nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w dniu 8.12 br. wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie stawki jaką Wykonawca zaoferował za osobogodzinę prac rozwojowych Systemu Informacji Oświatowej w ramach prawa opcji albowiem stawka zaproponowana przez Wykonawcę jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej stawek zaoferowanych przez wszystkich Wykonawców, w ramach prac rozwojowych Systemu Informacji Oświatowej, w ramach prawa opcji.

Wymóg badania przez Zamawiającego składowej części oferty (pod kątem rażąco niskiej ceny) a nie tylko jej całkowitej wartości, został ugruntowany w orzecznictwie KIO. Obowiązkiem Zamawiającego jest wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę.

Zamawiający nie twierdzi, że oferta Wykonawcy jako całość jest rażąco niska. Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wysokości stawki za osobogodzinę prac rozwojowych w ramach prawa opcji jako istotnego elementu oferty, który wpłynął na cenę oferty. Zamawiający dostrzega niebezpieczeństwo, że w przypadku nieuruchomienia prawa opcji Zamawiający poniesie nieuzasadnione dodatkowe koszty, których wartość została uwzględniona w podstawowym zakresie zamówienia".

18 grudnia 2023 r. Przystępujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie, przy czym jej treść w zakresie odnoszącym się do pytań Zamawiającego została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący w wyjaśnieniach podał elementy

składowe stawki za osobogodzinę prac rozwojowych w ramach prawa opcji. Ponadto w podstawowy sposób wskazał na przyczyny kalkulacji tej stawki na określonym poziomie. Do wyjaśnień nie zostały załączone żadne dowody.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że zarzut nr 1 odwołania potwierdził się. Z samej treści drugiego wezwania do wyjaśnień jasno wynika, że Zamawiający miał świadomość tego, że pierwsze wyjaśnienia nie stanowiły faktycznej odpowiedzi na zadane Przystępującemu pytania. W konsekwencji Zamawiający nie powinien kierować do Przystępującego ponownego wezwania, tylko zastosować art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym 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. Zgodnie z przytoczonym przepisem sytuacja wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień została zrównana co do skutków z sytuacją wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Wobec

niewyjaśnienia stawki za osobogodzinę w ramach prawa opcji w odpowiedzi na wezwanie z 8 grudnia 2023 r. Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Uwzględniając zarzut nr 2 Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

1. Przystępujący był dotychczasowym wykonawcą przedmiotu zamówienia i twórcą systemu,

2. Zamawiający ani razu nie wykorzystał pełnego zakresu prawa opcji w poprzednich, analogicznych do obecnego, zamówieniach (około 60% godzin przewidzianych dla prawa opcji w pierwszym zamówieniu, około 12% w drugim).

Powyższe okoliczności były niesporne między stronami. Ponadto:

3. Przystępujący w ramach pierwszych wyjaśnień ceny oferty nie wyjaśnił przyczyn istotnej różnicy między stawką za osobogodzinę w ramach zadania podstawowego oraz prawa opcji,

4. Przystępujący w drugich wyjaśnieniach, z 18 grudnia 2023 r., wyjaśnił przyczyny przyjęcia stawki 98,40 zł za osobogodzinę w ramach prawa opcji, przy czym wyjaśnienie to miało charakter pobieżny i nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami – okoliczność ta została przez Izbą ustalona po przeprowadzeniu dowodu z utajnionej części wyjaśnień z 18 grudnia 2023 r.,

5. W postępowaniu odwoławczym Przystępujący nie wyjaśnił w sposób wiarygodny przyczyn istotnej różnicy między stawką za osobogodzinę w ramach zadania podstawowego oraz prawa opcji – dowody złożone przez Przystępującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron zostały uznane przez Izbę za nieprzydatne do wykazania zasadności i racjonalnego charakteru tej różnicy.

6. Izba wobec powyższych ustaleń uznała również za wiarygodny dowód złożony przez Odwołującego – tabelaryczną kalkulację służącą wykazaniu rzeczywistej ceny oferty Przystępującego w zależności od poziomu wykorzystania przez Zamawiającego prawa opcji:

Cena za zamówienie podstawowe			
		ASENTIA sp. z o.o.	SOFTIQ sp. z o.o.
cena za usługę utrzymania (zł brutto)		7 040 520,00 zł	7 649 280,00 zł
	cena za prace rozwojowe w ramach zamówienia podstawowego (zł brutto)	4 059 000,00 zł	1 565 000,00 zł
	łączna cena za zamówienie podstawowe	11 099 520,00 zł	9 214 280,00 zł
Łączna cena oferty (zamówienie podstawowe i opcjonalne) w zależności od wykorzystanych osobogodzin w ramach prawa opcji			
		ASENTIA sp. z o.o.	SOFTIQ sp. z o.o.
	Stawka za osobogodzinę (zł brutto) w ramach prawa opcji	98,40 zł	156,50 zł
Liczba wykorzystanych osobogodzin:	Liczba wykorzystanych osobogodzin (%):		
0	0,00%	11 099 520,00 zł	9 214 280,00 zł
4822,5	12,06%	11 574 054,00 zł	9 969 001,25 zł
10000	25,00%	12 083 520,00 zł	10 779 280,00 zł
20000	50,00%	13 067 520,00 zł	12 344 280,00 zł

23861,5	59,65%	13 447 491,60 zł	12 948 604,75 zł
30000	75,00%	14 051 520,00 zł	13 909 280,00 zł
32448,1928	81,12%	14 292 422,17 zł	14 292 422,17 zł
40000	100,00%	15 035 520,00 zł	15 474 280,00 zł

„WYJAŚNIENIE :

4822,5 - liczba osobogodzin wykorzystanych przez Zamawiającego w ramach prawa opcji przy zamówieniu z 2020 roku

23861,5 - liczba osobogodzin wykorzystanych przez Zamawiającego w ramach prawa opcji przy zamówieniu z 2018 roku".

Z powyższej kalkulacji wynika, że dopiero gdy Zamawiający wykorzysta powyżej 81,12% osobogodzin w ramach prawa opcji, oferta Przystępującego będzie faktycznie korzystniejsza cenowo od oferty Odwołującego.

Wobec ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że zaoferowanie przez Przystępującego za te same rodzajowo prace rozwojowe czterokrotnie wyższej stawki za osobogodzinę w ramach zamówienia podstawowego od stawki w zamówieniu opcjonalnym stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przerzuceniu kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego. Ponadto, przez wykorzystanie wiedzy o rzeczywistym, dotychczasowym poziomie wykorzystania przez Zamawiającego zakresu prawa opcji,

Przystępujący złożył ofertę w rzeczywistości potencjalnie droższą od oferty Odwołującego, mimo, że cena całkowita oferty Odwołującego była wyższa.

Izba uznała, że Przystępujący dysponował wiedzą, która pozwoliła mu na takie skonstruowanie swojej oferty, by z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, że zaoferowanie za prace rozwojowe czterokrotnie wyższej stawki za osobogodzinę w ramach zamówienia podstawowego od stawki w zamówieniu opcjonalnym zapewni mu dodatkowy zysk. O ile działanie takie mieściło się w ramach przepisów prawa, o tyle wypełniło przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji określone w rat. 3 ust. 1 Uznk: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby działanie Przystępującego było sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszało interes Zamawiającego oraz Odwołującego – oferta Przystępującego byłaby rzeczywiście tańsza od kolejnej w klasyfikacji oferty Odwołującego dopiero powyżej 81,12% realizacji prawa opcji, a w dotychczasowej realizacji analogicznych zamówień taka sytuacja nie wystąpiła.

W konsekwencji oferta Przystępującego podlegała wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący …….....