

WYROK

Warszawa, dnia 3 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o., Aspello sp. z o.o., ul. Twarda 18; 00-105 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5; 02-591 Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A; 31-864 Kraków, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Helica sp. z o.o., ul. Raszyńska 25, 02-033 Warszawa, NOMA Solutions M.N., ul. Zduńska 50 A; 99-400 Łowicz,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o., Aspello sp. z o.o., ul. Twarda 18; 00-105 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o., Aspello sp. z o.o., ul. Twarda 18; 00-105 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

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 2118/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Przebudowa aplikacji Systemu Informatycznego Rejestrów (SIR) wraz z migracją danych oraz dostarczenie nowej infrastruktury”*.

17 czerwca 2024 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o., Aspello sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum firm: Helica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, M.N. Norma Solutions z siedzibą w Łowiczu, dalej łącznie jako „Wykonawca”,
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę w trybie art. 224 ustawy,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie obalają domniemania, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,
- 4) uznaniu, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie wezwania go do uzupełnienia Wykazu usług oraz dokumentów poświadczających ich należyte wykonanie dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 p.z.p. poprzez wybranie najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, pomimo, iż oferta ta powinna zostać odrzucona,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 p.z.p.,
3. art. 128 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia tego wykonawcy,
4. art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwego traktowania

wykonawców w związku z naruszenie w/w przepisów Ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
- 2) odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., a w przypadku braku uznania zarzutu odwołującego w tym zakresie, wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego stanowiącego koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wniósł ponadto o merytoryczne rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania będącej w posiadaniu zamawiającego na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, a także dowodów załączonych do odwołania na okoliczności ich treści oraz na okoliczności wskazane

w odwołaniu:

- dokumentacji postępowania na Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu FK SZOGUN w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, numer postępowania: UD-IVWZP.271.62.2021.ACZ,
- dokumentacji postępowania na Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu FK SZOGUN użytkowanego w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy, Numer postępowania UD-IVWZP.271.60.2022.DKO,
- dokumentacji postępowania na Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu FK SZOGUN użytkowanego w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy, Numer postępowania UD-IVWZP.271.42.2023.ACZ.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, gdyż oferta odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej została uplasowana na 2 pozycji rankingowej, za ofertą Wykonawcy, która to oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, powinna zostać odrzucona. W wyniku niezgodnych z ustawą czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym. W obu wariantach – zarówno w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy lub wyłącznie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z jednoczesnym wezwaniem Wykonawcy do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie doświadczenia, odwołujący uzyskuje możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

RAŻĄCO NISKA CENA

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w dniu 17.01.2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w ofercie. Zamawiający wskazał, że w związku z tym, że zaoferowana cena całkowita brutto oferty Wykonawcy

w kwocie 1 711 550,00 zł jest niższa o 42.95% od wartości zamówienia powiększonej

o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny całkowitej brutto,

w tym cen brutto wskazanych w Formularzu oferty w tabeli nr 2 i nr 3. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę winny jednoznacznie potwierdzać, iż zaoferowana cena całkowita brutto, uwzględnia koszty przedmiotu zamówienia określonego w § 1 projektu umowy i będą realizowane zgodnie z jej treścią.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie RNC pismem z dnia 21.05.2024 r. Do wyjaśnień załączył jedynie 4 zanonimizowane faktury oraz ofertę na dostawę Load Balancer oraz żadnych innych dowodów, które by wykazywały, że wyjaśnienia RNC Wykonawcy nie są gołosłowne i które by je potwierdzały.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonując oceny oferty Wykonawcy dopuścił się naruszenia przepisów Ustawy wskazanych w zarzutach odwołania poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy z ich treści wynika, że oferta tego Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską i powinna zostać odrzucona.

Wyjaśnienia Wykonawcy w żaden sposób nie spełniają wymogów ustawowych. Są krótkie, mają charakter ogólny, lakoniczny, nie są potwierdzone dowodami, wskazują jednocześnie na to, że Wykonawca niewłaściwie oszacował swoją pracę w stosunku do wielkości zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawcy powinny być odrzucone już z tego względu, że Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, ani przedstawionymi wyjaśnieniami ani dowodami, że jest w stanie

zrealizować przedmiotowe zamówienie za tak niską kwotę.

Zdaniem odwołującego, Wykonawca niewłaściwie oszacował wielkość zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zarzucić, że Wykonawca w rażąco sposób zaniżył ilość roboczogodzin poszczególnych prac, nie przedstawiając żadnych dowodów, że jest jakkolwiek realna możliwość by je wykonać w tak krótkim czasie.

Wyjaśnienia wykonawców muszą wykazywać, że cena wykonawcy jest realna do wykonania przedmiotu zamówienia. W tym przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie sprostął temu obowiązkowi, a zaoferowana przez niego cena jest aż o 42,95 % niższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający natomiast był zobowiązany ją odrzucić, gdyż przedłożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie Wykonawcy ceny. Jak wskazuje Komentarz do ustawy Pzp – UZP pod red. H. Nowaka Warszawa 2021 *Ź wykładni językowej pojęcia „rażący” wynika, że w przepisie tym jest mowa o przypadkach oczywistych, wyraźnych, bezspornych, niewątpliwych, „rzucających się w oczy” zaniżenia ceny lub kosztu. W świetle orzecznictwa rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych*. Podobnie wciąż aktualne orzecznictwo KIO odnośnie celu procedury wyjaśniającej rażąco niską cenę oferty dla zamawiającego – przykładowo sygn. akt KIO 1211/21, wyrok z 1 czerwca 2021 r., wyrok z 25 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1257/21, wyrok z 4 sierpnia 2011 r., KIO 1562/11, wyrok z 19 września 2023 r., sygn. akt KIO 2612/23.

Odwołujący przede wszystkim kwestionuje wartość podaną przez Wykonawcę w wyjaśnieniach RNC w zakresie kosztu netto realizacji prac programistycznych, wdrożenia i migracji danych: 177 600,00 zł – jest to kwota rażąco niska, co stanowi zaledwie 13% ceny oferty netto Wykonawcy. Jest to nierealna kwota za realizację tego zakresu zadań.

W tabeli w podsumowaniu wyjaśnień RNC Wykonawca wskazał: *„Opracowanie, wdrożenie, migracja systemu informatycznego - 177 600,00 zł”*.

Dla porównania, jak twierdzi Wykonawca, samą migrację modułów systemu FK SZOGUN dla innego zamawiającego, Wykonawca rzekomo wykonał za 500 000 zł, przy wartości umowy 984 000,00 zł (szerzej na ten temat części odwołania dotyczącego wykazu usług i referencji). Tymczasem w niniejszym postępowaniu, przy oferowanej cenie 1 711 550 zł za całość, Wykonawca głośno twierdzi, że jest w stanie opracować, wdrożyć i dokonać migracji systemu informatycznego za jedynie 177 600 zł. W zakresie więc 177 600,00 zł Wykonawca musiał również ująć koszty przebudowy i zaprojektowania Systemu.

Odwołujący zarzuca, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę za wykonanie zakresu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 i § 1 ust. 3 Umowy jest rażąco niska.

Poniżej zestawienie cen ofert zgodnie z tabelą nr 2 formularza oferty, za wykonanie kluczowego elementu systemu tj. § 1 ust. 1 pkt 1 i § 1 ust. 3 Umowy dla wszystkich oferentów:

COMARCH POLSKA S.A. - 1 743 793,32 zł

Konsorcjum firm Helica sp. z o.o. i NOMA Solutions M.N. - 847 910,00 zł

Konsorcjum firm - Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. i Aspello Sp. z o.o. - 1.975.380,00 zł

Zestawienie to obrazuje w sposób jednoznaczny, że cena zaoferowana przez konsorcjum firm Helica sp. z o.o. i Noma Solutions M.N. znacznie odbiega od pozostałych cen innych oferentów. Zakres prac, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 i § 1 ust. 3 Umowy (wykonanie przebudowy systemu informatycznego pn. „System Informatyczny Rejestrów (SIR)”, zwanego dalej: „SIR” lub „Systemem”, polegającej na: zaprojektowaniu, budowie, dostawie infrastruktury i wdrożeniu wraz z migracją danych;) jest główną i kluczową częścią zamówienia.

Należy zwrócić uwagę na wymagania zamawiającego dotyczące warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadania doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, określonych w punkcie 9.1.1 a, b i c oraz na kwoty poszczególnych usług.

Wartość samych usług bez dostawy sprzętu to koszt 1 500 000 zł. Zamawiający warunki te ustalił uwzględniając wymagania OPZ w zakresie przedmiotowego zamówienia i ich szacowaną wartość. Budzi więc zdziwienie, że zamawiający dał wiarę Wykonawcy,

że zaproponowana przez niego cena w ofercie nie jest rażąco niska, mimo, iż w wyjaśnieniach RNC wycenił stworzenie systemu, wdrożenie i migrację systemu na jedynie 177 600 zł netto.

Konsorcjum firm Helica sp. z o.o. i Noma Solutions M.N. wskazują w wyjaśnieniach RNC, że za 177 600,00 zł netto, tj. 218 448,00 zł brutto wykonają Opracowanie, wdrożenie, migracja systemu informatycznego, czyli główną część zamówienia.

Wszyscy Wykonawcy zaproponowali ten sam sprzęt, więc można przyjąć, że koszty zakupu i instalacji sprzętu są zbliżone, co potwierdzają też wyceny tego sprzętu posiadane przez odwołującego. W zakresie więc dostawy sprzętu odwołujący nie kwestionuje jego wartości przedstawionej w wyjaśnieniach RNC przez Wykonawcę. Jednakże, po odliczeniu kosztów zakupu i instalacji sprzętu wykonanie zakresu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 i § 1 ust. 3

Umowy kształtuje się następująco wobec poszczególnych oferentów:

COMARCH POLSKA S.A. - 1 263 000,00 zł brutto

Konsorcjum firm Helica sp. z o.o. i NOMA Solutions M.N. - 218 448,00 zł brutto

Konsorcjum firm - Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. i Aspello Sp. z o.o. - 1.495.000,00 zł brutto

Reasumując - Konsorcjum firm Helica sp. z o.o. i Noma Solutions M.N. główną część zamówienia chce wykonać za mniej niż 20% niż pozostali oferenci. Wycena szczegółowa czasu na realizację przedstawiona przez Wykonawcę w wyjaśnieniach RNC jest nierzetelna, nierealna i zawiera m.in. następujące braki:

- w 1 miesiącu pracy na analizę systemu, analizę bieżącej bazy danych, przygotowanie dokumentacji migracji Wykonawca założył jedynie 10 dni pracy architekta. Odwołujący wskazuje, że realna wartość to minimum 20-30 dni pracy architekta.

- w 1 miesiącu pracy na analizę systemu, analizę bieżącej bazy danych, przygotowanie dokumentacji migracji, Wykonawca całkowicie pominął pracę analityka, co więcej, przerzucił wykonanie analizy na architekta. Zamawiający w pkt 9 pkt 1.2. a) SWZ w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym wymagał skierowania do realizacji zamówienia analityka posiadającego co najmniej 5-letnie doświadczenie w projektowaniu i budowie systemów informatycznych opartych na bazach danych. Na prace analityczne należy liczyć minimum 20 dni pracy. Analityk i architekt są to dwie różne funkcje/stanowiska. Nie można zastąpić analityka architektem. Jest to niezgodne z SWZ. Wykonawca planuje zrealizować 1 programistą frontend i jednym programistą backend cały projekt, tj. 50 dni każdy. Z szacunków odwołującego wynika, że potrzeba do realizacji minimum 3 programistów w pełnym wymiarze czasu pracy, czyli jako totalne minimum to około 150 dni pracy programistów. Co więcej, zamawiający w pkt 9 pkt 1.2. b) SWZ wskazał „Programista – min 3 osoby posiadające co najmniej 5-letnie doświadczenie w projektowaniu i wdrożeniu systemów informatycznych opartych na bazach danych - 3 osoby”. Brak trzeciego programisty jest niezgodny z SWZ.

- w ramach 4 miesiąca - zakończenie programowania, migracja danych, uruchomienie produkcyjne, Wykonawca zupełnie pominął czas na migrację danych. Z wieloletniego doświadczenia Aspello sp. z o.o. migracja zawsze generuje różne problemy i jest to bardzo czasochłonny proces, który wymaga wielu testów.

- w ramach realizacji systemu (4 miesiąc) Wykonawca całkowicie pominął czas na wykonanie dokumentacji projektowej. Zgodnie z OPZ zamawiający postawił bardzo duże wymagania dotyczące dokumentacji powykonawczej, scenariuszy testowych, planu testów itp. Wymagania WD.01 - WD.08. Jedynie w pierwszym miesiącu Wykonawca przewidział czas na "przygotowanie dokumentacji migracji", w ramach czasu pracy architekta.

Wykonawca w wyjaśnieniach RNC stawia tezy, które w żaden sposób nie mają pokrycia w dowodach (brak dowodów w tym zakresie) lub są tożsame dla wszystkich oferentów, więc nie powodują obniżenia kosztów.

„Wybrane rozwiązania techniczne oraz wyjątkowo korzystne warunki dostępne dla Wykonawcy. Cena realizacji prac programistycznych została skalkulowana na podstawie doświadczenia Wykonawcy w realizacji zadań o podobnej złożoności oraz znajomości kosztów zbliżonych projektów, realizowanych u zamawiających z sektora publicznego (np. Urząd Zamówień Publicznych, Miasto Stołeczne Warszawa, MSWiA, Polska Agencja Kosmiczna, OSCE, NAsT MPWiK, itp.) oraz prywatnego (np. Orange, mBank, Castorama, itp.). Wykonawca zatrudnia osoby z długoletnim doświadczeniem w zakresie wdrażania systemów informatycznych podobnych lub tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Pozwala to na optymalizację realizacji prac, dzięki którym ograniczamy zbędne koszty przy wykonaniu zamówienia (optymalizacja roboczogodzin)”.

Takie osoby zatrudniają też inni oferenci, którzy na rynku zamówień publicznych działają nawet dłużej niż Wykonawca i wykonali dużo więcej analogicznych zamówień zarówno z sektora publicznego jak i prywatnego.

„Wykonawca uwzględnił również w kalkulacji budżet kosztów obsługi centrum zgłoszeniowego koordynującego realizację usługi asysty technicznej. Chcielibyśmy podkreślić, że centrum zgłoszeniowe NOMA Solutions służy realizacji wielu umów, więc jego koszty są rozłożone na wiele projektów i przyjęcie do realizacji dodatkowej umowy nie stanowi znaczącego wzrostu kosztów obsługi”.

Usługa asysty technicznej nie wchodzi w wyliczenie kosztów w wysokości 218 448,00 zł brutto (177 600 zł netto).

„Podobnie jak np. koszty licencji dla wykonywania prac programistycznych, które rozkładają się na wiele realizowanych projektów”.

Wykonawca w ogóle takich kosztów nie podał, więc na niczym nie zaoszczędził.

„Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należy, że zaoferowana w wyżej wymienionym postępowaniu cena ma poziom rynkowy i jest możliwa do uzyskania przy postawionych przez Zamawiającego warunkach, a także umożliwi wykonanie wymaganych usług wdrożeniowych na należytyh poziomie”.

Odwołujący w całości takie twierdzenie kwestionuje. Cena jest nierynkowa i nie pozwala na należytyh poziomie

wykonać przedmiotu zamówienia.

„Oryginalność dostaw i usług oferowanych przez wykonawcę. Jeśli chodzi o sposób realizacji przedmiotu umowy, jest on typowy dla przedmiotu działalności NOMA Solutions.

W związku z tym nie istnieje konieczność szkolenia inżynierów lub programistów do tego konkretnego zamówienia. Zbliżone projekty są wykonywane przez zespół NOMA Solutions stosunkowo często, co nie wymaga konieczności płatnego szkolenia pracowników, a to z kolei wpływa na możliwość obniżenia ceny oferty”.

Argument ten jest całkowicie oderwany od realiów rynkowych. Oczywistym jest, że Wykonawca musi dysponować pracownikami/współpracownikami, którzy nie wymagają dodatkowych szkoleń, gdyż na to podczas realizacji projektu nie ma czasu. W żadnym wypadku argument ten nie wpływa na możliwość obniżenia ceny oferty. Pozostali oferenci również dysponują zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia, bez konieczności ich dodatkowego szkolenia.

„Ponadto biorąc pod uwagę duże doświadczenie Wykonawcy w zbliżonych projektach oraz zbieżność założeń postawionych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, możliwe będzie wykorzystanie już stworzonych elementów kodu oraz wypracowanych procedur. Oznacza to więc zarówno niższe koszty jak i potencjalnie zauważalnie szybszy czas realizacji zamówienia”.

Jakich stworzonych elementów kodu? Jakich wypracowanych procedur? Są to gołosłowne twierdzenia Wykonawcy, zupełnie lakoniczne i ogólne, które niczego nie wnoszą. Wykonawca na etapie wyjaśnień powinien wykazać, także dowodami, co pozwoli mu na obniżenie kosztu w stosunku do innych wykonawców i szybsze wykonanie zamówienia. W innym bowiem wypadku takie wyjaśnienia nie mają żadnej mocy dowodowej. Każdy z oferentów może twierdzić, że posiada bliżej nieokreślone elementy stworzonego kodu oraz wypracowane jakieś procedury, które rzekomo pozwolą mu na obniżenie kosztów i potencjalnie szybszy czas realizacji zamówienia. Nie można dawać wiary takim twierdzeniom, które niczym nie są poparte i brak jest ich konkretności.

Ponadto, w wyjaśnieniach RNC, Wykonawca w sposób nieuprawniony twierdzi, że *„oferty wyższe zawierają w sobie głównie podwyższony wynik zyskowości dla firmy docelowej”*. Założenie to jest nieprawdziwe. Odwołujący przewiduje zysk na podobnym poziomie, jednak to koszty realizacji kluczowych elementów zamówienia, które Wykonawca wyliczył na 218 448,00 zł brutto, a odwołujący na 1.495.000,00 zł brutto, stanowią rażąco dysproporcję między tymi ofertami (dotyczy to również oferty firmy COMARCH). Dodać można, że Wykonawca zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę np. pracowników helpdesk, co wynika z treści wyjaśnień RNC, jednak w zakresie zgodności z przepisami prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, Wykonawca stwierdził, że regulacje te nie mają wpływu na cenę Wykonawcy.

W ocenie odwołującego, Wykonawca zaproponował cenę rażąco niską, nierzeczywistą, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych, a złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie RNC nie obaliły domniemania, że jego oferta o 42,95 % niższa niż kwota, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, zawiera rażąco niską cenę. Z tego więc względu zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., czego zaniechał.

WYKAZ USŁUG I REFERENCJE.

Warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej zostały przez zamawiającego określone w punkcie 9 SWZ: „9. WARUNKI UDZIAŁU

W POSTĘPOWANIU

1. Zamawiający, określa następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

1) w zakresie posiadania doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości Wykonawca zobowiązany jest wykazać się należytych wykonaniem, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej:

- dwóch usług (umów) o wartości nie mniejszej niż 700 000 zł brutto każda, polegających na stworzeniu dedykowanego systemu opartego na bazach danych,

- dwóch usług (umów) o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na serwisie, konserwacji i utrzymaniu oprogramowania dedykowanego stworzonego systemu,

- dwóch usług (umów) polegających na migracji co najmniej jednej aplikacji z technologii Oracle i Java do technologii płatnych lub darmowych typu open source - każda o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto.

UWAGA:

W przypadku umów nadal realizowanych do oceny spełnienia warunku udziału liczyć się będzie tylko wartość i zakres tej części usługi, która została już zrealizowana tj. zrealizowana do upływu terminu składania ofert.

W przypadku, gdy umowa obejmowała/obejmuje zakres szerszy niż wymagany przez Zamawiającego, Wykonawca

winien uwzględnić tylko wartość brutto usług wskazanych w warunku”.

Zgodnie z punktem 10 ppkt 10 SWZ: „10. W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający będzie żądał następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania

i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich

3 miesięcy, zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 3 do SWZ”.

Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 23.05.2024 r. do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, które Wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie załączył do pisma z dnia 31.05.2024 r.

Wykonawca w wykazie usług w punkcie c wskazał następujące usługi:

Postępowania w ramach, których Wykonawca realizował umowy na rzecz Urzędu Dzielnicy Mokotów, Warszawa, znajdując się na stronie internetowej: https://zamowienia.um.warszawa.pl/pn/umw/demand/notice/publiczpzp/expired/list?USER_MENU_HOVER=publiczpzpExpiredNoticePublicList

Przedmiot postępowania: FK SZOGUN

Tabela c ppkt 1 dotyczy: Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu FK SZOGUN w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, numer postępowania: UD-IV-WZP.271.62.2021.ACZ - Wartość umowy: 984 000,00 zł brutto – umowa zawarta na okres 10 miesięcy

Tabela c ppkt 2 dotyczy: Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu FK SZOGUN użytkowanego w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy, numer postępowania UD-IV-WZP.271.60.2022.DKO - Wartość umowy: 984 000,00 zł brutto – umowa zawarta na okres 10 miesięcy

Należy zwrócić uwagę, że również w 2023 r. ten sam zamawiający powtórzył postępowanie na: Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu FK SZOGUN użytkowanego w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy, Numer postępowania UD-IV-WZP.271.42.2023.ACZ - Wartość umowy: 1 574 400,00 zł brutto – Umowa wciąż obowiązuje – czas trwania Umowy: 16 miesięcy od dnia jej zawarcia.

3 umowy w ramach w/w postępowań od 2021 r. do 2023 r. były zawarte z Noma Solutions M.N. (członek konsorcjum Wykonawcy). Oba formularze ofertowe dotyczące postępowań z 2021 r. oraz 2022 r. zawierają cenę usługi za 1 miesiąc brutto w zł oraz wartość całości usługi brutto w zł. Podobnie skonstruowana jest umowa w zakresie paragrafu dotyczącego wynagrodzenia (w obu postępowaniach z 2021 r. i 2022 r. umowy są analogiczne, różnią się datami): Umowy zawarte przez Wykonawcę z Miastem Stołecznym Warszawa Dzielnica Mokotów dotyczyły zgodnie z dokumentacją dotyczącą obu w/w postępowań: świadczenia usług serwisu, konserwacji i utrzymania systemu FK SZOGUN użytkowanego

w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy.

Zgodnie z OPZ do tych umów, który w poniższym zakresie jest analogiczny do obu postępowań: „Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie przez Wykonawcę warunków do sprawnej eksploatacji zintegrowanego, finansowo-księgowego systemu SZOGUN firmy Unidatax Sp. z o.o. w skład, którego wchodzi podsystemy: Administrator Systemu SZOGUN, System Informacji Wspólnych, Obsługa Informacji Adresowych, Finanse i Księgowość Jednostki Budżetowej, Dochody Jednostki Budżetowej, Kadry oraz zintegrowany z systemem SZOGUN podsystem Windykacja i Opłaty z tytułu wieczystego użytkowania gruntu firmy Sysdatax S.C. M.B., A.K., w istniejącej strukturze informatycznej Zamawiającego. W ramach zamówienia Wykonawca wykona także dodatkowe prace związane z rozpoczęciem migracji systemu do nowszych technologii. System stworzony został do pracy pod systemem Windows. Baza zainstalowana jest pod systemem Linux. Wersja bazy Oracle10i Database Enterprise dla Linux. Oprogramowanie zostało stworzone zgodnie

z metodyką CASE*Method firmy ORACLE i z wykorzystaniem odpowiedniego oprogramowania tej firmy (ORACLE Forms 6)”.

OPZ został podzielony na serwis i konserwację, które zawierają 17 punktów zadań oraz utrzymanie w ilości 14 punktów zadań. W zakresie utrzymanie w punkcie 14, 3 i 9 wskazano:

„14. „Przeprowadzenie migracji jednego z modułów systemu zgodnie z określonymi wcześniej wymaganiami.”

3: „Opracowanie i przedstawienie projektu technicznego zakładającego migrację technologiczną bieżącego systemu Szogun do rozwiązań opartych o technologie WWW.”

9. „Wdrożenie nowej architektury systemu Szogun w oparciu o istniejącą bazę danych i przy założeniu wymiany jednego z już używanych modułów”.

Opisy przedmiotu zamówienia ani treść umów w/w postępowań z 2021 r. oraz 2022 r. nie potwierdzają, że Wykonawca wykonał dwie usługi polegające na migracji co najmniej jednej aplikacji z technologii Oracle i Java do technologii płatnych lub darmowych typu open source - każda o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto. Oracle10i Database Enterprise nie jest bazą danych na licencji open source co potwierdza poniższa informacja ze strony internetowej Oracle: Źródło: <https://opensource.oracle.com/#Oracle10i%20Database%20Enterprise%20>

Co warte zauważenia, to fakt, że OPZ postępowania FK SZOGUN z 2023 r. pozostaje bez zmian m.in. w następującym zakresie: „W ramach zamówienia Wykonawca wykona także dodatkowe prace związane z migracją systemu do nowszych technologii. System stworzony został do pracy pod systemem Windows. Baza zainstalowana jest pod systemem Linux. Wersja bazy Oracle10i Database Enterprise dla Linux. Oprogramowanie zostało stworzone zgodnie z metodyką CASE*Method firmy ORACLE i z wykorzystaniem odpowiedniego oprogramowania tej firmy (ORACLE Forms 6)”.

Opisy przedmiotu zamówienia w/w postępowań nie potwierdzają jakoby Noma Solutions M.N. wykonał w ramach umów z zamawiającym usługi migracji aplikacji z technologii Oracle i Java do technologii typu open source. Nadal jest to Oracle10i Database Enterprise. Co więcej, zamawiający MSWiA wymagał migracji aplikacji, a nie modułu. Aplikacja jest bowiem szerszym pojęciem niż moduł i składa się z modułów. Wymiana modułu miała nastąpić w oparciu o istniejącą bazę danych – a więc bazę, która nie jest na licencji open source. Takie wymaganie stawiał zamawiający w każdym z postępowań z 2021, 2022 i 2023 r. dotyczącego systemu FK SZOGUN. Ponadto, co najistotniejsze Wykonawca nie zawierał umów na migrację modułu kadru oraz obsługi administracji adresowych oraz umowy na migrację modułu użytkowników i słowników danych, jak podał to w wykazie usług w punkcie c.

Były to jedynie dodatkowe elementy (z około 30) opisu przedmiotu zamówienia w ramach zawartych umów, które w tych umowach nie zostały wyodrębnione jako ich etapy. Również formularze ofertowe do tych postępowań nie zawierały tak wyodrębnionego elementu cenotwórczego.

Wykaz usług oraz referencje w zakresie w/w usług wystawione przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Wydział Informatyki dla Dzielnicy Mokotów z dnia 27.05.2024 r. nie potwierdzają, że w ramach dużo obszerniejszych umów (co nie zostało wskazane przez Wykonawcę), wyszczególnione w wykazie usług w punkcie c ppkt 1 i 2 elementy tych umów opiewały na wartość co najmniej 500 000 zł brutto. W załączonych przez Wykonawcę referencjach wystawionych przez zamawiającego UMSW w ogóle nie została wskazana żadna kwota. Wynika ona jedynie z oświadczenia Wykonawcy złożonego w wykazie usług, ale niczym nie potwierdzonego i zakwestionowanego przez odwołującego.

Odwołujący do odwołania załączył całość dokumentacji z w/w postępowań zamieszczonych na platformie https://zamowienia.um.warszawa.pl/pn/umw/demand/notice/publicpzp/expired/list?USER_MENU_HOVER=publicpzpExpiredNoticePublicList na Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu F SZOGUN w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m.st. Warszawy, numer postępowania: UD-IV-WZP.271.62.2021.ACZ oraz n: Serwis, konserwacja i utrzymanie systemu FK SZOGUN użytkowanego w Urzędzie Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy Numer postępowania UD-IV-WZP.271.60.2022.DKO, z której to dokumentacji jednoznacznie wynika, że zawarte z zamawiającym Miastem Stołecznym Warszawa Dzielnica Mokotów oraz Wykonawcą umowy miała o wiele szerszy przedmiot zamówienia oraz, że nie zostały w ramach tych umów wyodrębnione usługi wskazane przez Wykonawcę w wykazie usług w tabeli c ppkt 1 i 2 na kwotę co najmniej 500 000 zł brutto.

Wykonawca błędnie oznaczył w tabeli w punkcie c wykazu usług umowy, określając, że były one na migrację poszczególnych modułów, podczas gdy umowy te dotyczyły dużo szerszego przedmiotu zamówienia, a sama migracja poszczególnych modułów nie była o wartości co najmniej 500 000 zł brutto, skoro cała wartość umów opiewała na kwotę 984 000 zł brutto. Wykonawca nie spełnił więc warunku udziału w postępowaniu określonym w punkcie 9.1.1.c SWZ. Umowy obejmowały zakres szerszy niż wymagany przez zamawiającego, a więc Wykonawca, zgodnie z SWZ winien uwzględnić tylko wartość brutto usług wskazanych w warunku stawianym przez zamawiającego.

Wykonawca oświadczył, że zakres każdej usługi wymienionej w punkcie c wykazu usług jest o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto, jednak w żaden sposób tego nie wykazał. Tymczasem zgodnie z SWZ „Wykonawca zobowiązany jest wykazać się należytych wykonaniem (...)”.

Odwołujący natomiast wykazał, że umowy obejmujące te usługi nie wyodrębniały ich wartości, co więcej umowy zawierały stałe miesięczne wynagrodzenie. Podobnie jak formularze ofertowe. Nawet sam zamawiający w referencjach nie potwierdził jakoby wartość tych usług w ramach w/w umów była nie mniejsza niż 500 000 zł brutto.

Należy więc uznać to za gołosłowne twierdzenie Wykonawcy niczym jednak nie poparte. Odwołujący kwestionuje jakoby jeden z wielu elementów umów stanowił ponad połowę ich wartości (całość 984 000 zł brutto). Opisy przedmiotu zamówienia do poszczególnych umów są obszerne i zawierają wiele elementów (ponad 30 zadań w ramach jednej umowy),

a migracja poszczególnych modułów była jedynie ich małym wycinkiem – jednym z kilkunastu punktów w zakresie tylko utrzymania systemu. Nie jest więc to nawet prawdopodobne by wartość migracji modułu kadru oraz obsługi administracji adresowych oraz migracji modułu użytkowników i słowników danych stanowiły ponad połowę wartości każdej z umów, podczas, gdy zamawiający płacił Wykonawcy stałą ryczałtową kwotę miesięczną za serwis, konserwację i utrzymanie systemu FK SZOGUN przez okres 10 miesięcy i tą kwotę obejmowała wartość 984 000 zł brutto, czyli 98 400 zł brutto miesięcznie.

Odwołujący kwestionuje również usługę określoną w tabeli b punkt 1 wykazu usług przez Wykonawcę:

Odwołujący przeanalizował szczegółowo archiwalne postępowania ogłoszone przez Urząd Zamówień Publicznych dostępne w Internecie w okresie od 2015 r. do 2023 roku i zamawiający ten nie zawierał z Noma Solutions M.N. umowy na obsługę i asystę techniczną Platformy Aukcji Elektronicznej w tym okresie, ani żadnej innej umowy, której realizacja zakończyłaby się do 31.12.2023 r. o wartości co najmniej 300 000 zł brutto. Z referencji z dnia 29.12.2023 r. wystawionych przez UZP wynika jedynie, że firma Noma Solutions M.N. od 2011 roku aż do dnia wystawienia referencji zajmuje się obsługą i asystą techniczną wraz z hostingiem Platformy Aukcji Elektronicznych. Wykonawca nie wykazał jednak, by miało to miejsce w ramach jednej umowy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert i by umowa ta była o wartości wyższej niż 300 000 zł brutto na tą usługę. Nie potwierdza tego wykaz usług ani referencje w tym przedmiocie. Co więcej kwota usługi, powyżej 300 000 zł brutto oznacza, iż takie postępowanie musiałoby zostać opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym UE, a mimo szczegółowej analizy odwołujący nie odnalazł takiego postępowania, wobec czego kwestionuje prawdziwość oświadczenia Wykonawcy w zakresie w/w usługi.

Odwołujący z ostrożności wskazuje, że odnalazł na stronie internetowej <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/tenders/ocds-148610-62181ef5-4650-11ee-a60c9ec5599dddc1> dokumentację z postępowania na „Modernizacja rozwiązania przeznaczonego do prezentacji danych z orzeczeń dotyczących zamówień publicznych wraz z usługami hostingu, utrzymania i wsparcia”, numer referencyjny: IX/2023 - Wyszukiwarka orzeczeń, zamawiający: Urząd Zamówień Publicznych. Umowa została zawarta z Noma Solutions M.N. na kwotę 350 550 zł brutto i trwa nadal. Umowa została zawarta na czas określony, od dnia podpisania (nie wcześniej niż 23.10.2023 r. – po upływie terminu na złożenie odwołania po ogłoszeniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej), do dnia, w którym upływa 24-miesięczny okres świadczenia usług hostingu, utrzymania i wsparcia. Umowa przewidywała wynagrodzenie miesięczne za hosting, utrzymanie i wsparcie. W dniu 31.12.2023 r. usługa ta trwała niecałe 3 miesiące, więc nie mogła być wykonywana za kwotę co najmniej 300 000 zł brutto i nie dotyczyła Platformy Aukcji Elektronicznych.

W ocenie więc odwołującego, Wykonawca nie zawierał z Urzędem Zamówień Publicznych Umowy na obsługę i asystę techniczną Platformy Aukcji Elektronicznej o wartości co najmniej 300 000 zł brutto polegającej na serwisie, konserwacji i utrzymaniu oprogramowania dedykowanego stworzonego systemu, która została wykonana do 31.12.2023 r. Oświadczenie Wykonawcy jest w tym zakresie nieprawdziwe, a wystawione referencje są na tyle ogólne, że również tego nie potwierdzają.

Zamawiający MSWiA wymagał, aby Wykonawcy wykazał należyte wykonanie dwóch usług (umów) o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto każda, polegających na serwisie, konserwacji i utrzymaniu oprogramowania dedykowanego stworzonego systemu. Czyli wartość poszczególnych umów na serwis, konserwację i utrzymanie oprogramowania dedykowanego stworzonego systemu nie mogła być niższa niż 300 000 zł brutto. Przy założeniu, że firma Noma Solutions M.N. mogła wykonywać te usługi w ramach umów zawartych z UZP w trybie zapytania ofertowego (poniżej 130 000 zł), co kwestionuje odwołujący, gdyż i takiego zapytania/zapytań brak na stronie UZP, to umowy te, z uwagi na ewentualny tryb ich zawarcia były o wartości niższej niż 300 000 zł brutto. Wykonawca nie mógł dokonać ewentualnego sumowania wartości umów z ostatnich 3 lata na tą usługę, gdyż zamawiający wymagał, aby usługa była wykonana w ramach jednej umowy podając jej wartość na co najmniej 300 000 zł brutto.

Zamawiający naruszył więc art. 128 ust 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia tego wykonawcy oraz naruszył art. 239 ust. 1 p.z.p. poprzez przedwczesne wybranie najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy. Zamawiający zignorował fakt, że wyjaśnienia Wykonawcy nie wykazałyby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy na

tej podstawie. Kolejno wezwał wykonawcę

w ramach odwróconej procedury do złożenia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług. Dokumenty te były niekompletne – nie potwierdzały, że Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie punktu 9.1.1. b i c SWZ. Zamawiający kolejno zaniechał zastosowania art. 128 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący, jedynie z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na RNC, wskazuje, że zamawiający powinien wezwać Wykonawcę odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym czasie podmiotowych środków dowodowych, przed wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W sytuacji jednak prawidłowego odrzucenia oferty Wykonawcy ze względu na RNC, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie wzywa już wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przez zamawiającego jest zarzutem dalej idącym.

ZASADA UCZCIWEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW

Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uznając, że sprostą on ciężarowi dowodu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający więc prowadził postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwego traktowania wykonawców, gdyż nie zareagował w sposób prawidłowy,

tj. odrzuceniem oferty Wykonawcy, na zaoferowanie przez niego rażąco niskiej ceny wykonania przedmiotowego zamówienia.

Cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia nie może być rozpatrywana w kategoriach ceny niższej. Cena niższa bowiem jest ceną pozwalającą na pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, wykazująca jeszcze zysk po stronie wykonawcy oraz zgodną z wymogami dokumentacji postępowania, a jedynie niższą od ofert zaoferowanych przez innych wykonawców. Oferta Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych. W przypadku bowiem dokonania prawidłowej oceny ofert, oferta złożona przez Wykonawcę powinna zostać odrzucona. Zamawiający zaniechał także wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia tego wykonawcy (pkt 9.1.1. b i c SWZ). W tym zakresie doszło do przedwczesnego wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, przez co również Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców stojące u podstaw systemu prawa zamówień publicznych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odrzucenie oferty Konsorcjum Helica-Noma jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiający wskazał, że w przedstawionych wyjaśnieniach Konsorcjum Helica-Noma skutecznie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Należy podkreślić, że wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie badania rażąco niskiej ceny przede wszystkim odnosi się do wątpliwości przedstawionych przez zamawiającego w treści wezwania (por. KIO 913/22). Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2022 r. (KIO 989/22): *Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania*".

W niniejszej sprawie wątpliwości po stronie zamawiającego dotyczyły wyliczenia ceny oferty i wynikały wyłącznie z faktu złożenia oferty, której wartość była niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (na usługi stanowiące przedmiot oferty przeznaczono 3 075 000,00 zł).

W opinii zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę Konsorcjum Helica-Noma są pełne, mają charakter szczegółowy, konkretny, weryfikowalny, odnoszą się do danego postępowania przetargowego. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień przede wszystkim w zakresie wymienionych elementów - było to wskazanie, na jakie elementy w szczególności powinni położyć nacisk w składanych wyjaśnieniach, przy czym Wykonawca złożył bardziej obszerną i wyczerpującą odpowiedź, zawierającą kalkulacje cenowe oraz dowody, powołując się także na inne elementy kształtujące cenę całkowitą oferty, jego zdaniem mające wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty i dowody, że cena ta jest realna i wiarygodna. Konsorcjum Helica-Noma, zgodnie z wezwaniem zamawiającego, opisał zastosowane przez siebie korzystne rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy oraz oryginalność projektu Wykonawcy, zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Wskazane w wyjaśnieniach informacje zostały poparte wiarygodnymi dowodami

poświadczającymi możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, w których Wykonawca wykazał m.in. wysokość cen nabycia infrastruktury sprzętowej, która będzie wykorzystywany w trakcie realizacji zamówienia, koszty wdrożenia, wsparcia posprzedażnego i obsługi help desk jak również planowany zysk. Wyjaśnienia nie budziły wątpliwości zamawiającego. Ze złożonych przez wykonawcę Konsorcjum Helica-Noma wyjaśnień wynika, że w ofercie zostały uwzględnione wszystkie elementy przedmiotu zamówienia wymagane w OPZ, przy obliczaniu ceny uwzględnione zostały wszystkie opłaty i inne pozostałe obciążenia związane z realizacją zamówienia, przyjęta stawka podatku od towaru i usług jest właściwa dla przedmiotu zamówienia według stanu prawnego na dzień składania ofert. W ocenie zamawiającego cena zaproponowana w ofercie wykonawcy Konsorcjum Helica-Noma nie jest rażąco niska, ponieważ jest realna, pozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, realistyczna w porównaniu do rynkowych, podobnych zamówień. Nie można postawić zarzutu, że wskazuje na możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy. Wykonawca Konsorcjum Helica-Noma wykazał zysk w trakcie trwania kontraktu w wysokości 337 030,17 zł brutto.

Dodatkowo odwołujący nie wykazuje, że zaoferowana przez Konsorcjum Helica-Noma cena jest nierealistyczna, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe, a tak należy rozumieć cenę rażąco niską (KIO w wyrokach KIO 2771/11 i KIO 2737/11). Odwołujący, w wielu miejscach stwierdza jedynie, że cena jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych, natomiast sam tych realiów nie przedstawia – nie dowodzi, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Helica-Noma jest nierealna.

Jak wynika z licznych doniesień medialnych rok 2024 to rok dekonjunktury na rynku usług IT. Zamawiający kierując się zasadą efektywności (art. 17 Pzp) jest uprawniony do korzystania z reguł gry wolnorynkowej i ofert składanych w konkurencyjnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w hasłowy sposób przywołał sytuacje, które jego zdaniem mogą powodować złe oszacowanie zamówienia i jego nienależyte wykonanie. W odwołaniu zabrakło konkretów w postaci wyliczeń, które mogłyby stanowić uzasadnienie do zarzutów. W tym przypadku pożądane było przedstawienie przez odwołującego własnych wyliczeń do podważanych elementów przetargu, zwłaszcza, że on również złożył w spornym postępowaniu swoją ofertę.

Zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia tego Wykonawcy.

Zarzut odwołującego jest bezpodstawny. Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę Konsorcjum Helica-Noma, do złożenia aktualnych na dzień złożenia, ww. podmiotowych środków dowodowych i otrzymał je w wyznaczonym terminie. Złożony wykaz zawierał wszystkie wymagane dane i wraz z załączonymi referencjami nie budził wątpliwości zamawiającego, potwierdzał, że usługi zostały zrealizowane należycie a wykonawca Konsorcjum Helica-Noma spełnia warunki udziału w postępowaniu i posiada niezbędne doświadczenie pozwalające wykonać zamówienie. Tym samym nie ziszcila się żadna przesłanka określona w art. 128 ust. 1 Pzp uprawniająca zamawiającego do wystosowania wezwania do wykonawcy Konsorcjum Helica-Noma.

Dodatkowo należy stwierdzić, że zamawiający oceniając, czy wykonawca spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu, kieruje się zapisami rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. I tak, zgodnie z ww. rozporządzeniem w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może,

w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych – w przypadku przeprowadzonego postępowania - wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. Na takim właśnie wykazie, który jest oświadczeniem wykonawcy, złożonym wraz z referencjami opiera się Zamawiający oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Złożony wykaz wraz z załączonymi referencjami nie budziły wątpliwości zamawiającego, potwierdzały, że usługi zostały zrealizowane należycie a wykonawca Konsorcjum Helica-Noma spełnia warunki udziału w postępowaniu i posiada niezbędne doświadczenie pozwalające wykonać zamówienie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej, wg. odwołującego, rażąc niską cenę i złożoną, przez wykonawcę Konsorcjum: Helica-Noma, w warunkach

czynu nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Innymi słowy, dla odwołującego oferta danego wykonawcy zawierająca rażąco niską cenę oznacza jednocześnie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, podnieść należy, że ustawa Pzp zobowiązuje do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dlatego też uznanie, w przypadku stwierdzenia, że oferta wykonawcy Konsorcjum: Helica-Noma zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, także, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest uzasadnione.

Po drugie, art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako czyn nieuczciwej konkurencji określa sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia - co istotne - w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tymczasem odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że taki właśnie był cel wykonawcy Konsorcjum: Helica-Noma. Jak wskazuje Izba w wyroku z 25 kwietnia 2018 r., sygn. KIO 731/18 *W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak wykazania celu z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie pozwala uznać, że sprzedaż przez przystępującego usług poniżej kosztów świadczenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.*

Z powyższych względów skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji oraz powiązany z tym zaniechaniem zarzut wyboru oferty przystępującego nie potwierdził się.

Dodatkowo zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez wykonawcę Konsorcjum: Helica-Noma czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zgodnie z orzeczeniem Izby w wyroku KIO 2440/18, czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej, a odwołujący nie udowodnił, że czyn ten został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Nie wykazano również z jakimi dobrymi obyczajami były sprzeczne działania podjęte przez wykonawcę Konsorcjum: Helica-Noma. Konkurencja ceną wpisuje się w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży. „Zoptymalizowanie” kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony wykonawcy Konsorcjum: Helica-Noma. Wykonawca podjął kroki, które uważał za konieczne, aby uzyskać zamówienie, nie naruszając swoim postępowaniem sytuacji innych wykonawców, którzy to zamówienie chcieli uzyskać.

W ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał okoliczności potwierdzających, że złożenie oferty przez wykonawcę Konsorcjum: Helica-Noma stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Różnice cenowe pomiędzy ofertą odwołującego a ofertą wykonawcy Konsorcjum: Helica-Noma nie oznaczają same przez się, że wykonawca Konsorcjum: Helica-Noma rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody oraz oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zamawiający tak zorganizował i kierował postępowaniem, aby w każdym jego stadium miała miejsce uczciwa rywalizacja między wykonawcami. Wszyscy wykonawcy mieli jednakowy dostęp do dokumentacji, wszystkie informacje były na bieżąco przekazywane Wykonawcom poprzez platformę, na której prowadzone było postępowanie.

Przystępujący Konsorcjum: Helica-Noma złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do zarzutów odwołania wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zarzut nr 1 – Rażąco niska cena.

Przystępujący wskazał, iż cena za realizację zamówienia nie jest rażąco niska, została obliczona z uwzględnieniem wszelkich wymagań SWZ oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Wszystkie elementy objęte przedmiotem oferty zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, tj. w pełni zgodny z potrzebami zamawiającego opisanymi w SWZ, zgodnie ze sposobem obliczenia ceny podanym w SWZ oraz w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym zapewnieniem wysokiego zysku. Przystępujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawił prawidłowe, kompletne

i umotywowane wyjaśnienia ceny. Przede wszystkim, przedstawił kalkulację ceny oraz przedstawił szczegółowy opis poszczególnych pozycji kosztowych. Ponadto, wyjaśnienia zawierają szczegółowe kalkulacje dotyczące czasochłonności wykonania poszczególnych elementów zamówienia. Do przedmiotowych wyjaśnień ceny zostały załączone dowody (koszty sprzętu, koszty zapewnienia kadry), które w żaden sposób nie są kwestionowane przez odwołującego. Podkreślenia wymaga, iż przedstawione wyjaśnienia odpowiadały treści wezwania wystosowanego przez zamawiającego tj. zawierały wszelkie elementy wskazane w wezwaniu.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazał na różnicę między wartością szacunkową zamówienia, a ceną oferty przystępującego. Argument jest bez przedmiotowy, bowiem wystąpienie wskazanej różnicy skutkuje jedynie wszczęciem procedury wyjaśniającej. Ocena realności ceny musi zostać dokonana w oparciu o przedstawione wyjaśnienia.

Ponadto, szacowanie wartości zamówienia odbywało się prawdopodobnie na początku bieżącego roku. Obecnie na rynku IT widoczny jest spadek koniunktury, co skutkuje możliwością oferowania niższych cen za usługi (niższe koszty pozyskania kadry).

Odwołujący wskazuje także na zbyt małą ilość dowodów. Argument nie jest prawdziwy. Przystępujący przedstawił dowody w zakresie pozyskania infrastruktury sprzętowej. Sam odwołujący potwierdził prawidłowość przedstawionych dowodów. Przystępujący przedstawił dowody w zakresie kosztów zapewnienia kadry odpowiadającej za realizację zamówienia. Również te dowody nie są kwestionowane przez odwołującego, w szczególności nie są kwestionowane przyjęte stawki za roboczogodzinę. Odwołujący przedstawił także szczegółową kalkulację czasochłonności. Zgodnie z orzecznictwem Izby, również tego typu kalkulacja może być uznana za dowód. Odwołujący poprzestał na gółośnym wskazaniu zbyt małej ilości dowodów, nie podjął nawet próby wskazania jakie dowody powinny zostać jeszcze przedstawione. W ocenie przystępującego, zostały przedłożone dowody odnoszące się do wszystkich kluczowych elementów zamówienia.

Odwołujący w uzasadnieniu wielokrotnie zarzuca lakoniczność wyjaśnień udzielonych przez przystępującego. Twierdzenie odwołującego nie są prawidłowe. Przystępujący przedstawił kalkulacje ceny, kalkulacje czasochłonności, a także opisał elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę. To zarzut odwołującego ma charakter blankietowy tj. odwołujący nie wskazuje co jeszcze powinno znaleźć się w wyjaśnieniach ceny. W uzasadnieniu wskazano: „*Zdaniem Odwołującego, Wykonawca niewłaściwie oszacował wielkość zamówienia.*

W pierwszej kolejności należy zarzucić, że Wykonawca w rażący sposób zaniżył ilość roboczogodzin poszczególnych prac, nie przedstawiając żadnych dowodów, że jest jakakolwiek realna możliwość by je wykonać w tak krótkim czasie”.

Twierdzenie odwołującego nie jest prawdziwe. Przystępujący przedstawił szczegółowy harmonogram prac w okresie realizacji zamówienia. Przede wszystkim, harmonogram nie zakłada wykonania prac w krótkim czasie, a dokładnie w takim czasie jaki został narzucony przez zamawiającego. Termin realizacji spornej części zamówienia to 120 dni, czyli 4 miesiące. I właśnie dokładnie takiego okresu dotyczy przedstawiony harmonogram. Dodatkowo wskazać należy, iż zamawiający

w warunku udziału w postępowaniu opisał kadrę niezbędną do realizacji zamówienia (6 osób). Wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego zakładają realizację przez 7 osób,

w składzie odpowiadającym postawionemu warunkowi. A więc założenia przyjęte przez przystępującego odpowiadają założeniom przyjętym i opisanym w SWZ przez zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie rażąco niska jest kalkulacja kosztów w zakresie opracowania, wdrożenia oraz migracji systemu informatycznego. Na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący przywołuje cenę za realizację zupełnie innego zamówienia (systemu). Argumentacja tego typu jest całkowicie irracjonalna i trudno ją nawet komentować.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przywołuje ceny ofertowe za wykonanie zakresu opisanego w § 1 ust 1 pkt 2 Umowy i wskazuje na różnicę między ofertami. Jest to obraz zmanipulowany. W rzeczywistości pełne zestawienie cen ofertowych wygląda w sposób następujący:

	Konsorcjum Helica	Konsorcjum PIR	Comarch
Cena łączna:	1 711 550,00	2 196 780,00	2 882 238,27
w tym zakres 1 (system)	847 910,00	1 975 380,00	1 743 793,32

w tym zakres 2 (utrzymanie)	863 640,00	221 400,00	1 138 444,95
-----------------------------	------------	------------	--------------

Powyższe zestawie wprost pokazuje, że to odwołujący drastycznie zaniżył cenę za utrzymanie systemu, przenosząc koszty w tym zakresie do zakresu podstawowego zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż zgodnie § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 wynagrodzenie za część podstawową wypłacane jest po 120 dniach, natomiast wynagrodzenie za utrzymanie będzie wypłacane w częściach przez okres 36 miesięcy - to odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulacje składnikami cenowymi (w celu wcześniejszej wypłaty jak największej części wynagrodzenia po pierwszym etapie realizacji zamówienia). Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy zatem, że cena odwołującego za podstawowy zakres zamówienia jest sztucznie zawyżona z uwagi na opisane wyżej manipulacje i nie może stanowić punktu odniesienia. Co zaś do ceny wykonawcy Comarch wskazać należy, iż jest to jeden z największych podmiotów IT na rynku. Trudno mu zatem konkurować cenowo z podmiotami mniejszymi, mającymi znacznie mniejsze koszty ogólne działalności.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący dokonuje sumowania poszczególnych usług określonych w warunku udziału w postępowaniu. Otrzymany wynik (1,5 mln zł) ma dowodzić, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę. W ocenie przystępującego jest to działanie irracjonalne i niczego nie dowodzi. Ponadto, wskazana kwota jest niższa niż oferta przystępującego. Tym samym, kierując się logiką odwołującego jest to argument za potwierdzeniem prawidłowości zaoferowanej ceny.

Nie jest również prawdą, że wszyscy wykonawcy zaoferowali dokładnie ten sam sprzęt. Odwołujący zaoferował sprzęt niezgodny z wymaganiami tj. sprzęt wycofany z produkcji.

O przedmiotowym fakcie został już poinformowany zamawiający i prowadzi w tym zakresie procedurę wyjaśniającą. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy zatem, że dokonywanie jakichkolwiek przeliczeń w oparciu o informację, że wszyscy wykonawcy mają takie same koszty sprzętu jest bezprzedmiotowe. Ponadto, producenci (dystrybutorzy) oferują różne poziomy rabatów swoim partnerom/klientom, co również przekłada się na brak prawidłowości czynionych przez odwołującego.

Odwołujący przedstawił także kolejne zestawienie, jednakże w ocenie przystępującego, działanie odwołującego stanowi manipulację i próbę wprowadzenia w błąd. Zestawienie stanowi porównanie jednej pozycji kosztowej (nieuwzględniającej np. zysku) z cenami ofertowymi konkurencyjnych wykonawców, pomniejszonymi jedynie o koszt sprzętu przystępującego. Kalkulacja ceny za podstawowy zakres zamówienia wygląda u przystępującego zapelnienie inaczej. Odwołujący w nieudolny sposób próbuje porównać rzeczy nieporównywalne. Tym samym, argumentacja odwołującego nie ma żadnego przełożenia na ocenę oferty przystępującego.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący próbuje przedstawić wyliczenie o ile dni pracy kalkulacje przystępującego zostały zaniżone. Z tymi twierdzeniami nie sposób się zgodzić. Przystępujący założył 10 dni pracy architekta (analityka). Odwołujący bez żadnego uzasadnienia wskazuje, iż powinno to być 20-30 dni pracy. Przystępujący na podstawie wieloletniego doświadczenia dokonał szczegółowej analizy dokumentacji postępowania, uczestniczył w wizji lokalnej (udostępnienie dodatkowych dokumentów) i na tej podstawie oszacował czasochłonność. Przystępujący jest profesjonalistą, który od lat z powodzeniem realizuje analogiczne zamówienia. Wszystkie zamówienia zostały zrealizowane w sposób prawidłowy i zyskowy. Ponadto, przystępujący dokonywał szacowania czasochłonności przy udziale poszczególnych osób, które zostały wskazane w wykazie osób.

Odwołujący wskazuje, że w kalkulacji pominięto czas pracy analityka. Twierdzenia odwołującego nie są prawdziwe. W przedstawionej kalkulacji wyraźnie wskazano na prace analityczne, które będą wykonywane przez osobę określaną przez przystępującego jako architekt (wyjaśnić należy, iż w postawionym warunku udziału w postępowaniu zamawiający w ogóle nie wymagał takiej funkcji jak architekt). Poniżej fragment wyjaśnień wskazujący na prace analityczne:

Odwołujący wskazuje także, iż przystępujący przewiduje dwóch programistów zamiast jak wymagał tego zamawiający trzech. Twierdzenia odwołującego nie są prawdziwe. Zamawiający w SWZ postuluje się ogólnym pojęciem funkcji „programista”. W wyjaśnieniach przystępujący posługuje się precyzyjniejszym nazewnictwem tj. wskazał na programistę backend, programistę frontend, oraz Devops, który również jest programistą. Zamawiający wymagał sześciu osób, natomiast przystępujący przedstawił następujący katalog siedmiu osób:

Odwołujący wskazuje także, iż zaniżono czas pracy programistów o 50 dni. Twierdzenie nie jest prawdziwe z uwagi na okoliczności opisane wyżej. Ponadto, przystępujący dokonał kalkulacji niezbędnej czasochłonności w sposób opisany w pkt 1. Odwołujący swoich twierdzeń nie uzasadnił.

Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia czasu potrzebnego na migrację danych. Twierdzenie nie jest prawdziwe. Przystępujący uwzględnił w pierwszym miesiącu prac „przygotowanie dokumentacji migracji”, a następnie konieczność migracji w 4 miesiącu:

Migracja jest działaniem wykonywanym przez programistów i została uwzględniona w ramach pozycji „programowanie systemu”. Fakt uwzględnienia migracji został także potwierdzony w podsumowaniu:

Odwołujący wskazał na również na brak uwzględnienia czasu na przygotowanie dokumentacji projektowej. Twierdzenie nie jest prawdziwe. Za przygotowanie dokumentacji odpowiedzialny jest Architekt oraz Project Manager. Działanie Architekta zostały wskazane

w pozycji „przygotowanie dokumentacji migracji”. Natomiast Project Manager w zakresie przygotowania dokumentacji współdziała z pozostałymi osobami uczestniczącymi w projekcie oraz nadzoruje i przygotowuje dokumentację. Czas na przygotowanie dokumentacji został uwzględniony w czasie przewidzianym dla Project Manager. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż w kalkulacji przystępującego przewidziano bardzo dużą rezerwę (50 000,00zł) do wykorzystania na dodatkowe roboczogodziny.

Podsumowując powyższy punkt, nie sposób nie zauważyć, iż nawet w przypadku uwzględnienia całej argumentacji odwołującego w zakresie zaniżenia czasochłonności (z którą przystępujący się nie zgadza) to i tak nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał na zaniżenie zakładanej czasochłonności o łącznie 80 dni, co przy stawce 120 zł/godzina daje zaniżenie kosztów jedynie o 76 800,00 zł (80 dni x 8 godzin x 120 zł). Biorąc pod uwagę przewidzianą rezerwę (50 000,00 zł) oraz zakładany zysk (337 030,00 zł) nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzecznictwem cytowanym przez samego odwołującego, rażąco niska cena to cena, która nie pozwala na zyskowną realizację zamówienia. Przyjmując czysto teoretycznie wszystkie postulaty odwołującego, oferta przystępującego pozwoli na osiągnięcie ponad 300 tys zł zysku. Nawet pomnożenie przez dwa wszystkich postulatów odwołującego nie będzie powodować niemożności zyskowej realizacji zamówienia. Przystępujący w przedłożonych wyjaśnieniach przedstawił okoliczności mające wpływ na obniżenie ceny. Wszystkie twierdzenia przystępującego są prawidłowe i odnoszą się do zaoferowanej ceny. Przystępujący wskazał na fakt długoletniej współpracy ze wskazaną kadrą, fakt posiadania centrum zgłoszeniowego, amortyzacji kosztów wykorzystywanego oprogramowania. Odwołujący próbuje podważać argumenty przystępującego, jednak powyższe działania nie ma żadnego przełożenia na potwierdzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Nawet jeżeli podobne okoliczności dotyczą innych wykonawców to nie ma to żadnego wpływu na realność i rzetelność kalkulacji ceny przedstawionej przez przystępującego. Ponadto, przystępujący w treści udzielonych wyjaśnień wprost wskazał na uwzględnienie kosztów pracodawcy dotyczących jednej osoby zatrudnionej w oparciu o umowę o pracę. Tym samym, argumentacja odwołującego w tym zakresie jest bezprzedmiotowa. Reasumując, przedstawione wyjaśnienia były wyczerpujące, zawierały kalkulację cenową popartą stosownymi dowodami, a także odpowiedzi na pytania zawarte w treści wezwania.

Zarzut nr 2 – Rażąco niska cena (Urząd Dzielnicy Mokotów).

Pierwsza część zarzutu sprowadza się do wskazania, iż zrealizowane zamówienie nie dotyczyło migracji do technologii typu open source. Twierdzenie odwołującego nie jest prawdziwe. W treści przedstawionych referencji wprost potwierdzono, że migracja miała miejsce właśnie do technologii open source.

Analiza przedmiotowych zamówień przedstawiona przez odwołującego jest irracjonalna, bowiem wynika z niej, że Urząd Dzielnicy Mokotowa od kilku lat z rządu zawiera umowy na migrację danych z bazy Oracle10i Database Enterprise do bazy Oracle10i Database Enterprise (odwołujący podkreślał, że OPZ nie zmienia się w czasie). W rzeczywistości, na system FK SZOGUN składa się kilkanaście aplikacji (modułów) które sukcesywnie są migrowane do technologii open source. Wbrew twierdzeniom odwołującego, przystępujący nie wykonywał migracji do technologii Oracle10i Database Enterprise. Należy ponadto wyjaśnić, iż w systemie FK SZOGUN poszczególne moduły mają charakter odrębnych aplikacji, dlatego istnieje możliwość ich sukcesywnego migrowania. Gdyby nie stanowiły odrębnych aplikacji nie byłoby możliwości sukcesywnego (częściowego) ich migrowania w kolejnych latach. Zrealizowane zamówienia odpowiadają zatem postawionemu warunkowi.

Zamawiający nie zdefiniował pojęcia aplikacji. Zgodnie z podstawowym rozumieniem za aplikację może zostać także element pakietu oprogramowania. System FK SZOGUN stanowi pakiet oprogramowania, a zatem wykonanie migracji modułu jest równoznaczne z migracją aplikacji.

Fakt, iż wynagrodzenie za zrealizowane zamówienie miało charakter ryczałtowy (na co wskazuje odwołujący) i obejmowało szerszy zakres niż wymaga tego zamawiający nie ma żadnego wpływu na możliwość przedstawienia tego doświadczenia celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wprost dopuścił takie rozwiązanie w Rozdz. 9 ust. 1 uwaga 2 SWZ: *„W przypadku, gdy umowa obejmowała/obejmuje zakres szerszy niż wymagany przez Zamawiającego, Wykonawca winien uwzględnić tylko wartość brutto usług wskazanych w warunku”*. Nie może być mowy o konieczności zawarcia umowy tylko na zakres wymagany warunkiem udziału – jak to wskazuje odwołujący.

Druga część zarzutu sprowadza się do wskazania, iż wartość usługi była niższa niż wymagane 500 000,00 zł brutto. Przystępujący w przedłożonym wykazie w sposób całkowicie jednoznaczny potwierdził spełnienie warunku w zakresie wartości. Rzeczywiście zawarte umowy miały szerszy zakres niż wymagany w warunku. Przystępujący sporządzając wykaz kierował się jednoznacznym pouczeniem zawartym w SWZ tj. *„W przypadku, gdy umowa obejmowała/obejmuje zakres szerszy niż wymagany przez Zamawiającego, Wykonawca winien uwzględnić tylko wartość brutto usług”*

wskazanych w warunku'. Przystępujący dokonał kalkulacji kosztów oraz zysków osiągniętych w ramach zrealizowanych umów i na tej podstawie sporządził wykaz przedłożony w postępowaniu. Odnosząc się do argumentów odwołującego wskazać należy, iż referencje służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Z niczego nie wynika konieczność, aby w treści referencji opisywać wszystkie istotne elementy zrealizowanego zamówienia.

Zarzut nr 2 – Rażąco niska cena (Urząd Zamówień Publicznych).

Przystępujący nigdy nie ukrywał, iż celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedstawił usługę, która była realizowana w ramach trzech kolejnych umów. Podkreślenia wymaga, jednakże, iż była to jedna usługa o charakterze ciągłym. Wszystkie trzy umowy były zrealizowane przez dokładnie tego samego wykonawcę na rzecz tego samego zamawiającego. Również przedmiot umów był tożsamy i niezmienny tj. wykonawca realizował dokładnie ten sam przedmiot zamówienia. Przystępujący nabył więc wymagane doświadczenie, daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Uwzględnienie tak zdobytego doświadczenia jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Przystępujący podkreśla, iż dla zdobytego doświadczenia nie ma żadnej różnicy usługa była realizowana w ramach jednej czy formalnie trzech umów. Przystępujący zwraca uwagę na ugruntowane orzecznictwo Izby oraz Sądów Okręgowych, szczególną uwagę należy zwrócić na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 marca 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 11/23, w którym to nie tylko potwierdzono możliwość sumowania doświadczenia zdobytego w ramach formalnie odrębnych umów, ale przede wszystkim w uzasadnieniu wskazano bogate orzecznictwo Izby w tym zakresie:

KIO 671/20 – „*słusznie podkreślono możliwość sumowania wartości umów, nawet gdy nie były realizowane w tym samym okresie, tylko wykonywano je po sobie, gdy umowy te są ze sobą odpowiednio, funkcjonalnie powiązane, tak jak ma to miejsce w tym przypadku, gdzie mówimy o tworzeniu jednego systemu monitoringu temperatur niejako sukcesywnie na rzecz tego samego podmiotu ((...)), w zależności od jego ograniczonych możliwości finansowych.*

W orzecznictwie wskazuje się nawet, iż dozwolone jest sumowanie doświadczenia z dwóch umów, które nie są ze sobą w żaden sposób powiązane i to nawet gdy są realizowane na rzecz różnych podmiotów (zważywszy, że w SWZ inaczej nie postanowiono i kwestia ta nie została doprecyzowana), a wszystko w imię fundamentalnej zasady przejrzystości postępowania, jak też uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2021 r., KIO 617/21)\".

KIO 1752/11 – „*Brak zatem przeszkód, aby Odwołujący na poczet posiadanego doświadczenia zawodowego wykazywał jako całość roboty wykonane na podstawie wszystkich 5 umów, które w 2006 r. należyście wykonał na rzecz Zamawiającego. Doświadczenie praktyczne jakie nabył Odwołujący przy realizacji tych odrębnych umów nie różni się niczym od tego, gdyby roboty przy przebudowie nawierzchni dróg na terenie Gminy Zielonka były wykonane na podstawie tylko jednej umowy\".*

KIO 515/09 – „*Tak więc oba budynki wykonywane były jako jedno przedsięwzięcie stanowiące pewną całość, które, co najważniejsze, było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu. Takie też stanowisko, co nie pozostaje bez znaczenia, jednoznacznie wyraża Spółdzielnia - inwestor KIO/UZP 515/09 12 z 15 w piśmie z 2 kwietnia 2009 r. podkreślając, iż rozbieżność budowy tego zespołu budynków wynika z zasad związanych z wyliczaniem cen mieszkań. Tak więc samo wykonanie spornego zadania w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania zamówienia, które zostałyby zawarte na podstawie jednej umowy, a przy tym żadna z umów nie oddaje całości wykonanej budowy. Zatem w sytuacji tej ograniczenie jednego zadania/zamówienia do jednej umowy nie wydaje się właściwe - skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził\".*

KIO 3533/20 – „*Odnosząc powyższy pogląd do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że skoro Zamawiający nie wyłączył wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ możliwości powołania się na dwie lub większą liczbę umów, to zsumowanie wartości kilku umów było dopuszczalne, a wykazywany w ten sposób warunek udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2021 r., KIO 3533/20)\".*

KIO 1262/18 – „*Izba nie dopuściła analogicznego sumowania, ale tylko dlatego, że w SWZ było wyraźne zastrzeżenie tego zabraniające. U nas tego nie ma, a wszystkie wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść wykonawców\".*

W realiach przedmiotowego postępowania nie może być mowy o wyraźnym zastrzeżeniu zabraniającym sumowania opisanego wyżej. W SWZ brak takiego postanowienia. Fragmenty SWZ wskazywane przez odwołującego nie są jednoznaczne i nie odnoszą się do wprost do możliwości sumowania. Wszelkie wątpliwości co do rozumienia SWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazuje także na postępowanie z 2023 r. Postępowanie to nie ma nic wspólnego z przedstawionym wykazem usług. Przedmiotowe postępowanie dotyczy stworzenia inteligentnej wyszukiwarki orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i nie ma nic wspólnego z utrzymaniem Platformy Aukcji Elektronicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego konsorcjum Helica (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia złożone przez przystępującego konsorcjum Helica odpowiadają wymaganiom, jakie w tym zakresie postawił ustawodawca

i co zostało potwierdzone zarówno orzecznictwem jak i doktryną. Zdaniem Izby, wyjaśnienia dotyczące wykazania, że cena oferty przystępującego nie jest rażąco niska, są pełne, odnoszą się do wszystkich aspektów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, przyjmują w swoich założeniach czas jaki na realizację zamówienia przewidział zamawiający oraz zostały poparte stosownymi dowodami. Okoliczność, iż odwołującemu dostępne są inne rozwiązania poparte właściwymi temu wykonawcy założeniami oraz potencjałem i doświadczeniem nie może oznaczać jednocześnie, że przystępujący wadliwie wycenił ofertę.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, że za cenę podaną w ofercie przystępującego konsorcjum Helica nie da się zrealizować zamówienia. Odmienność w rozłożeniu kosztów świadczenia usługi jest okolicznością dedykowaną każdemu wykonawcy indywidualnie, dlatego też kwestionowanie sposobu świadczenia usługi z uwagi na inne rozłożenie akcentów związanych z realizacją zamówienia nie może stanowić zasadnego argumentu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Izba nie stwierdziła również, aby wystąpiła okoliczność związana ze zobowiązaniem zamawiającego do wezwania przystępującego konsorcjum Helica, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W ocenie Izby, złożony przez przystępującego konsorcjum Helica wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich prawidłową realizację, potwierdzają wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Oznacza to, że przystępujący konsorcjum Helica wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Również w tym zakresie odwołujący pozostaje na poziomie domniemywania. Żaden ze złożonych przez odwołującego dowodów nie potwierdzał okoliczności, na które został powołany. Odnosząc się do usług wykonywanych na rzecz Urzędu Dzielnicy Mokotów

w Warszawie zarówno wartość referencyjnego zamówienia jak i jego merytoryczny zakres pozostają w zgodzie z opisem warunku udziału w postępowaniu.

Okoliczność, iż odwołującemu wydaje się niemożliwe wykonanie jednego z elementów całości zamówienia za kwotę wskazaną w wykazie nie stanowi jeszcze podstawy do uznania zarzutu za zasadny. Nadto wskazać należy, iż przystępujący konsorcjum Helica, na rozprawie złożył wyliczenia, stanowiące opracowanie własne dotyczące zakresu oraz wyceny usługi referencyjnej, a odwołujący nie zakwestionował tego dowodu.

W zakresie usługi wykonywanej na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych Izba zwraca uwagę na fakt, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą (w tym miejscu Izba w całości odwołuje się do orzecznictwa wskazanego przez przystępującego w piśmie procesowym), wszelkiego rodzaju nieścisłości, sprzeczne informacje wynikające z dokumentów zamówienia przygotowanych przez zamawiającego i obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą obciążać wykonawców, w ten sposób, aby można było względem wykonawców wyciągać negatywne skutki faktyczne i prawne.

Zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu posłużył się, w ocenie Izby, sformułowaniem zamiennym, gdyż opis w treści „*dwóch usług (umów) o wartości (...)*” można było zinterpretować w dwojaki sposób, tj., że zamawiający wymagał legitymowania się wykazaniem wykonania dwóch usług lub zamiennie dwóch umów.

Przyjmując zatem ww. zasadę braku negatywnych konsekwencji w sytuacji stwierdzenia rozbieżności w dokumentacji postępowania, Izba stwierdziła, że usługa referencyjna wykazana przez przystępującego konsorcjum Helica dotycząca usług wykonywanych na rzecz UZP, jako usługa ciągła, wykonywana w tym samym zakresie rzeczowym przez okres ostatnich trzech lat, mimo, że wykonywana na podstawie trzech następujących po sobie umowach, prawidłowo została zakwalifikowana przez zamawiającego jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu. Skoro zatem usługa (jako

całość) odpowiadała pod względem merytorycznym jak i wartościowym opisanemu warunkowi to zarzut odwołującego uznać należało za niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza pozostając w zakresie zarzutów postawionych w odwołaniu, tym samym pomijając argumentację i zarzuty wskazywane przez odwołującego w piśmie procesowym z 1 lipca 2024 roku (art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu) stwierdziła, iż żaden z zarzutów odwołania nie był zasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....