**Sygn. akt: KIO 2582/15**

**WYROK**

**z dnia 10 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 listopada 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Atos Polska S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Atos IT Services sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Atos Polska S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Atos IT Services sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie 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 konsorcjum firm: Atos Polska S.A., z siedzibą w Łodzi oraz Atos IT Services sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.**

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od



dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący:**

……



**Sygn. akt: KIO 2582/15**

**UZASADNIENIE**

W dniu 26 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm Atos Polska S.A. oraz Atos IT Services Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucają zamawiającemu Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej „Zamawiający"): (i) bezpodstawnie dokonanie wyboru oferty wykonawcy: Sygnity S.A.; (ii) bezpodstawnie odrzucenie oferty Odwołującego, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na '"Zakup usługi utrzymania oraz rozwoju systemu monitorowania kredytów inwestycyjnych z dopłatami ARIMR (SI - Agencja

*KI)" Zamawiający pismem z dnia 16 października 2015 r. wezwał Odwołującego m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej z uwagi na przypuszczenie istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. W odpowiedzi na wymienione wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 23 października 2015 r. zatytułowanym „Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość przedstawionej ceny" dokonał szerokiego omówienia czynników, które przekładały się na ostateczny kształt złożonej przez Odwołującego oferty. Odwołujący podkreślił, iż wykonawca projektując ofertę cenową w kontekście wykonania przedmiotu umowy, kierował się przede wszystkim, aby wskazana cena zawierała wszystkie elementy gwarantujące należyte wykonanie umowy oraz zapewniała właściwy zysk odpowiadający oczekiwaniom konsorcjum z punktu widzenia ich udziału w projekcie oraz z uwagi na cel prowadzenia działalności gospodarczej spółek wchodzących w jego skład. Wyjaśnienie znajduje się w aktach sprawy i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

W ocenie Odwołującego udzielona odpowiedź była wyczerpująca, jednakże Zamawiający pismem z dnia 29 października 2015 r. poprosił o dalsze wyjaśnienia dotyczące wyceny Punktu



---

Funkcyjnego w odniesieniu do struktury prac wynikających z przyjętego we wzorze umowy cyklu wytwórczego. Odwołujący zagregował na to pismem z dnia 03.11.2015 r. zajmując rzeczowe stanowisko. Odwołujący wskazał, że w dniu 16 listopada 2015 r., w piśmie opatrzonym tą samą datą, Zamawiający poinformował wykonawcę o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jako jedyna podstawę faktyczną Zamawiający wskazał, że wbrew założeniom wykonawcy języki oprogramowania Visual Basic 6.0. i JAVA są językami programowania w technologii 3 generacji (3 GL), a to oznacza, że w metodzie szacowania z zastosowaniem punktów funkcyjnych wykonawca powinien przyjąć pracochłonność programowania dla technologii trzeciej generacji (3GL), tj. 8 godzin kodowania przez programistę. Zamawiający wskazał, że uwzględnienie przez Odwołującego w ofercie pracochłonności programowania dla technologii czwartej generacji - 4 GL (tj. 1 godziny i 30 min. kodowania przez programistę) wpłynęło na cenę oferty znacznie ją zaniżając.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zakwestionował wyłącznie jeden element, związany z dokonaną przez Odwołującego oceną możliwości zastosowania technologii programowania 4 GL przy realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego błędne założenie spowodowało „znaczne zaniżenie" oferty, ale jednocześnie Zamawiający nie przedstawił żadnej kalkulacji wskazującej, że stosując bardziej pracochłonną technologię 3 GL zamówienia nie dałoby się wykonać bez straty. Odwołujący wskazał, że zgodnie z zamieszczonymi informacjami w pismach wyjaśniających przesłanych do Zamawiającego w dniu 23 października 2015 r. oraz 3 listopada 2015 r., podtrzymuje swoje stanowisko, iż technologie Visual Basic 6.0 (VB) oraz JAVA są technologiami czwartej generacji (4GL). Natomiast VB oraz JAVA mogłyby być uznawane za języki trzeciej generacji (3GL) gdyby rozpatrywane były wyłącznie czyste języki programowania, bez uwzględnienia środowisk technologicznych.

Odwołujący podkreślił, że przedstawiając pracochłonności Punktu Funkcyjnego w swoich wyjaśnieniach użył określenia generacji technologii, a nie generacji języków. Nie jest tożsame rozpatrywanie konstrukcji języka programowania z narzędziami technologicznymi służącymi do rozwoju danego języka. W ocenie Odwołującego współczesne języki programowania, o cechach 3GL, mogą być tworzone z użyciem technologii 3GL, która polega na pisaniu kodu w postaci linii poleceń. Oznacza to sposób tradycyjny, „ręczny", do którego wykorzystywany jest edytor tekstowy lub dedykowany do konkretnego kodu języka. Współczesne środowiska programistyczne upraszczają sposób tworzenia kodów źródłowych w tym kodów VB oraz JAVA i sprowadzają technologię rozwoju kodów języka do technologii czwartej generacji. Technologie czwartej generacji opierają się na wizualnym interfejsie dostępnym dla programisty. Programista nie tworzy „ręcznie", lecz „wyklikuje" rozwiązanie, które następnie



---

automatycznie, przez narzędzie zapisywane jest, jako linie programowe w kodzie źródłowym określonego języka programowania (np. VB czy JAVA). Przy takim podejściu programista nie musi koncentrować się na właściwym nazywaniu procedur, nie musi znać wszystkich instrukcji danego języka, nie musi się koncentrować nad tym, aby nie popełnić błędu składni języka. Programista w szczególności koncentruje się na wizualnym wyniku programu. Opisany sposób pracy skraca wielokrotnie pracochłonność programowania. Wynik pracy programisty jest bezpośrednio widoczny na ekranie komputera.

W przypadku tradycyjnych metod pracy w 3GL, wizualizacja wyniku pracy następuje dopiero po kompilacji kodu źródłowego, o ile kod jest napisany prawidłowo. W przypadku pojawienia się błędów w kodzie np. błędu składniowego wynik pracy nie jest widoczny, lecz pojawia się komunikat błędu. Błąd należy poprawić, a następnie ponowić próbę kompilacji. Z opisu metodyki pracy w technologii trzeciej generacji w sposób jednoznaczny wynika dużo większa pracochłonność niż w technologii 4GL. Pomimo zmiany sposobu pracy przez programistę w czwartej generacji narzędziach nadal stosowane jest określenie „kodowanie", co nie oznacza pisania „ręcznego" kodów źródłowych w tak szerokim stopniu jak to jest konieczne dla technologii 3GL.

Odwołujący wskazał, że przedstawiając szacowanie pracochłonności Punktu Funkcyjnego, użył właściwego odniesienia, że jest to technologia czwartej generacji. Należy też jednoznacznie stwierdzić, że na pracochłonność pisania programu przez programistę ma wpływ nie generacja konkretnego języka programowania, lecz generacja narzędzi, czy platformy technologicznej za pomocą, której kod danego języka jest generowany. Faktycznie jak zauważył Zamawiający, jeśli kod źródłowy języków VB lub JAVA byłby pisany „ręcznie", linia po linii instrukcja po instrukcji, wówczas pracochłonność programowania sprowadzałaby się do technologii 3GL. Jednak Odwołujący do rozwoju VB oraz JAVA używa technologii (narzędzi) czwartej generacji i jak uzasadnił powyżej nakład pracy w tych narzędziach jest kilkakrotnie niższy niż w przypadku 3GL (tego zresztą nie kwestionuje Zamawiający.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za chybiony, co czyni niniejsze odwołanie koniecznym i uzasadnionym.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") oraz ogłoszenie o zamówienia nr



---

2015/S 062-109197, ze zmianami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) wezwanie Zamawiającego skierowana do Odwołującego z dnia 16 października oraz 29 października 2015 r. oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 23 października oraz 3 listopada 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (v) oświadczenia spółki Oracle z dnia 12 listopada oraz 3 grudnia 2015 r., oświadczenie spółki Simple S.A. z dnia 19 listopada 2015 r., oświadczenie firmy Puerta Logic z dnia 28 października 2015 r., prezentacja własna Odwołującego obrazująca wykorzystywanie języka Java w technologii 4GL, opinie prywatną Krajowej Izby Gospodarczej, Elektronika i Telekomunikacja z 7 grudnia 2015 r., oświadczenie spółki Atende z dnia 7 grudnia 2015 r., korespondencję e – mailowa z dnia 28 października 2015 r. - na okoliczność wykazania, iż języki programowe Java i Visual Basic (dalej „VB") mogą być używane w technologii 4GL; (vi) odwołanie Odwołującego z dnia 1 czerwca 2015 r. oraz stanowisko Odwołującego z dnia 22 lipca 2015 r. na okoliczność wykazania, że w innym postępowaniu Odwołujący prezentował odmienne stanowisko w kwestii sposobu obliczenia pracochłonności Punktu Funkcyjnego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Zakup usługi utrzymania oraz rozwoju systemu monitorowania kredytów inwestycyjnych z dopłatami ARIMR (SI - Agencja *KI)".

Zgodnie z zapisami SIWZ, pkt 4.2 na usługi utrzymania systemu aplikacyjnego SI – Agencja

*KI składał się m.in. usługa rozwoju systemu aplikacyjnego SI – Agencja *KI, na które zaś z kolei składają się następujące usługi: (1) grupa Usług Rozwoju (G4), szczegółowo opisana w Załączniku nr 4 do umowy, w tym (a) usługa modyfikacji, szczegółowo opisana w Załączniku nr 4A do umowy.

W załączniku nr 4C do wzoru umowy Zamawiający określił sposób wyceny usługi modyfikacji. W pkt 17 zakres usług wchodzących w usługę modyfikacji oraz udział procentowy w pracochłonności Punktu Funkcyjnego.

Zamawiający w załączniku nr 20 do wzoru umowy zawarł opis systemu SI – Agencja *KI.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16 października 2015 r. wezwał Odwołującego m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej z uwagi na przypuszczenie istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w piśmie z dnia 23 października 2015 r. złożył wyjaśnienia.



Zamawiający pismem z dnia 29 października 2015 r. poprosił o dalsze wyjaśnienia dotyczące wyceny Punktu Funkcyjnego w odniesieniu do struktury prac wynikających z przyjętego we wzorze umowy cyklu wytwórczego. Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 03.11.2015 r.

Pismem z dnia 16 listopada 2015 r., Zamawiający poinformował wykonawcę o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że wbrew założeniom wykonawcy języki oprogramowania Visual Basic 6.0. i JAVA są językami programowania w technologii 3 generacji (3 GL), a to oznacza, że w metodzie szacowania z zastosowaniem punktów funkcyjnych wykonawca powinien przyjąć pracochłonność programowania dla technologii trzeciej generacji (3GL), tj. 8 godzin kodowania przez programistę.

W dniu 7 grudnia podczas posiedzenia z udziałem stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że godnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, że zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dać wykonawcy szansę



wykazania okoliczności przeciwnych, które przykładowo zostały podane przez ustawodawcę w przywołanym przepisie.

W kontekście omawianego zarzutu podkreślić należy, że cena rażąco niska winna zawsze być odniesiona do okoliczności konkretnego postępowania przetargowego, w tym w szczególności

do wymagań zamawiającego zawartych w dokumentacji przetargowej. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kardy w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Podkreślić bowiem należy, że wyeliminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybienia na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że . rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy i wyboru nowego wykonawcy w trybie przetargowym. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień. Dlatego też tak istotne, w ocenie Izby jest, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się go generalnych stwierdzeń, niemających żadnego przełożenia na realia konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności technicznych, ekonomicznych czy też prawnych założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. To bowiem, iż wykonawca dysponuje daną technologią czy też posiada wiedzę o korzyściach związanych z zastosowaniem danych rozwiązań technologicznych nie przekłada się automatycznie na obniżenie ceny w każdym postępowaniu przetargowym. Wykonawca winien bowiem w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającego, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące uwarunkowania zawarte w SIWZ jest możliwe zastosowania takich



rozwiązań, co przekładać się będzie na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nie znaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia. Nie taki zaś był cel ustawodawcy wskazany w art. 90 ust. 1 i 2 stawy Pzp.

Podkreślić również należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie przedmiotowych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż Zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Czynności te nie były kwestionowane przez Odwołującego. Dalej wskazać należy, że bezsporny pomiędzy stronami było, to, że języki programowe VB oraz JAVA są językami 3 generacji. Obie strony potwierdziły to podczas postępowania odwoławczego. Potwierdzają to również dowody przedłożone Izbie (m.in. oświadczenie Oracle z dnia 3 grudnia 2015 r.). Spór pomiędzy stronami dotyczył zaś tego czy w ramach złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, iż realiach przedmiotowego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące uwarunkowania Systemu SI – Agencja *KI możliwa jest modyfikacja języków programowych VB oraz JAVA z użyciem narzędzi programowych 4 GL i osiągnięcie oszczędności na które powołuje się Odwołujący. W ocenie Izby analiza złożonych wyjaśnień nie pozwala na przyjęcia, iż Odwołujący wykazał Zamawiającemu realność dostępnych oszczędności, a tym samym nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena za realizację

zamówienia nie jest ceną rażąco niską.

Po pierwsze wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, obecnie funkcjonujący u Zamawiającego system SI – Agencja *KI został szczegółowo opisany w SIWZ. W załączniku nr 20 do wzoru umowy, Zamawiający zawarł bowiem szczegółowy opis funkcjonującego systemu, wraz z używanymi aplikacjami, przekazując jednocześnie informacje o kodach źródłowych aplikacji SI – Agencja *KI. Dla profesjonalisty, jakim jest Odwołujący, nie winno budzić żadnych wątpliwości, że aplikacja SI – Agencja *KI została zbudowana w oparciu o komponenty w technologii 3 GL i wymaga bezpośredniego ręcznego kodowania przez programistę. Dalej wskazać należy, zgodnie ze wzorem umowy wykonawca będzie zobowiązany do dokonywania bieżących modyfikacji systemu do czasu zmiany obecnie



funkcjonującej architektury systemu. Szacowany przez Zamawiającego czas na zmianę obecnie funkcjonującej architektury systemu to około 18 miesięcy, co oznacza, że w tym czasie modyfikacje biznesowe dokonywane będą na obecnie istniejącym systemie w technologii 3 GL. Okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował.

W powyższych okolicznościach Odwołujący szacując koszt realizacji Usługi Rozwoju, w tym usługi Modyfikacji G4U1 dokonał wyceny Punktu Funkcyjnego na kwotę 300 zł, wskazując, iż przyjął pracochłonność dla jednego Punktu Funkcyjnego na poziomie 1.5h, odpowiednią dla pracochłonności dla czwartej generacji 4 GL. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że System SI – Agencja *KI został oparty na technologiach Microsoft np. Visual Basic oraz JAVA, które są typowymi technologiami czwartej generacji (4GL). W ocenie Izby w trakcie postępowania odwoławczego została wykazanie, iż przywołane przez Odwołującego języki programowe JAVA oraz Visual Basic są językami trzeciej generacji w technologii 3 GL, zaś w ograniczonym zakresie można używać narzędzi programowych 4 GL w procesie ich modyfikacji.

W ocenie Izby w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący nie zawarł żadnej analizy możliwości zastosowanie narzędzi programistycznych 4 GL do systemu SI – Agencja *KI, przyjmując a priori błędne założenie, iż system SI – Agencja *KI został oparty o technologię czwartej generacji. Ogólne stwierdzenie Odwołującego, że zamierza zastosować technologię 4 GL, która znacznie zmniejsza koszty pracy programisty nie zostało w żaden sposób przełożone na realia przedmiotowego postępowania przetargowego. Nie taka jest rola wyjaśnień jakie winni złożyć wykonawcy. Obowiązkiem Odwołującego było udowodnienie Zamawiającemu, iż mając na uwadze opis systemu zawartego w załączniku nr 20 do wzoru umowy, będzie on w stanie wykonywać modyfikacje biznesowe z użyciem narzędzi programowych 4 GL w ramach istniejącego aplikacji VB oraz JAVA. Takiej analiza Izba nie odnalazła w treści wyjaśnień. Ogólne stwierdzenie o przyjętych założeniach technologicznych, bez jakiekolwiek próby wykazania Zamawiającemu realności takich założeń, które mają bezpośredni wpływ na realność ceny, nie sposób uznać za wyjaśnienia wiarygodnie, rzeczowe czy wystarczające. W jakiż bowiem sposób Zamawiający może zweryfikować zasadność przyjętych podstaw do obliczenia ceny skoro Odwołujący nie przekazał mu żadnych materiałów źródłowych na jakich się oparł. Za taki materiał nie można z pewnością uznać ogólnego oświadczenia wykonawcy o posiadanym doświadczeniu, gdyż nie jest ono w żaden obiektywny sposób weryfikowalne przez Odwołującego. Doświadczanie wynika bowiem z realizacji konkretnych projektów technologicznych, odpowiadających lub zbliżonych do opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w SIWZ. Izba nie odnalazła takich odniesień w treści wyjaśnień, a jeżeli wykonawca proponuje rozwiązania innowacyjne, winien co najmniej uprawdopodobnić



Zamawiającemu, że mogą być one implementowane w projekcie realizowanym przez Zamawiającego. Odwołujący nie powołał się na żadną z takich okoliczności. Nie wskazał choćby na jeden projekt, w którym z sukcesem zastosował technologię 4 GL dokonując modyfikacji biznesowych systemu wykorzystującego języki programowe trzeciej generacji i operujących w technologii 3 GL. Nie wskazał również, iż stosuje rozwiązania innowacyjne i dotychczas nietestowane.

Co się zaś tyczy dowodów złożonych przez Odwołującego Izbie, to po pierwsze winny być one

złożone Zamawiającemu w ramach składanych wyjaśnień skoro, w ocenie Odwołującego, stanowią potwierdzenie realności przyjętych założeń technologicznych. Jak Izba wskazała powyższej, przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę może być wyłącznie czynność czy też zaniechanie czynności przez Zamawiającego. Izba ocenia więc czy materiał przedłożony przez wykonawcę w ramach składanych wyjaśnień był zasadny do przyjęcia zaoferowania ceny rażąco niskiej i to na wykonawcy w ramach postępowania odwoławczego ciąży dowodu wykazania, że złożone Zamawiającemu dokumenty w ramach wyjaśnień nie potwierdzały zaoferowania rażąco niskiej ceny. Nie można, jak chciałby Odwołujący, interpretować art. 190 ust. 1a ustawy Pzp w oderwaniu od pozostałych regulacji ustawy Pzp. Podkreślić należy, że Odwołujący w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą ani raz nie odniósł się do treści złożonych wyjaśnień i nie podjął próby wykazania Izbie, że na ich podstawie zasadne jest przyjęcie wniosku o zaoferowaniu ceny realnej. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania Zamawiającemu w trakcie procedury wyjaśniającej zainicjowanej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, iż zaproponowanego przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. To zaś wiąże się między innymi z udowodnieniem realności przyjętych założeń technologicznych, które skutkują istotnymi oszczędnościami po stronie wykonawcy.

Po drugie wskazać należy, że przedłożone dowody nie potwierdzają, że Odwołujący ma możliwość osiągnięcia wskazanych oszczędności związanych z zastosowaniem technologii 4 GL. Przedłożone dowody potwierdzają, w ocenie Izby, okoliczności niesporne pomiędzy stronami, a mianowicie, iż język aplikacji JAVA oraz VB są uznawane za języki programowania 3 GL oraz, że stosunek nakładu pracy programisty dla języka 3 GL jest znacznie wyższy niż dla języka 4 GL. Przedłożone jednak dowody nie potwierdzają okoliczności na jakie wskazywał Odwołujący tj. iż będzie miał możliwość realizacji nałożonych na niego obowiązków modyfikacji systemu funkcjonującego u Zamawiającego z użyciem narzędzi w technologii 4 GL. Złożone dowody wskazują jedynie, że pewien zakres prac (tj. budowa warstwy interfejsu użytkownika) może być wykonana przy użyciu narzędzi w technologii 4 GL (tak m.in. przedłożona ekspertyza Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji), nie zaś wykonanie modyfikacji w stosunku do całego systemu. Podkreślić również należy, że wnioski



zawarte w ekspertyzie Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji nie zaprzeczają stanowisku Zamawiającego. Z przedłożonej ekspertyzy wynika wyłącznie, iż nie można automatycznie z faktu napisania aplikacji w języki 3 GL wywodzić, że wszelkie prace nad nią muszą być prowadzone w tym języki. Takiej tezy nie postawił Zamawiający. Zamawiający wykluczył natomiast możliwość zastosowania narzędzi w technologii 4 GL do wykonania całej modyfikacji aplikacji napisanych w języku 3 GL, bo taki wniosek wynikał z złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Podkreślić przy tym należy, że w treści złożonych wyjaśnień Odwołujący w żaden sposób nie wyraził zamiaru stosowania przez siebie narzędzi technologii 4 GL jedynie do określonych części przedmiotowego systemu informatycznego. Wręcz przeciwnie, argumentacja Odwołującego sprowadzała się do tezy, że dzięki zastosowaniu technologii 4 GL pracochłonność kodowania przez programistę w odniesieniu do całego systemu informatycznego ulegnie obniżeniu z właściwych dla języka 3 GL 8 godzin pracy programisty na Punkt Funkcyjny do jedynie 1.5h, a więc pięciokrotnie. Okoliczność tej jednak Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił Zamawiającemu. Odwołujący bowiem nie przedstawił Zamawiającemu żadnej analizy w jaki sposób będzie dokonywał modyfikacji biznesowych systemu obecnie funkcjonującego w Zamawiającego w technologii 3 GL z użyciem narzędzi w technologii 4 GL. Nie odniósł się w żaden specyficzny sposób do narzędzi Visual Studio czy Oracle ADF i w jaki sposób ich zastosowanie obniży koszty realizacji zamówienia i w jakim stopniu. Odwołujący co najwyższej uprawdopodobnił Izbie podczas postępowania odwoławczego, co zresztą sam Zamawiający przyznał w treści odpowiedzi na odwołanie, że możliwe jest zastosowanie narzędzi w technologii 4 GL do wybranych elementów systemu. Jednakże w samym wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia, że narzędzia właściwe dla technologii 4 GL będą używane do określonych części systemu funkcjonującego u Zamawiającego.

W ocenie Izby w treści wyjaśnień Odwołujący nie wskazał na żadne narzędzia, które umożliwi mu automatyczne przeniesienie dotychczasowego środowiska programowego Zamawiającego na nową technologię, bez konieczności przepisywania całych fragmentów kodów aplikacji i nie przedstawił żadnych dowodów uprawdopodobniających techniczną

możliwość wykonania takiego procesu. W konsekwencji nie wykazał realności przyjętych przez siebie wyceny kosztów związanych z pracą programistów, a tym samym realności zaproponowanej ceny. Takim dowodem nie jest z pewnością przedłożone Izbie oświadczenia spółki Simple S.A. (notabene podwykonawcy Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym), które poza ogólnikowymi stwierdzeniami o szerokim doświadczeniu i nic nie znaczących stwierdzeń o zaletach technologii 4 GL, nie stanowi żadnej merytorycznej analizy przedmiotu sporu pomiędzy stronami.



W końcu podkreślić należy, że prezentowane stanowisko przez Odwołującego jest zaprzeczeniem stanowiska prezentowanego przez tego wykonawcę w innym postępowaniu przeprowadzonym przez Zamawiającego. Przywołać w tym kontekście należy stanowisko Odwołującego z dnia 22 lipca 2015 r., w którym wykonawca wskazał m.in. iż zgodnie z międzynarodowym standardem szacowania pracochłonności dla PF wartość ta jest zależna od technologii: dla 3 GL przyjmuje się pracochłonność kodowania przez programistę na poziomie 8h, natomiast w technologii 4 GL 1.5 h. Dalej wykonawca wskazał, że wobec faktu, iż ARiMR jest w posiadaniu głównie systemów w technologii 3 GL, należałoby oczekiwać, że pracochłonność samego kodowania przez programistę zawarta 1 PF zajmuje około 1 dnia roboczego. Izba nie podziela stanowiska, że pismo to nie ma znaczenia dla sprawy z uwagi na to, że dotyczy innego postępowania. Podkreślić bowiem należy, że w treści pisma Odwołujący określając sposób obliczenia kosztu PF odnosi się do systemów w technologii 3GL, a więc do systemu z jakim mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Niezrozumiałym więc jest, a co więcej niewyjaśnionym przez samego Odwołującego, źródło tak drastycznej zmiany poglądów. Za uzasadnienie zmiany stanowiska Odwołującego nie można uznać ogólnego stwierdzenie, iż stanowisko to było prezentowane w innym postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Złożone wyjaśnienia nie przedstawiają analizy kluczowych założeń technologicznych przyjętych przez Odwołującego, a będących kluczowym aspektem koszto - twórczych związanych z realizacją zamówienia. W ocenie Izby przyjęty przez Odwołującego założenia technologiczne realizacji zamówienia nie zostały w żaden sposób odniesione do przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**……