**Sygn. akt: KIO 478/16**

**WYROK**
**z dnia 19 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **S&T Services Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Centralne Biuro Antykorupcyjne w Warszawie**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sygnity Spółka Akcyjna w Warszawie, LST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu w Warszawie:**
   - unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sygnity Spółka Akcyjna w Warszawie, LST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie,**
   - ujawnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sygnity Spółka Akcyjna w Warszawie, LST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie,** dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,



---

   - odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sygnity Spółka Akcyjna w Warszawie, LST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie,**
   - dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – centralne Biuro Antykorupcyjne w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S&T Services Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Centralnego Biura Antykorupcyjnego w Warszawie** na rzecz **S&T Services Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy koszty odwoławczego sześćset złotych), stanowiącą postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok,
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**……**



---

**Sygn. akt KIO 478/16**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Centralne Biuro Antykorupcyjne w Warszawie –

prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę serwisu i aktualizacji systemu wraz ze wsparciem konsultantów dla wdrożonego u zamawiającego systemu klasy ERP.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 1 kwietnia 2016 roku wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy, tj:

a) wyboru oferty przystępującego,

b) zaniechania odrzucenia oferty przystępującego,

c) zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego,

d) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503) (dalej: „Uznk") poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo, iż informacje zastrzeżone przez przystępującego nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

b) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień wraz z dowodami i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez



przystępującego, mimo iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego potwierdzają, iż cena jego oferty zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu świadczenia usług poniżej rzeczywistych kosztów;

d) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie braku wyceny wszystkich elementów oferty lub wycenę na okres krótszy niż wskazany w s.i.w.z.;

e) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) odrzucenia oferty przystępującego;

c) odtajnienia wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny;

d) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i został sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert. Oferta, która została zakwalifikowana na pierwszym miejscu podlega odrzuceniu i w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza. Nieuwzględnienie odwołania pozbawi odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia czego skutkiem będzie poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W zakresie zarzutu zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący podniósł, że zamawiający bezpodstawnie odmówił odwołującemu wglądu w wyjaśnienia przystępującego w zakresie rażąco niskiej



---

ceny. Odwołujący wskazał na art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz art. 11 ust. 4 Uznk, wskazując, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący wskazał, że nie jest dopuszczalne całościowe, ogólne zastrzeżenie całości wyjaśnień przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania. W związku z powyższym odwołujący wskazał na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do całości informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, odwołujący wskazał, iż w postępowaniu złożone zostało 5 ofert o dość zbliżonych cenach (różnica pomiędzy najdroższą a najtańszą w tej grupie wynosi około 19%). Oferta przystępującego jako jedyna ma cenę znacznie odbiegającą od pozostałych - stanowi około 72% procent ceny następnej w kolejności oferty - odwołującego oraz tylko 57% ceny oferty najdroższej.

Odwołujący wskazał, że na wartość oferty (jej łączną cenę) składają się następując elementy:

• świadczenie Usług Serwisu przez okres 36 miesięcy;

• świadczenie Usług Asysty Technicznej przez okres 36 miesięcy;

• wynagrodzenie brutto za 2360 roboczogodzin Usług Konsultacyjnych.

Wskazana powyżej cena łączna nie jest ceną ryczałtową należną wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, której wysokość jest przez zamawiającego lecz maksymalną (umowy). Zamawiający zagwarantowana, wartością zamówienia przewidział odrębne rozliczenie za każdy z ww. zakresów. I tak: płatności za świadczenie Usług Serwisu i Asysty Technicznej objętych umową w kwocie wynikającej z oferty wykonawcy nastąpią w transzach płatnych z góry za każde 6 miesięcy świadczenia tych usług. Natomiast Usługi Konsultacyjne realizowane będą na podstawie Zlecenia Pracy podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i rozliczane na podstawie iloczynu godzin pracy konsultanta i kosztu godziny pracy konsultanta podanej w ofercie



---

wykonawcy wybranego w postępowaniu. Wielkość 2360 godzin podana przez zamawiającego stanowi limit łącznego czasu Usług Konsultacyjnych. W OPZ nie ma jednak zobowiązania, że zamawiający zobowiązany jest do zlecenia Usług Konsultacyjnych w ww. liczbie godzin. Wykonawca musi jednak uwzględnić w ofercie cenę realizacji pełnego zakresu, przy czym zamawiający nie wskazał żadnego miesięcznego limitu wymiaru Usług Konsultacyjnych. Oznacza to zatem, że wykonawca w ramach realizacji zamówienia otrzyma

wynagrodzenie:

- za Usługi Serwisu oraz Asysty Technicznej w wysokości wskazanej w ofercie (każde w dwóch transzach z góry);

- za świadczenie Usług Konsultacyjnych, ale tylko zamówionych i odebranych przez zamawiającego na podstawie Zleceń Pracy, według stawki godzinowej wynikającej z ceny oferty (cena za Usługi Konsultacyjne podzielona przez 2360 godzin).

Usługi Serwisu wykonawcy zobowiązani są wykupić od producenta SAP. Wynika to § 7 ust. 2 wzoru umowy: Wykonawca zobowiązany jest do wykupienia usług, o których mowa w Załączniku nr 1 w pkt 4.1.1. oraz z pkt 4.1.1. Załącznika nr 1 do s.i.w.z. - Opis przedmiotu zamówienia: Zamawiający wymaga zapewnienia świadczeń jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Standard Support w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zakres usługi SAP Standard Support opisany jest w załączniku nr 1 do OPZ. Zgodnie z definicją zawartą w OPZ Wsparcie Producenta to usługi wsparcia Oprogramowania Standardowego oferowane przez SAP AG na poziomie SAP Standard Support. Załącznikiem nr 2 do Umowy jest „Plan usług SAP Standard Support regulujących świadczenie usług pomocy technicznej przez SAP w ramach SAP Standard Support.

Odwołujący wskazał, że przystępujący zaoferował świadczenie Usług Serwisu za 36 miesięcy, które, jak zostało wskazane powyżej, zobowiązane jest wykupić od producenta SAP. Cena z oferty przystępującego to 375.077,43 zł brutto. Z informacji uzyskanych bezpośrednio od producenta SAP wynika, że wartość opłat z tego tytułu (wartość Wsparcia Producenta) za okres 36 miesięcy objęty umową (od 1 kwietnia 2016 roku do 31 marca 2019 roku) wynosi 401.440,87 zł netto, tj. 493 772,27 zł brutto. Wszyscy partnerzy SAP ponoszą opłaty serwisowe na takich samych warunkach, tj. za takie same kwoty. Podstawą wyceny Wsparcia Producenta jest bowiem wartość licencji posiadanej przez zamawiającego z uwzględnieniem jednakowej dla wszystkich stawki serwisowej (w procentach) powiększonej o szacowany współczynnik inflacji. Nie jest więc możliwe wykupienie od producenta Usług Serwisu (Wsparcia Producenta) na okres 36 miesięcy za kwotę zaoferowaną przez



przystępującego. Żaden z partnerów SAP nie uzyska usług serwisu za kwotę podaną w ofercie przystępującego. Przystępujący nie ma w tym przypadku żadnego szczególnego, innego niż pozostali wykonawcy statusu partnerskiego ani nie istnieją żadne szczególne, tylko jemu przynależne okoliczności, na które mogłoby ewentualnie powołać się w treści wyjaśnień, uzasadniając powyższą cenę. Oznacza to, że przystępujący albo (i) nie wykupi serwisu producenta lub nie przewidział jego wykupu na pełen wymagany umową okres bądź nie uwzględnił innych elementów wymaganych przedmiotem zamówienia, co jest wprost sprzeczne z s.i.w.z. albo (ii) zaoferowało cenę poniżej rzeczywistych kosztów jej świadczenia, co potwierdza zaoferowanie ceny rażąco niskiej oraz zgodnie z art. 15 ust 1 Uznk stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, którym jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Równocześnie brak w wyjaśnieniach jednoznacznego wykazania powyższego kosztu popartego odpowiednimi dowodami potwierdzającymi, że istotnie przystępujący uzyskał u producenta SAP taką ofertę, świadczy o tym, że wyjaśnienia przystępującego są całkowicie niewiarygodne i gołosłowne. Równocześnie zaniżony koszt w wysokości 118.694,84 zł oznacza zaniżenie całej ceny oferty o około 9,5%, nie uwzględniając jakiejkolwiek marży.

W ocenie odwołującego, brak wyceny całego przedmiotu zamówienia oznacza także niezgodność oferty z s.i.w.z. i konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Odwołujący wskazał, że nieuprawnione byłyby ewentualne twierdzenia przystępującego wskazujące na możliwość pokrycia tego kosztu w ramach pozostałych zakresów zamówienia. Jest to wydzielony element zamówienia odrębnie rozliczany, zatem wykonawca zobowiązany był do jego rzetelnej kalkulacji i ujęcia w cenie wszelkich kosztów koniecznych po poniesienia. Nie jest dopuszczalne „przerzucanie" kosztów świadczenia usługi pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia i oferowanie części usług poniżej

kosztu ich nabycia, ponieważ stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji określony Uznk.

Odwołujący podniósł, że zaniżenie ceny jest tak znaczące, że nie ma możliwości jego zniwelowania w ramach Usług Asysty Technicznej, gdyż oznaczałoby to wykonywanie tych usług za nieco ponad około 300.000 zł brutto przez okres 3 lat, z uwzględnieniem wszelkich kosztów i ryzyk oraz marży, co nie jest możliwe przy założeniu rzetelnej wyceny Asysty Technicznej uwzględniającej wszystkie uwarunkowania jej świadczenia w należyty i zgodny z umową sposób. Z kolei, założenie możliwości pokrycia zaniżonego kosztu Usług Serwisu wynagrodzeniem za Usługi Konsultacyjne, nie mogłoby być uznane za rzetelną wycenę, ponieważ zamawiający nie gwarantuje zlecenia tych usług w pełnym przewidzianym limitem zakresie. Równocześnie jednak wymaga zabezpieczenia kosztów ich wykonania bez



wskazania miesięcznych ograniczeń. Odwołujący zauważył, że zarówno koszty Asysty Technicznej, jak i Usług Konsultacyjnych przystępujący określił na niskim poziomie. Dla Usług Konsultacyjnych byłoby to równoznaczne z ich wykonywaniem za łączną kwotę poniżej 300.000 zł brutto za okres 36 miesięcy. Jest to kwota na poziomie niewystępującym w żadnej z pozostałych ofert. Niezależnie od niedopuszczalności pokrywania kosztów z innych części zamówienia oraz umownego zobowiązania do zakupu Wsparcia Producenta i wynikającej z niego konieczności realnej wyceny, za niewiarygodne należałoby zatem uznać ewentualne twierdzenia o oszczędnościach poczynionych w ramach pozostałych części zamówienia, gdyż poziom zaoferowanego przez przystępującego w tych częściach wynagrodzenia oraz przewidziane s.i.w.z. warunki realizacji i płatności nakazują uznać taką argumentację za całkowicie chybioną.

Odwołujący wskazał, że Usługi Asysty Technicznej wycenione zostały przez Sygnity na 458.428,38 zł brutto i też odbiega on od cen w innych ofertach. Usługi Asysty Technicznej obejmują bardzo szeroki zakres, w tym aktualizację oprogramowania na wniosek zamawiającego, usługi konsultacyjne, obsługę błędów i dostosowania w ramach SLA, czynności optymalizacyjne, w tym wynikające z dostosowania do zmian przepisów prawa. Wykonawca jest zobowiązany udzielać zamawiającemu wszelkich porad i konsultacji w zakresie zagadnień związanych z funkcjonowaniem Oprogramowania narzędziowego i aplikacyjnego wchodzącego w skład Systemu. Musi także udostępnić Portal Zgłoszeniowy oraz posiadać środowisko dewelopersko-testowe. Elementem, który wykonawca także musiał uwzględnić w wycenie był również wymagany przez SAP audyt licencji. Zamawiający wskazał także wymagania w zakresie personelu, który będzie wykonywał usługi.

Z kolei w ramach Usług Konsultacyjnych zamawiający przewidział limit 2360 godzin Usług Konsultacyjnych w okresie 36 miesięcy, co oznacza średnio 295 roboczodni w każdym roku. W ramach Usług Konsultacyjnych wykonawca ma obowiązek zapewnić dostępność usług konsultanta, projektanta lub programisty posiadającego stosowne umiejętności i wiedzę oraz znajomość budowy Systemu i Dokumentacji umożliwiające wykonanie określonych modyfikacji i prac rozwojowych. Zgodnie z pkt 6.2. wykonawca jest zobowiązany zapewnić realizację prac zleconych przez zamawiającego związanych z modernizacją, rozwojem systemu, wsparciem użytkowników w ramach realizacji prac w poszczególnych obszarach funkcjonalnych wykonawca winien zadeklarować niezmienną w okresie trwania Umowy stawkę za świadczenie Usług Konsultacyjnych, która wynikała z podzielenia zawartej w formularzu ofertowym ceny za świadczenie Usług Konsultacyjnych przez 2360 godzin.

W obu przypadkach zasadniczym kosztem są koszty osobowe. Rynkowe wynagrodzenie specjalisty SAP o niezbędnym poziomie wiedzy i doświadczenia wynosi



około 10 000 zł brutto, a wynagrodzenie eksperta 14 000 zł brutto, powiększone o koszt pracodawcy. W zakresie kosztów personelu wykonawca musi racjonalnie założyć zatrudnienie konsultantów o wysokim poziomie kompetencji, gdyż zamawiający przewidział wysokie kary umowne za opóźnienia w wykonaniu usług objętych Umową oraz wskazał, że kary umowne są obligatoryjne. Dodatkowo należy uwzględnić narzuty związane z kosztami bezpośrednimi związanymi ze świadczeniem usług, w tym koszty przejazdów do lokalizacji

Zamawiającego, koszty komunikacji (telefon, wymiana danych), koszty wyposażenia, zakwaterowania.

Odwołujący podniósł, że ryzykiem, jakie należało uwzględnić i wycenić jest także koszt kar umownych. Zauważył ponadto, że przystępujący nie świadczył poprzednio usług na rzecz zamawiającego, nie korzysta zatem z czynnika znajomości systemu, który zgodnie z informacjami zamawiającego został w 2015 roku rozbudowany, a co ewentualnie mogłoby uzasadniać w jakimś stopniu obniżenie ceny. Podobnie jak inni wykonawcy musiał w wycenie uwzględnić koszt zapoznania się z Systemem zamawiającego i jego specyfiką.

Przystępujący zaoferował kwotę 458.428,38 zł za Usługi Asysty Technicznej oraz 410 759, 73 zł brutto za Usługi Konsultacyjne (co daje 174,05 zł brutto za godzinę pracy w ramach Usług Konsultacyjnych). Są to stawki bardzo niskie, nieporównywalne ze stawkami pozostałych Wykonawców. W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę brak szczególnych czynników przysługujących przystępującemu dla obniżenia ceny oraz zaniżenie kosztu Usług Serwisu, przystępujący nie był w stanie tak znacznie obniżyć ceny.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, odwołujący wskazał, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 15 ust. 1 zawiera katalog zachowań przedsiębiorców stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Punkt 1 ww. artykułu za czyn nieuczciwej konkurencji rozumie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący zaoferował usługi wsparcia, które zobowiązany jest wykupić od producenta, za cenę niższą, niż cena, za którą sam je nabędzie. Zaoferowanie ceny usług poniżej rzeczywistych kosztów w przedmiotowym postępowaniu doprowadzi do uzyskania zamówienia przed przystępującego i utrudni, a wręcz uniemożliwi innym wykonawcom realizację zamówienia. Pozostali wykonawcy nie są w stanie rywalizować z podmiotem, który oferuje wykonanie zamówienia za cenę, która nie zagwarantuje mu zysku, a na niektórych elementach może nawet wygenerować wyłącznie koszty. Z punktu widzenia przepisów Uznk nie jest dopuszczalne „przerzucanie" kosztów



świadczenia usługi pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia i oferowanie części usług poniżej kosztu ich nabycia.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że zarzuty mają charakter blankietowy. Zamawiający nie ujawnił wyjaśnień przystępującego, stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. Badał, czy przystępujący wypełnił obowiązek z art. 8. ust. 3. Zamawiający kierował się wykładnią językową i analizą wyjaśnień przystępującego, która wykazała, że przystępujący uczynił zadość temu obowiązkowi. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia przystępującego nie są lakoniczne i nie zawierają błędów matematycznych. Badanie ceny oferty wykazało, że cena całkowita jest realna. Poza tym przystępujący miał większą wiedzę co do przedmiotu zamówienia, ponieważ jeden z członków jego konsorcjum brał udział we wdrożeniu systemu. Ponadto przystępujący określił w wyjaśnieniach swój zysk. Różnice pomiędzy ofertami wynikają z naturalnej konkurencji.

Zamawiający stwierdził, że usługi serwisu w ofercie przystępującego zostały ujęte w pkt. 1-5 szczegółowej kalkulacji, zawartej w wyjaśnieniach przystępującego, złożonych w wyniku wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Na wartość oferty (jej łączną cenę) składają się następujące elementy:

• świadczenie Usług Serwisu przez okres 36 miesięcy;

• świadczenie Usług Asysty Technicznej przez okres 36 miesięcy;

• wynagrodzenie brutto za 2360 roboczogodzin Usług Konsultacyjnych.

Zamawiający przewidział odrębne rozliczenie za każdy z ww. zakresów. Płatności za świadczenie Usług Serwisu i Asysty Technicznej objętych umową w kwocie wynikającej z oferty wykonawcy nastąpią w transzach płatnych z góry za każde 6 miesięcy świadczenia tych usług. Natomiast Usługi Konsultacyjne realizowane będą na podstawie Zlecenia Pracy podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i rozliczane na podstawie iloczynu godzin pracy konsultanta i kosztu godziny pracy konsultanta podanej w ofercie wykonawcy wybranego w postępowaniu. Wielkość 2360 godzin podana przez zamawiającego stanowi limit łącznego czasu Usług Konsultacyjnych. Wykonawca musi uwzględnić w ofercie cenę realizacji pełnego zakresu.



---

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., w zakres każdego rodzaju zamawianych usług wchodzą następujące czynności:

4. Usługi Serwisowe

4.1 Zakres Usług Serwisowych

4.1.1 Zamawiający wymaga zapewnienia świadczeń jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Standard Support w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zakres usługi SAP Standard Support opisany jest w załączniku nr 1 do OPZ.

4.1.2 Usuwanie awarii w ciągu …… (max. 5 dni) roboczych od momentu zgłoszenia, w przypadku modułu HRPY …… (max. 3 dni) robocze. Wykonawca może zastosować rozwiązanie zastępcze (tymczasowe rozwiązanie, nie będące usunięciem awarii, pozwalające na korzystanie z funkcjonalności systemu), wówczas termin usunięcia awarii przedłuży się do 14 dni kalendarzowych.

4.1.3 W przypadku błędów spowodowanych nieprawidłowo wprowadzonymi danymi Wykonawca udzieli wyjaśnień odnośnie sposobu naprawy, w terminie 7 dni kalendarzowych, natomiast korekta danych będzie należała do Zamawiającego.

4.1.4 Płatność za Usługi Serwisowe nastąpi w transzach płatnych z góry proporcjonalnie za każde 6 miesięcy świadczenia usługi.

4.2 Forma usunięcia awarii.

4.2.1 Wykonawca musi zapewnić środowisko dewelopersko – testowe, (w SAP) odpowiadające konfiguracyjnie obszarze oprogramowania środowisku produkcyjnemu Zamawiającego.

4.2.2 Wykonawca musi zapewnić dostępność środowiska dewelopersko – testowego, o którym mowa powyżej, do usługi SAP Sollution Manager.

4.2.3 Wykonawca zapewni wsparcie techniczne w zakresie czynności umożliwiających stwierdzenie miejsc i przyczyn nieprawidłowego działania Systemu, realizowane telefonicznie lub w Miejscu Instalacji Systemu.

4.2.4 Po zawarciu umowy – w terminie 7 dni - Wykonawca musi udostępnić Zamawiającemu internetowy system przyjmowania i obsługi Zgłoszeń serwisowych (portal zgłoszeniowy).



---

4.2.5 Wykonawca musi zapewnić by usługa była realizowana zgodnie z zasadami określonymi w procedurach przekazywania i obsługi zgłoszeń serwisowych.

4.2.6 Jeśli realizacja usługi tego wymaga, Wykonawca wysyła Zamawiającemu informacje o poprawkach

4.2.7 Wykonawca zobowiązany jest do wykonywanie zgłoszeń (zakładanie spraw) w imieniu Zamawiającego do OSS w zakresie oprogramowania standardowego SAP.

5. Usługi Asysty Technicznej

5.1 Usługi Asysty Technicznej realizowane będą w Miejscu Instalacji Systemu i obejmować będą:

5.1.1 Dostęp do serwisów internetowych producenta oprogramowania SAP,

5.1.2 Aktualizację oprogramowania na wniosek Zamawiającego, w tym:

5.1.2.1 Opracowywanie poprawek w zakresie Oprogramowania Dedykowanego w celu dostosowania funkcjonalności Systemu do zmian przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w terminie 30 dni kalendarzowych od daty przekazania przez Zamawiającego wniosku

5.1.2.2 Asystę Wykonawcy podczas instalacji w Systemie aktualizacji, poprawek lub modyfikacji Oprogramowania,

5.1.2.3 Dostarczenie każdorazowo po przeprowadzeniu aktualizacji instrukcji obsługi systemu lub aktualizacji obecnej instrukcji wraz z aktualizacją dokumentacji,

5.1.2.4 Wsparcie w monitorowaniu stanu Systemu po wdrożeniu zmian, 5.1.3 Wykonawca będzie prowadził dostępny dla Zamawiającego w ramach usługi Portalu Zgłoszeniowego rejestr usług wykonywanych w ramach zlecanych usług konsultacyjnych.

5.1.4 Zapewnienie świadczeń jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Standard Support w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy.

5.1.5 Wykonawca zapewnia Zamawiającemu usługi konsultacyjne w obszarze związanym z funkcjonowaniem Systemu SAP.



5.1.6 Wykonawca zobowiązuje się do udzielania Zamawiającemu wszelkiego typu konsultacji i porad w zakresie zagadnień związanych z funkcjonowaniem Oprogramowania, narzędziowego i aplikacyjnego wchodzącego w skład Systemu.

5.1.7 Wykonawca zobowiązuje się do udzielania porad przez konsultanta posiadającego stosowną wiedzę i umiejętności poprzez: kontakt telefoniczny lub mailowy - w Dni Robocze.

5.1.8 W obszarze BASIS i COM Wykonawca zobowiązany jest wykonać raz na 1 rok następujące czynności (w terminie każdorazowo uzgodnionym z Zamawiającym):

5.1.8.1 Optymalizacja systemu SAP, mająca na celu poprawę wydajności oraz zapewnienie bezawaryjnej pracy Systemu.

5.1.8.2 Optymalizacja baz danych, mająca na celu poprawę wydajności oraz zapewnienie bezawaryjnej pracy Systemu.

5.1.8.3 Optymalizacja systemów operacyjnych, mająca na celu poprawę wydajności oraz zapewnienie bezawaryjnej pracy Systemu.

5.1.8.4 Realizacja prac związanych z aktualizacją wersji Systemu oprogramowania SAP oraz oprogramowania do backupu danych.

5.1.8.5 Sporządzenie kopii zapasowej Systemu przed przystąpieniem do zmiany lub aktualizacji Systemu, a w przypadku zaistnienia takiej potrzeby odtworzenie Systemu z tej kopii.

5.1.8.6 Rekomendowanie Zamawiającemu modyfikacji, modernizacji lub rozbudowy Systemu oraz środowiska technicznego, z którego korzysta System, mającej na celu: uniknięcie Błędów, zwiększenie funkcjonalności, zwiększenie stabilności lub wydajności Systemu.

5.1.9 Płatność za Usługi Asysty Technicznej nastąpi w transzach płatnych z góry proporcjonalnie za każde 6 miesięcy świadczenia usługi.

6. W ramach Usług Konsultacyjnych Wykonawca zapewni:

6.1 Dostępność usług konsultanta, projektanta lub programisty posiadającego stosowne umiejętności i wiedzę oraz znajomość budowy Systemu i Dokumentacji umożliwiające wykonanie określonych modyfikacji i prac rozwojowych;



6.2 Realizację zleconych przez Zamawiającego prac związanych z modernizacją, rozwojem systemu wsparciem użytkowników w ramach realizacji prac w poszczególnych obszarach funkcjonalnych oraz aktualizację dokumentacji.

6.3 Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z Zamawiającym zakresu i wymiaru prac oraz terminów realizacji.

6.4 Realizacja usługi wykonywanej w ramach Usług Konsultacyjnych rozpocznie się po podpisaniu przez upoważnionych Zamawiającego „Zlecenia Pracy".

6.5 Płatność za prace zrealizowane w ramach „Zlecenia Pracy" będzie następowała po dokonaniu odbioru tych prac przez Zamawiającego.

6.6 Odbiór realizacji prac wykonanych na podstawie zlecenia o którym mowa w punkcie 6.4 odbywał się będzie na podstawie „Protokołu odbioru Zlecenia Pracy"

6.7 Koszt prac zrealizowanych w ramach „Zlecenia Pracy" będzie obliczany na podstawie iloczynu godzin pracy konsultanta i kwoty (koszt godziny pracy konsultanta) podanej w ofercie Wykonawcy wybranego w postępowaniu.

6.8 Wykonawca wyznaczy osoby i przekaże Zamawiającemu ich dane telefoniczne i mailowe w celu ułatwienia komunikacji w ramach realizacji usługi.

6.9 Zamawiający wyznaczy osoby i przekaże Wykonawcy dane telefoniczne i mailowe na potrzeby realizacji procesów związanych ze świadczeniem usługi.

6.10 Limit łącznego czasu Usług Konsultacyjnych wykonywanych przez Wykonawcę w ramach Umowy wynosi 2360 godzin w okresie obowiązywania umowy.

Zgodnie z § 7 ust. 2 wzoru umowy, Usługi Serwisu wykonawcy zobowiązani są wykupić od producenta SAP. Wykonawca zobowiązany jest do wykupienia usług, o których mowa w Załączniku nr 1 w pkt 4.1.1. oraz z pkt 4.1.1. Załącznika nr 1 do s.i.w.z. - Opis przedmiotu zamówienia: Zamawiający wymaga zapewnienia świadczeń jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Standard Support w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zakres usługi SAP Standard Support opisany jest w załączniku nr 1 do OPZ. Zgodnie z definicją zawartą w OPZ Wsparcie Producenta to usługi wsparcia Oprogramowania Standardowego oferowane przez SAP AG na poziomie SAP Standard Support. Załącznikiem nr 2 do Umowy jest „Plan usług SAP Standard Support regulujących świadczenie usług pomocy technicznej przez SAP w ramach SAP Standard Support.



Wartość opłat z tytułu Wsparcia Producenta za okres 36 miesięcy objęty umową (od 1 kwietnia 2016 roku do 31 marca 2019 roku) wynosi 401.440,87 zł netto, tj. 493 772,27 zł brutto. Wszyscy partnerzy SAP ponoszą opłaty serwisowe na takich samych warunkach, tj. za takie same kwoty. Podstawą wyceny Wsparcia Producenta jest bowiem wartość licencji posiadanej przez zamawiającego z uwzględnieniem jednakowej dla wszystkich stawki serwisowej (w procentach) powiększonej o szacowany współczynnik inflacji.

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

wynosi 2.196.542,55 zł.

Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za łączną cenę 1.244.265,54 brutto, przy czym za świadczenie Usług Serwisowych: 375.077,43 zł, Asysty Technicznej - 458.428, 38 zł i 410.759,73 zł.

W postępowaniu złożono 6 ofert z cenami brutto:

1. Odwołujący - 1.737.826,26 zł

2. SID Sp. z o.o. w Warszawie - 2.082.945,96zł

3. Konsorcjum: Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, DahliaMatic Sp. z o.o. w Warszawie - 2.030.838,24

4. Konsorcjum KBJ S.A. w Warszawie, SI-Consulting Sp. z o.o. we Wrocławiu - 1.742.618,39

5. BPX S.A. we Wrocławiu - 2.154.114,89 zł

6. Przystępujący - 1.244.265,54 zł

Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wyniosła ok. 1.832.101,55 zł.

Przystępujący złożył ofertę z ceną stanowiącą 56 % szacunkowej wartość zamówienia powiększonej o podatek VAT (kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) i niższą o ok. 32% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Pismem z dnia 17 marca 2016 roku zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny w prowadzonym postępowaniu.



---

Zamawiający poinformował, że zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie oszczędności metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Pismem z dnia 21 marca 2016 roku przystępujący złożył żądane wyjaśnienia. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby zarzut nieuprawnionego utajnienia wyjaśnień przystępującego dotyczących elementów ceny oferty należy uznać za uzasadniony.

Izba wskazuje, iż jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Należy przy tym podkreślić, iż możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy

przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może odnosić się także do informacji i dokumentów składanych w celu ustalenia przez zamawiającego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. (podobnie: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 października 2013 roku, sygn. akt KIO 2302/13 oraz w wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 772/13).



Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Oceniając, czy w rozpoznawanej sprawie zachodzą wszystkie niezbędne przesłanki uzasadniające skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, że informacje te mogą mieć wartość gospodarczą, uzasadniającą zamiar utrzymania ich w poufności. Stanowisko takie wyraził między innymi Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 8 maja 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 167/07 uznając, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Odnosząc się do drugiej z wymienionych wyżej przesłanek, Izba wskazuje, że nie zostały jej przedstawione dowody na okoliczność wykazania, iż rzeczona informacja została ujawniona do wiadomości publicznej. Izba przyjęła zatem, iż ujawnienie informacji do wiadomości publicznej nie miało miejsca.

W ocenie Izby, przystępujący nie wykazał natomiast, iż wobec zastrzeżonej informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał co prawda na kilka czynności, które miał podjąć w celu zachowania poufności, niemniej jednak okoliczności te nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Należy z



całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Konkludując, Izba uznała, iż przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa i nakazała zamawiającemu ich

ujawnienie. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest bowiem wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05).

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, mimo że przystępujący nie wykazał, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

18

---

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu

W rozpoznawanej sprawie zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

1a. Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Z treści art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p. wynika, ze w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wykonawca, który złożył ofertę, wobec której podniesiono zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, winien wykazać, za pomocą środków dowodowych, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

19

---

Tymczasem złożone przez przystępującego wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają kwot wskazanych przez niego w formularzu ofertowym. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami był fakt, iż każdy wykonawca biorący udział w przedmiotowym

postępowaniu ponosi opłaty serwisowe na takich samych warunkach. Wartość opłat z tego tytułu (wartość Wsparcia Producenta) za okres 36 miesięcy objęty umową (od 1 kwietnia 2016 roku do 31 marca 2019 roku) wynosi 401.440,87 zł netto, tj. 493 772,27 zł brutto.

Przystępujący w formularzu ofertowym w pozycji dotyczącej wynagrodzenia z tytułu usług serwisowych wskazał kwotę 375.077,43 zł brutto. Kwota ta nie została przez niego wyjaśniona ani nawet wskazana w złożonych wyjaśnieniach. W wyjaśnieniach złożonych na rozprawie zarówno zamawiający, jak i przystępujący wskazywali, iż rozbieżność ta wynika z faktu, że część usług objętych serwisem producenta, tj. 4.1.1 (Zamawiający wymaga zapewnienia świadczeń jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Standard Support w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zakres usługi SAP Standard Support opisany jest w załączniku nr 1 do OPZ) została powtórzona w części dotyczącej usług Asysty Technicznej (5.1.4 Zapewnienie świadczeń jakie dostępne są dla licencjobiorców Oprogramowania Standardowego w ramach Wsparcia Producenta na poziomie SAP Standard Support w okresie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy).

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego. Podkreślenia wymaga, iż tego rodzaju argumentacja nie wynika z wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez przystępującego. W wyjaśnieniach tych brak jest jakiegokolwiek nawiązania do opisu przedmiotu zamówienia, w tym wskazania na powtórzony zapis w dwóch rodzajach usług. Nawet, gdyby przyjąć takie stanowisko za zasadne, w wyjaśnieniach nie wskazano, na podstawie czego przystępujący przyjął taką a nie inną wartość wskazanej dwukrotnie usługi. Ponadto podkreślenia wymaga, iż przystępujący w wyjaśnieniach zamieścił kalkulację ceny w rozbiciu na poszczególne czynności, które zamierza wykonać w ramach wykonywanego zamówienia. Z czynności tych również nie wynika, iż uwzględniają one częściowo usługi serwisowe. Zamawiający, dokonując analizy złożonych wyjaśnień, nie mógł wiedzieć, z jakiego powodu kalkulacja wskazana w wyjaśnieniach różni się od wartości wskazanych w formularzu ofertowym. Informacja taka nie była ani podana wprost, ani nawet w sposób pośredni, umożliwiający samodzielne ustalenie spornych wartości. Trudno sie oprzeć wrażeniu, iż podnoszona przez zamawiającego i przystępującego argumentacja powstała wyłącznie na użytek postępowania odwoławczego.



Odnosząc się do wyjaśnień pozostałych usług, tj. Asysty Technicznej oraz Usług Konsultacyjnych, Izba wskazuje, że w złożonych wyjaśnieniach przystępujący wskazał na przyjęte przez siebie koszty osobowe w postaci określonej stawki netto za jeden roboczodzień, stwierdzając przy tym, iż obejmują one nie tylko wynagrodzenie pracownika, ale także wszystkie inne świadczenia na rzecz pracownika niezwiązane bezpośrednio z wynagrodzeniem za pracę.

Izba podkreśla, iż przystępujący nie udowodnił zarówno okoliczności, iż przyjęte przez niego stawki obowiązują w jego przedsiębiorstwie, jak i nie wykazał wysokości wszystkich pozostałych kosztów osobowych. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki są stawkami realnymi, skoro nie zostały poparte żadną kalkulacją, pozwalającą na ustalenie wartości poszczególnych kosztów. Podkreślenia wymaga, iż przystępujący objął wskazanymi stawkami tak wiele rodzajów kosztów, iż przyjęte przez niego wartości tychże stawek mogą budzić wątpliwości co do ich realności. Jednakże, wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa.

Pozostałe informacje zawarte w wyjaśnieniach Izba oceniła jako zbyt ogólne i nieprzydatne. Wskazać należy, iż procedura składania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, nie może polegać na powtarzaniu nic niewnoszących do sprawy oczywistości i truizmów. Mogą one co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż przystępujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. Izba podziela stanowisko odwołującego, iż brak wyceny całego przedmiotu zamówienia oznacza także niezgodność oferty z s.i.w.z. i konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Usługa serwisowa stanowi bowiem osobny element zamówienia i wykonawca zobowiązany był do jego rzetelnej kalkulacji i ujęcia w cenie wszelkich kosztów koniecznych do jego poniesienia.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., polegający zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy nie wycenił on w całości usług serwisu, dzięki czemu stworzył sytuację dla siebie korzystniejszą niż mieli inni wykonawcy, którzy tę usługę wycenili zgodnie z zaleceniami s.i.w.z. oraz na podstawie wyceny dokonanej przez producenta systemu.

21

---

W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy ocenie oferty. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścił się przystępujący do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Takiego działania nie można – zdaniem Izby – uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

22

---

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

23