

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 534/16 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Kraków i:**
 - 2.1. 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 jako **Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Kraków** na rzecz **Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju, Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

1

trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

UZASADNIENIE

Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług budowy, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Rozwoju wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE, w tym centralnego (znak sprawy: systemu teleinformatycznego” BDG.V.2511.53.20i5.MCH); numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE: 2015/S 144-266437.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

1 kwietnia 2016 r. Zamawiający, w formie faksu, zawiadomił wykonawców

biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Comarch Polska S.A., Comarch S.A., Kraków (dalej: „Odwołujący” lub „Comarch”) , o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została oferta wykonawców wspólnie uznana ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Atos Polska S.A., Bull SAS, Atos IT Services Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera, Łódź (dalej „Atos” lub „Przystępujący”).

2

11 kwietnia 2016 r. Comarch wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty Atos oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej - czym naruszono art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Pzp;
2. zaniechania wezwania Atos do uzupełnienia dokumentów potwierdzających reprezentację Konsorcjum w w/w postępowaniu - czym naruszono art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp;
3. zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż w stosunku do jednego z członków Konsorcjum Atos (Bull SAS) nie otwarto likwidacji - czym naruszono art. 26 ust. 3 Pzp;
4. zaniechania wezwania Atos do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechanie ustalenia na tej podstawie, że wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską - czym naruszono art. 90 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wezwanie Atos do uzupełnienia dokumentów należycie potwierdzających reprezentację Atos w w/w postępowaniu oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż w stosunku do jednego z członków Konsorcjum Atos, tj. Bull SAS nie otwarto likwidacji;
3. wezwanie Atos w wyznaczonym terminie do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie wybranych technologii i oferowanych licencji umożliwiających realizację przedmiotu zamówienia w zakresie koniecznej do zapewnienia infrastruktury i licencji obcych (Oracle) ze wskazaniem wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania w tym zakresie zamówienia dostępnych Atos.

3

W uzasadnieniu odwołania Comarch wyjaśniał:

- I. Zarzut zaniechania wezwania Atos do uzupełnienia dokumentów potwierdzających reprezentację wykonawcy w w/w postępowaniu - czym naruszono art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp.

Odwołujący podnosił, że Atos składając ofertę w niniejszym postępowaniu złożyło nowe - w stosunku do tych złożonych przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na pierwszym etapie postępowania - dokumenty potwierdzające reprezentację wykonawcy w postępowaniu. Dotyczy to zarówno odpisów z rejestrów handlowych członków konsorcjum, jak i pełnomocnictw. Należy wskazać, iż znajdujące się pierwotnie we wniosku pełnomocnictwa wygasły, w związku z faktem, iż udzielone przez Bull SAS pełnomocnictwo Pani Annie Tarnowskiej było ważne tylko do dnia 30.11.2015r., w konsekwencji czego wygasło udzielone przez nią w imieniu tego wykonawcy działającego jako członek Konsorcjum dalsze pełnomocnictwo dla AMG.Net S.A. - jako lidera Konsorcjum.

Zdaniem Comarch z Formularza Oferty (oraz m.in. z treści gwarancji

wadialnej) wynika, że Liderem Konsorcjum - czyli pełnomocnikiem wykonawców, wspólnie ubiegających się o zamówienie jest Atos Polska S.A. Konsorcjum Atos zostało zawiązane pomiędzy trzema podmiotami, tj. Atos Polska S.A. (na etapie wniosku: AMG.net S.A.), Atos IT Services sp. z o. o. oraz Bull SAS. Odwołujący zarzucał, że ze złożonych pełnomocnictw nie wynika ustanowienie jednego pełnomocnika reprezentującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp. Przeciwnie - w treści jednego ze złożonych pełnomocnictw (z dnia 11 marca 2016 r.) wynika zawężenie Konsorcjum jedynie do dwóch Spółek, podczas gdy jest ich trzy. Ponadto inne z pełnomocnictw (z dnia 9 marca 2016 roku - udzielone przez Bull SAS) w ogóle nie ustanawia lidera Konsorcjum, nie jest też udzielone przez tę spółkę jako członka Konsorcjum - jest to pełnomocnictwo osobowe, upoważniające do niezależnego reprezentowania Bull SAS dwóch niezależnych pełnomocników - osób fizycznych. Żaden z nich - co naturalne - nie jest wskazanym w ofercie liderem (Atos Polska S.A.).

Analizując szczegółowo każde ze złożonych trzech pełnomocnictw Comarch podnosił:

4

- 1) Pełnomocnictwo z dnia 19 lutego 2016 roku udzielone przez Atos IT Services Sp. z o. o. - jako członek Konsorcjum ustanawia pełnomocnikiem Konsorcjum firmę Atos Polska S.A. - z prawem udzielania dalszych pełnomocnictw i z prawem do zawarcia umowy (prawidłowe).
- 2) Pełnomocnictwo z dnia 11 marca 2016 roku udzielone w imieniu członków Konsorcjum przez Prezesa Zarządu Atos Polska S.A. Pana N.B.- działającego w imieniu Atos Polska S.A. jako Prezes Zarządu oraz w imieniu Atos IT Services Sp. z o. o. jako pełnomocnik - ustanawia Pana M.W. do „reprezentowania spółek wchodzących w skład Konsorcjum, tj. Atos Polska S.A. i Atos IT Services Sp. z o.o. jako członków konsorcjum w postępowaniu" - bez prawa udzielania dalszych pełnomocnictw i bez prawa zawarcia umowy (nieprawidłowe);
- 3) Pełnomocnictwo z dnia 9 marca 2016 roku udzielone przez Bull SAS - udzielone nie jako członek Konsorcjum, lecz upoważniające do samodzielnej reprezentacji w postępowaniu firmy Bull SAS pełnomocników (każdego z osobna): Pana M.W. i Pana N.B.- bez prawa udzielania dalszych pełnomocnictw i z prawem zawarcia umowy (nieprawidłowe).

Comarch wskazywał, że świetle pełnomocnictwa wskazanego w ppkt. 3.1) powyżej - liderem Konsorcjum ustanowiono Atos Polska S.A. Z kolei w świetle pełnomocnictwa wskazanego w ppkt. 3.2) powyżej wprost w jego treści ograniczono Konsorcjum do dwóch spółek (z pominięciem Bull SAS). Zdaniem Odwołującego dodatkowo można też twierdzić, że liderem tak określonego Konsorcjum ustawiono Pana M.W. Niezależnie jednak od tego Comarch twierdził, iż nie jest dopuszczalne i prawidłowe uznanie pełnomocnictwa konsorcjalnego w ramach Konsorcjum złożonego z trzech podmiotów, które wprost w swej treści pomija jednego z członków Konsorcjum. Podnosimy, że takie dwu-podmiotowe (Atos Polska S.A. i Atos IT Services sp. z o. o.) Konsorcjum Atos w niniejszym postępowaniu nie występuje. Równie dobrze - jeśli Idzie o liczbę członków Konsorcjum - można by posłużyć się nim w postępowaniu w którym występuje Konsorcjum złożone tylko z tych dwóch podmiotów, lub w postępowaniu złożonym z Konsorcjum tych dwóch podmiotów oraz

5

trzeciego - zupełnie innego. Z kolei w świetle pełnomocnictwa wskazanego w ppkt. 3.3) powyżej nie ustanowiono żadnego lidera Konsorcjum (brak o tym mowy w treści pełnomocnictwa). Jest to typowe pełnomocnictwo osobowe i z jego treści nie wynika, by pełnomocnikiem Bull SAS ustanowiono firmę Atos Polska S.A., ani nie wynika, by Bull SAS ustanowił Pełnomocnikiem Konsorcjum firmę Atos Polska S.A., - co narusza

art. 23 ust. 2 Pzp, a ponadto nie dowodzi należytego umocowania Atos Polska S.A. jako lidera Konsorcjum.

W ocenie Comarch z tych względów dokumenty potwierdzające prawidłową reprezentację Wykonawcy jako Konsorcjum są wadliwe i winny zostać uzupełnione w sposób wykazujący - w zgodzie z art. 23 ust. 2 Pzp jednego i tego samego pełnomocnika Atos upoważnionego w imieniu Konsorcjum złożonego z wszystkich trzech spółek.

- II. Zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż w stosunku do jednego z członków Konsorcjum Atos (Bull SAS) nie otwarto likwidacji - czym naruszono art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący twierdził, że w toku postępowania doszło do zmian prawnych i organizacyjnych w ramach Konsorcjum Atos. Jedną z nich była zmiana firmy jednej ze spółek wchodzących w skład Konsorcjum, tj. ze spółki AMG.net S.A. na Atos Polska S.A.. Kolejną z nich była zmiana właścicielska - ujawniona w rejestrze w dniu 23 lutego 2016 roku (zmiana ta wynika z odpisu z KRS załączonego do oferty). Otóż jako jedynego akcjonariusza Atos Polska S.A. ujawniono firmę Atos International Besloten Vennootschap, podczas gdy poprzednim (na etapie wniosku) jedynym akcjonariuszem AMG.Net S.A. był Bull International SAS. Podmiot ten był spółką dominującą dla Bull SAS - drugiego z członków Konsorcjum Atos.

Wobec ujawnionych na tym etapie postępowania zmian właścicielskich oraz dotyczących poprzedniego akcjonariusza Bull International SAS, a także w świetle przekształceń kapitałowych w Grupie Kapitałowej Konsorcjum (obecnie Atos) pojawia się wątpliwości, jak kształtuje się obecnie sytuacja prawa członka Konsorcjum Atos - firmy Bull SAS. W szczególności pojawia się wątpliwość co do tego, czy Bull SAS nie znajduje się w likwidacji.

6

Powyższe jest nową okolicznością, ujawnioną dopiero w ramach odpisu z rejestru przedsiębiorców złożonego do oferty. Comarch wskazywał, że zamówienie nie może być udzielone wykonawcy, w stosunku do którego otwarto likwidację. Niestety okoliczność ta nie wynika z odpisu rejestru Bull SAS załączonego do oferty - dokument ten jest tylko „wyciągiem” i nie zawiera tych informacji (wyciąg ten ograniczony jest tylko do ujawnienia składu Zarządu tej spółki). Tymczasem odpis rejestru przedsiębiorców (KRS) jest przedkładany nie tylko na okoliczność wykazania reprezentacji, lecz również na okoliczność wykazania, iż dany wykonawca nie znajduje się w upadłości ani nie otwarto względem niego likwidacji. Dla spółki zagranicznej - jaką jest Bull SAS - wykonawca ma również obowiązek wykazać powyższe okoliczności - czego z dokumentów złożonych w ofercie odczytać nie można, co nakazuje Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż Bull SAS nie znajduje się w likwidacji.

- III. Zarzut zaniechania wezwania Atos do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechanie ustalenia na tej podstawie, że wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską - czym naruszono art. 90 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący na wstępie wskazywał, iż Atos w toku niniejszego postępowania wskazywało w swym odwołaniu na treści siwz, iż Odwołujący jest pomiotem rzekomo preferowanym, bowiem jako jedyny dysponuje szczególnymi czy - jak zarzucano - „preferencyjnymi” okolicznościami, dotyczącymi tego, iż jako dotychczasowy wykonawca umowy objętej zamówieniem poniósł już koszt zakupu i dysponuje infrastrukturą dedykowaną dla Zamawiającego, w tym licencjami obcymi (tu: Oracle), które mogą być przez niego wykorzystane w ramach złożenia oferty, podczas gdy Atos będzie musiało ponieść wysoki „koszt wejścia” - polegający właśnie na konieczności zakupu tejże infrastruktury licencji.

Należy wyjaśnić, iż Comarch świadczy usługi rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Rozwoju, wspierających realizację programów

przyjmował pod utrzymanie kolejno realizowane systemy, niezbędne Zamawiającemu, do obsługi środków z następujących bezpośrednio po sobie perspektyw: 04-06, 07-13, 14-20.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 - SOPZ, pkt.2, str. 5, w niniejszym postępowaniu bieżącym przedmiotem zamówienia objęto:

a) elementy centralnego systemu teleinformatycznego:

— aplikacja główna (SL2014), oparta na bazie danych Oracle 11g, wykonana w technologii .NET;

- system raportujący oparty na hurtowni danych (SRHD), oparty na Oracle Business Intelligence Foundation Suite 11g;

— system zarządzania tożsamością (SZT), działający w oparciu o MS ADFS 2.0 i w technologii .NET. SZT służy do pojedynczego logowania do wykonany niezależnych aplikacji (SSO - Single Sign On), działających w technologiach ASP .NET, JAVA, opartych na bazie danych Oracle i Oracle Business Intelligence Enterprise Edition;

b) krajowy system informatyczny (KSI SIMIK 07-13), oparty na bazie danych Oracle 10g, wykonany w technologii .NET, wraz z modulem SIMIK-XML wykonanym w technologii JAVA;

c) Bază konkurencyjności;

d) inne systemy, jakie mogą zostać wytworzone w przyszłości w ramach Zamówienia, zwanych dalej Systemami,

przy czym cztery systemy, z pięciu powyżej wymienionych, są własnie autorstwa firmy Comarch,

gdzie:

- SL2014 zrealizował Comarch i nieprzerwanie utrzymuje od momentu produkcyjnego uruchomienia systemu do dnia dzisiejszego;
- SRHD zrealizował Comarch i nieprzerwanie utrzymuje od momentu produkcyjnego uruchomienia systemu do dnia dzisiejszego;
- SZT zrealizował Comarch i nieprzerwanie utrzymuje od momentu produkcyjnego uruchomienia systemu do dnia dzisiejszego;

- KSI SIMIK 07-13 zrealizował i rozwijał Comarch i nieprzerwanie utrzymuje od momentu produkcyjnego uruchomienia systemu do dnia dzisiejszego.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 - SOPZ, pk.2, str. 5, na rzecz objętych przedmiotem zamówienia systemów „Wykonawca zobowiązany będzie do realizacji zadań:

- 1) Rozwój Systemów Informatycznych poprzez świadczenie usług developerskich (budowy/rozbudowy/modyfikacji systemów informatycznych). Świadczenie usług developerskich będzie obejmowało wytwarzanie oraz dostarczanie oprogramowania i produktów projektowych o określonej jakości zgodnie ze Standardem Wytwarzania Oprogramowania określonym przez Zamawiającego, na podstawie zleceń Zamawiającego,
- 2) Świadczenie Usługi Utrzymania Systemów Informatycznych, obejmującej:
 - a) dedykowany hosting Systemów na infrastrukturze teleinformatycznej Wykonawcy ,(z wyjątkiem systemu SRHD, który jest i będzie hostowany przez Zamawiającego) wraz z obsługą administratorską zapewniającą funkcjonowanie, wydajność, bezpieczeństwo, dostępność oraz niezawodność Systemów. Zamawiający nie udostępni Wykonawcy żadnych licencji oprogramowania systemowego, bazodanowego i narzędziowego;
 - b) zapewnienie gwarancji jakości działania dla wszystkich Systemów

przekazanych Wykonawcy do utrzymania lub wytworzonych w okresie trwania umowy.

- 3) Świadczenia usługi szkoleniowej z zakresu obsługi budowanych, i na rzecz kadry rozbudowywanych modyfikowanych systemów, odpowiedzialnej w MIR za utrzymanie i rozwój Systemów.
- 4) Świadczenie usługi asysty technicznej.

Zgodnie z warunkami realizacji zamówienia zawartymi w SIWZ, usługi powierzane wykonawcy, będą rozliczane z nim po cenach jednostkowych zaoferowanych w Formularzu Ofertowym, przy czym Zamawiający zastrzegł sobie „prawo do niewystawiania zleceń wykonania usług, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3-

9

5 (tj. prawo do: niewystawiania Zleceń Usług Developerskich, niezlecania Obsługi Administratorskiej SRHD, niezlecania szkoleń, niewystawiania Zleceń Asysty), oraz prawo, do zmiany (tj. zwiększenia lub zmniejszenia), w ramach kwoty brutto wskazanej w ust. 2, liczby jednostek wskazanych w Ofercie Wykonawcy - Formularzu Ofertowym (kolumna E, Lp.1-8 tabeli)" (Załącznik nr 2 do SIWZ, § Wynagrodzenie Wykonawcy, ust.3).

Odwołujący podnosił, że jedyną „pewną” usługą zlecaną wykonawcy, będzie zatem Usługa Utrzymania Systemów Informatycznych, w przypadku pozostałych usług nie ma żadnej pewności, iż Zamawiający z nich skorzysta, a jeśli nawet, to nie wiadomo w jakim wymiarze. Jest to o tyle istotne, iż wszelkie koszty wejścia: koszty wejścia w kod utrzymywanych systemów, koszt budowy środowisk niezbędnych do ich utrzymywania, (w szczególności koszty licencji i infrastruktury, migracji na własne środowisko) oraz koszty na pokrycie ewentualnych ryzyk, mają szansę być zrekompensowane jedynie będąc zawartymi w koszcie świadczenia Usług Utrzymania Systemów Informatycznych. Ulokowanie tych kosztów w żadnej innej pozycji nie gwarantuje ich zwrotu i naraża Wykonawcę, który tak skonstruował swoją ofertę, na straty.

Comarch zarzucał, iż oferta Atos musiała również wiązać się z nakładami inwestycyjnymi, czemu wykonawca dał wyraz w wyżej wspomnianym odwołaniu z dn. 19.02.2016 r., przedstawiając tam Comarch jako oferenta, którego te koszty miałyby w ogóle nie dotyczyć, a siebie jako wykonawcę całkowicie pozbawionego szczególnych uwarunkowań realizacji zamówienia, w postaci chociażby wolnych zasobów sprzętowych czy programowych, możliwych do zastosowania na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

Comarch wskazywał, że konieczne w świetle SIWZ do poniesienia przez Atos wszelkie nakłady inwestycyjne powinny być ujęte w pozycji cenowej obejmującej koszt świadczenia usług utrzymania systemów informatycznych, jako jedynej pozycji zapewniającej ich zwrot. Analizując rys historyczny warunków świadczenia Usługi Utrzymania Systemów Informatycznych, należy zauważyć, iż jej charakter zmieniał się w czasie, nabierając ostatecznie takiej postaci jak jest zamawiana w ramach przedmiotowego zamówienia (za wyjątkiem SRHD). Usługi Utrzymania świadczone są w Comarch Data Center od roku 2009 a kolejne umowy, w tym bieżąca, zmieniły charakter usługi utrzymania z kolokacji na typowy hosting, gdzie Wykonawca

10

świadczy Usługi utrzymania na własnej infrastrukturze i własnych licencjach (przy tylko częściowym wykorzystaniu licencji będących wówczas w posiadaniu Zamawiającego).

Usługa Utrzymania realizowana na podstawie umowy podpisanej w ramach przedmiotowego zamówienia ma być świadczona również w modelu hostingowym (za wyjątkiem SRHD) jak wskazano powyżej, tym razem bez możliwości wykorzystania dotychczas udostępnianych przez Zamawiającego licencji. Mając na uwadze powyższe, to właśnie Comarch mógł złożyć konkurencyjną, dzięki istnieniu wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, niedostępnych dla innych podmiotów, w szczególności dzięki zrealizowaniu i realizowaniu powiązanych

umów Comarch:

- posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności posiada zespół gotowy świadczenia usług bez konieczności wchodzenia w kod aplikacji;
- posiada skonfigurowane środowisko pod dotychczas utrzymywane Systemy, które pozwoli bez okresu przejściowego (koniecznego na naukę i przeniesienie) na dalsze ich utrzymywanie;
- jest w posiadaniu pakietu licencji ORACLE (częściowo już amortyzowanych) oraz systemów operacyjnych, możliwych do dalszego wykorzystania na potrzeby przedmiotowego zamówienia;
- jest w posiadaniu infrastruktury sprzętowej (częściowo już amortyzowanej), możliwej do dalszego wykorzystania na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

Posiadanie właśnie przez Odwołującego w/w komponentów stanowiło o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia dostępnych tylko Odwołującemu dla i pozwoliło Comarch na oszczędności rzędu 1 500 000 PLN netto. Należy zwrócić uwagę że są to elementy ceny niezbędne do poprawnej, kompletnej kalkulacji usług utrzymania, a powstałe w wyniku realizacji bieżących umów oszczędności pozwoliły ostatecznie oszacować koszty Świadczenia Usługi Utrzymania Systemów Informatycznych na realnym poziomie 5 875 000, PLN netto.

Przyrównując zatem ten koszt do analogicznej pozycji w ofercie Atos należy zauważyć, iż koszt świadczenia Usługi Utrzymania Systemów Informatycznych został oszacowany na poziomie zbliżonym do ceny za te Usługi oferowanej przez Comarch

11

- pomimo że w stosunku do tego wykonawcy nie zachodzą wyżej wspomniane, szczególne okoliczności umożliwiające optymalną wycenę tej części zamówienia. Podana zatem przez tego wykonawcę cena Usług Utrzymania budzi wątpliwości, co przekłada się na wątpliwości względem całej ceny oferty - uwzględniając zależność procentową (33%) tej ceny w stosunku do całej ceny oferty oraz uwzględniając charakter wszystkich usług objętych ofertą - wśród których usługi inne niż Usługi Utrzymania nie są pewne. Powyższe powoduje, iż zachodzi podejrzenie, że cena oferty Atos jest rażąco nisko i nierealna, pod kątem ewentualnej realizacji przez to Konsorcjum całości Umowy. Nie da się bowiem bez szczególnych okoliczności niedostępnych temu Wykonawcy (co zostało przez niego przyznane w w/w odwołaniu) wycenić Usług Utrzymania na poziomie podanym w ofercie. Ich rzeczywisty koszt, w tym „koszt wejścia” nowego wykonawcy w utrzymanie systemów informatycznych Zamawiającego, a zatem zakupu niezbędnej infrastruktury i licencji obcych (Oracle) jest bowiem zdecydowanie wyższy. W ocenie Odwołującego koszt ten w ogóle nie został poniesiony i oferta Atos kosztu tego nie zawiera, a jeżeli zawiera - zawiera za cenę nierealną, niemożliwą do uzyskania i nie mającą oparcia w rzeczywistości lub cenę, która została „przerzucona” do ceny usług fakultatywnych - co z kolei świadczyłoby b. czynnie nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp).

Odwołujący nadmieniał, iż nawet on, pomimo szczególnie sprzyjających warunkach realizacji, musiał uwzględnić w ofercie dodatkowe koszty inwestycyjne (wliczone w cenę Usług Utrzymania) odpowiadające zwiększeniu parametrów jakościowych systemów, co implikuje konieczność rozbudowy środowisk, oraz konieczność, zgodnie z deklaracją w Formularzu Ofertowym, utrzymywania środowisk zapasowych dla SL2014 oraz Bazy Konkurencyjności. Zatem Atos nie tylko musiało ponieść „koszty wejścia” w celu niejako dorównania do zasobów jakimi już obecnie dysponuje Odwołującej, lecz nadto również musiało wycenić dodatkowe zasoby - co w podanej w ofercie cenie nie jest możliwe. Mając to na uwadze oferta Konsorcjum Atos powinna być z jednej strony wyższa co najmniej o co najmniej 1 500 000 PLN zaoszczędzone przez Comarch, z drugiej strony poddaje w wątpliwość czy w zaoferowanej przez Atos kwocie możliwe jest zbudowanie infrastruktury o wymaganych parametrach jakościowych, oraz świadczenie usług pozostałych usług wyspecyfikowanych Załącznikiem D do SOPZ.

12

Ponad powyższe, należy pamiętać, iż Zamawiający ustawił górną granicę pozycji cenowej za Świadczenie Usług Utrzymania Systemów Informatycznych na poziomie 33% całkowitej oferty brutto. Poziom 33% ustalony został na podstawie doświadczeń z poprzedniego zamówienia publicznego, który wynosił wówczas 40%, i sprawdził się jako mechanizm zabezpieczający przed nieuczciwymi praktykami. Zastosowany mechanizm, z jednej strony miał chronić Zamawiającego przed nieuzasadnionym, sztucznym podnoszeniem kosztów Usług Utrzymania Systemów Informatycznych poprzez przenoszenie części kosztów usług niepewnych (np. Usługi Rozwoju) na część stałą, z drugiej strony miał zabezpieczać Zamawiającego przed nieuczciwym zaniżaniem kosztów oferty. Wycena po stawkach dumpingowych powodowałaby, iż Oferent nie byłby w stanie pokryć wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usług utrzymania systemów informatycznych, w szczególności zawierającej koszty wejścia, z pozycji obwarowanej ograniczeniem 33%, czego Odwołujący dowiódł powyżej. Przeniesienie nadwyżki kosztów, która wykraczałaby poza wskazane SMWZ ograniczenie, na inne pozycje, co do których nie jest gwarantowane ich uruchomienie, należałoby traktować w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, co też Odwołujący podniósł na wstępie.

W dniu posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odwołania jako niezasadne. Również Przystępujący jak i Odwołujący w toku posiedzenia Izby złożyli pisma procesowe, zawierające prezentowane przez niech stanowiska.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe oraz stanowiska i oświadczenia stron a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania co zostało zreferowanej powyżej.

13

Dodatkowo Izby wskazuje, że w toku rozprawy strony złożyły następujące dokumenty:

- 1) Formularze ofertowe złożone wraz z ofertami przez poszczególnych wykonawców w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w 2013 r. pt. „Świadczenie usługi budowy, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa rozwoju Regionalnego wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE”.
- 2) Pismo firmy Oracle Polska Sp. z o.o. z dnia 18 kwietnia 2016 r. w którego treści podano m. in. „(...) Atos Polska SA korzystał z konsultacji zespołu inżynierów, architektów oraz pracowników działu presales Oracle Polska sp. z o.o. przy opracowaniu i przygotowaniu koncepcji architektury rozwiązania do postępowania na „Świadczenie usług (...)” dla Ministerstwa Rozwoju. Dla powyżej wymienionego postępowania wszyscy partnerzy Oracle Polska sp. z o.o. otrzymali specjalne warunki handlowe”.
- 3) Informacje z dnia 25 listopada 2011 r. oraz 4 kwietnia 2016 r. dotyczącą czynności zamawiającego (Ministerstwo Finansów) w postępowaniu na zakup usługi utrzymania i asysty dla Informatycznego Systemu Obsługi Budżetu Państwa Trezor”.
- 4) Komplet dokumentów, stanowiących załączniki do pisma procesowego Odwołującego, tj.:
 - a) Załącznik nr 1 - Faktura Vat nr 1096375;
 - b) Załącznik nr 2 -Faktura Vat nr VF 2014026353
 - c) Załącznik nr 3- Kalkulacja zakupu posiadanych licencji po aktualnych cenach - opracowanie na podstawie cennika Oracle z dn. 22 marca 2016r. aktualnego na dzień składania ofert, przy założeniu uzyskania tych samych upustów co

2013 r.;

- d) Załącznik nr 4 - Oferta Oracle z 2013 roku z ujawnionym poziomem upustu, będącego podstawą do kalkulacji własnych;
- e) Załącznik nr 5 - Cennik Oracle z dn. 22 marca 2016r.;
- f) Załącznik nr 6 - Kalkulacja zakupu posiadanej infrastruktury po aktualnych cenach;
- g) Załącznik nr 7-Załącznik D do SOPZ, Ogłoszenie nr2012/S 199-327908;

14

-
- h) Załącznik nr 8 - Kalkulacja zakupu licencji na potrzeby KSISIMIK 07-13 - opracowanie na podstawie cennika Oracle z dn. 22 marca 2016r. aktualnego na dzień składania ofert, przy założeniu uzyskania tych samych upustów co 2013 r.;
 - i) Załącznik nr 9 - Odpowiedź na pytanie 3, udzielone w ramach poprzedniego postępowania, gdzie wyłoniono Wykonawcę bieżącego Umowy- Ogłoszenie nr2012/S 199-327908;
 - j) Załącznik nr 10 - Zestawienie ilości użytkowników w podziale na poszczególne systemy, opracowane na podstawie udzielonych odpowiedzi w bieżącym postępowaniu dn. 29.02.2016.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

- I. Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut, dotyczący zaniechania wezwania Atos do uzupełnienia dokumentów potwierdzających reprezentację wykonawcy w w/w postępowaniu

Zgodnie z art. art. 23 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2).

15

Z ustaleń Izby wynika, że oferta Atos została podpisana przez pełnomocnika Pana M.W. Wraz z ofertą zostały złożone następujące pełnomocnictwa:

- 1) z dnia 19 lutego 2016 r. udzielone przez Atos IT Services sp. z o. o. do reprezentowania spółki Atos IT Services sp. z o.o. jako członka konsorcjum w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Ministerstwo Rozwoju na „Świadczenie usług rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Rozwoju wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE, w tym centralnego systemu teleinformatycznego", znak sprawy 8DG.V.2511.53.2015.MCH, udzielone Atos Polska S.A. z prawem do udzielania pełnomocnictw dalszych.
- 2) z dnia 11 marca 2016 roku udzielone panu M.W. do reprezentowania spółek Atos IT Services sp. z o.o. i Atos Polska S.A. wchodzących w skład konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Rozwoju na „Świadczenie usług rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Rozwoju wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE, w tym

centralnego systemu (znak sprawy teleinformatycznego" BDG.V.2511.53.2015.MCH). W imieniu Atos IT Services sp. z o.o. i Atos Polska S.A. pełnomocnictwa udzielił pan N.B. działający jako prezes jednoosobowego zarządu Atos Polska S.A.

- 3) z dnia 9 marca 2016 roku udzielone przez Bull SAS udzielone Panu M.W. i Pana N.B. Pełnomocnictwo upoważniające każdego z pełnomocników do samodzielnego działania w imieniu i na rzecz spółki Bull SAS przed wszystkimi osobami i podmiotami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP we wszystkich sprawach związanych z udziałem spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego zgodnie z przepisami polskiej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), przez Ministerstwo Rozwoju na: usługi rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa znak postępowania: BDG.V.2511.53.2015.MCH. W imieniu Bull SAS pełnomocnictwa udzielił pan J-M.S. działający jako prezes Bull SAS. W treści pełnomocnictwa

16

podano m. in. „Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do: (...) b) zawierania i realizacji umów w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności umów konsorcjum ze spółkami wchodzącymi w skład Grupy Atos w Polsce, oraz udzielania pełnomocnictw do reprezentowania Spółki występującej wspólnie z ww. podmiotami w postępowaniach”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Przystępujący ubiegając się o udzielenie zamówienia wypełnił obowiązek, wynikający z treści zacytowanego powyżej art. 23 Pzp, ponieważ ustanowił pełnomocnika, reprezentującego wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, który składając ofertę posiadał wszelkie niezbędne umocowania do działania w ich imieniu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby, opisane powyżej, pełnomocnictwa z dnia 9 i 11 marca 2016 r. były nieprawidłowe. W odniesieniu do pełnomocnictwa z 11 marca 2016 r. Izba wskazuje, że należy je traktować – jak słusznie zauważył Zamawiający - jedynie jako pełnomocnictwo zawierające informację, że mocodawca, udzielający pełnomocnictwa działa w imieniu określonych spółek, wchodzących w skład konsorcjum. Taki sposób działania potwierdza treść pełnomocnictwa z dnia 19 lutego 2016 r. jednego z członków konsorcjum, w którym to Atos IT Services Sp. z o.o. udzieliło pełnomocnictwa drugiemu z członków konsorcjum, tj. Atos Polska S.A. Wobec tego Izba uznała, że skoro firma Atos Polska S.A. posiadała prawidłowe umocowanie do reprezentowania Atos IT Services Sp. z o.o., co nie jest kwestionowane przez Odwołującego, to w ramach jednego dokumentu (pełnomocnictwo z dnia 11 marca 2016 r.) mogła udzielić pełnomocnictwa Panu M.W. do reprezentowania ww. spółek wchodzących w skład Konsorcjum. Podkreślić należy, że jeden z partnerów Konsorcjum, tj. Bull SAS odrębnym dokumentem udzielił pełnomocnictwa Panu M.W. (pełnomocnictwo z dnia 9 marca 2016 r.). Izba uznała za błędne stanowisko Odwołującego, który twierdził, że skoro w treści pełnomocnictwa skazano jedynie Atos Polska S.A. oraz Atos IT Services Sp. z o.o. to Konsorcjum zawężono jedynie do tych spółek. Izba zwraca uwagę, że w treści ww. pełnomocnictwa wprost wskazano nazwę Zamawiającego oraz oznaczenie postępowania o udzielenie, którego ubiegali się wykonawcy. Nie

17

budzi żadnych wątpliwości Izby, że oferta została złożona przez trzy a nie dwa podmioty, ubiegające się o udzielenie zamówienia, funkcjonujące w ramach jednej grupy kapitałowej, tj.: Atos Polska S.A., Atos IT Services Sp. z o.o. oraz Bull SAS – reprezentowane przez Pana Michała Wigurskiego.

Następnie Izba odniosła się również do stanowiska Odwołującego w kwestii treści pełnomocnictwa z dnia 9 marca 2016 r., udzielonego Panu M.W. Zgodzić się należy z Odwołującym, że w treści ww. pełnomocnictwa nie wskazano wprost, że spółka Bull SAS wchodzi w skład Konsorcjum, w którym znalazły się również spółki Atos Polska S.A. oraz Atos IT Services Sp. z o.o. Jednak nie sposób pominąć szczegółowej treści owego pełnomocnictwa, bowiem to właśnie ona konkretyzuje katalog czynności w ramach, których może działać pełnomocnik w imieniu i na rzecz Spółki Bull SAS. W omawianym przypadku pełnomocnictwo zawiera nie tylko jasne oznaczenie Zamawiającego i nazwę prowadzonego postępowania ale także wskazanie, że pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do zawierania i realizacji umów w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności umów konsorcjum ze spółkami wchodzącymi w skład Grupy Atos w Polsce, oraz udzielania pełnomocnictw do reprezentowania Spółki występującej wspólnie z ww. podmiotami w postępowaniach.

Bez wątpienia z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, bowiem spółka Bull SAS ze spółkami Grupy Atos - Atos Polska S.A., Atos IT Services Sp. z o.o. tworzy konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w dokumencie z dnia r., które przez pełnomocnictwa 12 marca 2016 zostało złożone wraz z do postępowania Przystępującego dokumentem „Przystąpienie odwoławczego po stronie Zamawiającego”. Powyższe pełnomocnictwo zostało również udzielone Panu M.W., a w jego treści wymieniono członków Konsorcjum, tj. Bull SAS, Atos Polska S.A., Atos IT Services Sp. z o.o., co potwierdza, że Spółka Bull SAS ubiega się o udzielenie ww. zamówienia w ramach Konsorcjum.

Wobec tego Izba stwierdziła, że w prowadzonym postępowaniu Atos ustanowił pełnomocnika w osobie Pana M.W., który posiada legitymację do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem brak jest podstaw do zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w celu

18

wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających reprezentację Atos w postępowaniu. Tym samym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp nie potwierdził się.

II. Następnie Izba odniosła się do zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż w stosunku do jednego z członków Konsorcjum Atos (Bull SAS) nie otwarto likwidacji

Izba wyjaśnia, że w omawiane postępowanie jest prowadzone w ramach procedury przetargu ograniczonego, w ramach której należy wyodrębnić: etap składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz etap składania ofert.

Podkreślenia wymaga, że czynność weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jest prowadzona na pierwszym etapie, tj. na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału. W rozpoznawanym postępowaniu powyższa czynność została już zakończona. Jej następstwem było zaproszenie określonej grupy wykonawców, w tym Przystępującego, do złożenia oferty. W związku z tym ponoszenie zarzutów, dotyczących zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż w stosunku do jednego z członków Konsorcjum Atos (Bull SAS) nie otwarto likwidacji, na obecnym etapie postępowania Izba uznała za niedopuszczalne, bowiem etap kwalifikacji wykonawców pod kątem niepodlegania wykluczenia z postępowania został ostatecznie zamkniętym. Wobec tego Izba powyższe zarzuty odwołania pozostawiła bez rozpoznania.

III. Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut zaniechania wezwania Atos do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechanie ustalenia na tej podstawie, że wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską

1. W przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia oszacowano na kwotę 20 812 202,00 zł netto. Gdy powiększymy podaną wartość o podatek VAT to otrzymamy kwotę 25 599 008,46 zł brutto.
2. W ramach prowadzonego postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców:
 - a) Odwołujący – cena brutto 21 982 110,60 zł
 - b) Przystępujący – cena brutto 19 058 465,01 zł

Izba stwierdziła, że rozstrzygnięcie powyższego zarzutu wymaga przede wszystkim udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w rozpoznawanej sprawie Zamawiający powinien był wezwać Atos do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny? Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy 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.

Tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

W kwestii wykładni treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej, w której stwierdzono: „Przepis art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty, w opinii zamawiającego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wystąpienie przez zamawiającego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, powinno nastąpić „w szczególności, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”. Sformułowanie „w szczególności” należy rozumieć jako przykład sytuacji, w której zamawiający powinien mieć, zdaniem ustawodawcy, wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę wzamian za oferowaną cenę. (...) Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. (...)

21

Określony wart. 90 ust. 1 Pzp próg „30%” stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponieważ zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, należy zaznaczyć, że bez względu na brak zaistnienia okoliczności przykładowo wymienionych wart. 90 ust. 1 Pzp, w razie wystąpienia wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. (...) Reasumując, jeżeli zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wówczas wzywa, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcę do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. (...).

Przekładając powyższe na stan faktyczny Izba stanęła na stanowisku, w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły okoliczności, uzasadniające koniecznością wezwania Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień.

Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że w omawianym postępowaniu nie występuje sytuacja, w której cena oferty Przystępującego byłaby niższa od wartości zamówienia o 30% lub też od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Tym samym na gruncie rozpoznawanej sprawy nie wystąpił opisany powyżej przypadek, w wyniku, którego po stronie Zamawiającego występuje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w stosunku do ceny oferty Przystępującego.

Wobec tego analizie poddać należy sytuację, w której mamy do czynienia z wystąpieniem innych, niż opisane powyżej, okoliczności, stanowiących podstawę

22

wystąpienia po stronie Zamawiającego wątpliwości w odniesieniu do ceny oferty Przystępującego z uwagi na to, że 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.

Biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie oraz stanowiska Stron i Przystępującego Izba stwierdziła, że nie wystąpiły żadne

obiektywne przyczyny, które mogłyby spowodować, iż Zamawiający mógłby przypuszczać, że cena oferty Przystępującego jest zaniżona. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, iż oferta złożona przez Atos zawierała rażąco niską cenę, czy chociażby zaoferowana cena powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości złożenia przez Atos oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zdaniem Izby za błędną należy uznać argumentację Odwołującego, opierającą się na tym, że Odwołujący posiada uprzywilejowaną pozycję względem pozostałych wykonawców z uwagi na to, że realizował dotychczas usługę wsparcia na rzecz Zamawiającego, co pozwala uzyskać Comarch przewagę na poziomie ok. 1,5 mln zł.

W tym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, że „praktycznie całe dosyć obszerne uzasadnienie podniesionego w odwołaniu zarzutu sprowadza się do twierdzenia, że Odwołujący dzięki wyjątkowo sprzyjającym warunkom w postaci posiadania komponentów (skonfigurowane środowisko, pakiet licencji, infrastruktura sprzętowa) oraz wiedzy i doświadczenia nabytych w toku świadczenia usługi w ramach wcześniej zawartych umów mógł zaoferować cenę niższą o 1,5 mln zł netto, niż by to miało miejsce w razie nieposiadania ww. komponentów oraz wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie Odwołujący przemilcza fakt, że sprzyjające dla niego okoliczności są tylko jednym z wielu czynników mających wpływ na wysokość ceny za realizację zamówienia, że wśród najbardziej oczywistych należy wymienić kalkulowany poziom zysku, koszty pracy, koszty administracyjne, wydajność organizacji pracy itd. Przyjmując argumentację Odwołującego niejako automatycznie bez jakiejkolwiek analizy należałoby za rażąco niską uznać każdą cenę oferowaną przez dowolnego

23

wykonawcę, który nie posiada komponentów oraz wiedzy i doświadczenia takich jak Odwołujący, o ile cena ta byłaby niższa od ceny oferowanej przez Odwołującego”.

W tym miejscu należy również wspomnieć, że w Zamawiający siwz dopuścił znaczną swobodę w założeniach postanowieniami przyjęciu architektonicznych, tym również różnorodnych rozwiązań, które mogą przynieść oszczędności. Wobec tego nie można wykluczyć, czego zdaje się nie dostrzega Odwołujący, że architektura oferowana przez Przystępującego może być odmienna i znacznie tańsza od tej oferowanej przez Odwołującego, co w konsekwencji może uzasadniać taką a nie inną cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Również przedłożone przez Przystępującego pismo firmy Oracle potwierdza, że wszyscy partnerzy Oracle, w tym również Przystępujący otrzymali ze strony ww. firmy specjalne warunki handlowe, co bez wątpienia miało przełożenie na cenę oferty Przystępującego.

Kolejno Izba odniosła się do argumentacji Odwołującego, zasadzającej się na tym, że Atos w ramach prowadzonego postępowania w dniu 19 lutego 2016 r. wniosło własne odwołanie, w którego uzasadnieniu podnosiło zarzut uprzywilejowanej pozycji Comarch. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wycofane, a postępowanie odwoławcze umorzone postanowieniem z dnia 1 marca 2016 roku sygn. akt. KIO 226/16. Ponadto zgłoszone zarzuty były powiązane z postanowieniami umownymi, dotyczącymi „wcześniejszego” rozwiązania umowy przez Zamawiającego. W związku z tym przywoływanie argumentacji Atos zawartej w odwołaniu w zakresie rozpoznawanego zarzutu należy znać za nietrafne.

Izba również nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie nie zlecenia przez Zamawiającego usług innych niż usługa utrzymania systemów informatycznych. W ocenie Izby, jedynie ze stwierdzenia, że Zamawiający zastrzega sobie prawo nie wystawiania zleceń na usługi inne niż usługa utrzymania systemów informatycznych, nie sposób wywieść, że Zamawiający nie będzie w okresie realizacji przedmiotu zamówienia w ogóle zlecał pozostałych usług. Za powyższym przemawia chociażby fakt, że w ciągu ostatniego roku zostało wdrożonych 2053 punktów funkcyjnych w ramach rozwoju systemu, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Ponadto za przekonujące należy uznać wyjaśnienie, że przyczyną wcześniejszego

wygaśnięcia obecnej umowy (została zawarta do września 2017 r.) jest wyczerpanie środków przeznaczonych na sfinansowanie wynagrodzenia wykonawcy. Zatem prezentowana powyżej argumentacja Odwołującego nie może się ostać.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego dowody w zakresie wykazania zaniżenia przez Przystępującego ceny w złożonej ofercie w przeważającej mierze odnoszą się do sytuacji i warunków handlowych firmy Comarch podczas, gdy zakres zarzutu dotyczy ceny oferty Przystępującego. W związku z tym nie mogą być one brane pod uwagę w zakresie rozpoznawanego zarzutu. Nie jest bowiem możliwe proste przeniesienie powyższych uwarunkowań, które odnoszą się do specyficznych właściwości firmy Comarch na sytuację Atos, gdyż pomimo, iż ww. firmy działają w tym samym sektorze, to zapewne inna jest ich sytuacja i pozycja rynkowa, chociażby we współpracy z określonym gronem partnerów handlowych. Zaś do dowodów w postaci dokumentacji postępowania, odnoszącej się do innych postępowań, niż te prowadzone przez Zamawiającego obecnie Izba wskazuje, że nie mają one, żadnego istotnego znaczenia dla rozpoznawanych zarzutów w omawianej sprawie.

W związku z powyższym sformułowane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp. i art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp należało uznać za niezasadne.

Podsumowując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp. w zw. z art. 23 ust. 2 Pzp; art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp. i art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....