

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 kwietnia 2012 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący-Sędzia SSA w SO Wojciech Misiuda

Sędzia: SSO Elżbieta Mazur - Selwą (spraw.)

Sędzia: SSO Tadeusz Strzyż

Protokolant: Wiesława Oczóś
po rozpoznaniu w dniu 13 kwietnia 2012 r. w Rzeszowie
na rozprawie

sprawy ze skargi Województwa Podkarpackiego

przy udziale interwenienta ubocznego po stronie skarżącego: Konsorcjum firm:,
Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z
o.o. we Wrocławiu, Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o. w Katowicach
oraz przeciwnika skargi InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba
Spółka Jawna w Krakowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 19 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 44/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że:

I. oddala odwołanie,

II. kosztami wpisu od odwołania w kwocie 15.000zł (piętnaście
tysięcy złotych) obciąża InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzeja
Szczerba sp.j. w Krakowie,

III. zasądza od InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzeja Szczerba sp.j.
w Krakowie na rzecz Województwa Podkarpackiego kwotę 3600zł
(trzy tysiące sześćset złotych).

2. Zasądza od InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzeja Szczerba spółka
jawna w Krakowie, na rzecz Województwa Podkarpackiego kwotę
85.049zł. (osiemdziesiąt pięć tysięcy czterdzieści dziewięć złotych)
tytułem zwrotu opłaty sądowej od skargi oraz kwotę 1.800zł (jeden tysiąc
osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Uzasadnienie

wyroku z dnia 18 kwietnia 2012r.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 19.01.2012r. KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i ponowna ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty. Kosztami postępowania obciążyła Województwo Podkarpackie Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna ul. Królewska 57, 30-01 Kraków tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Województwa Podkarpackiego Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów na rzecz Info Strategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna ul. Królewska 57, 30-081 Kraków kwotę 15.000zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania. Pouczył, że stosownie do art., 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tj.Dz. U. z 2010r. 113 poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie .W uzasadnieniu wyroku KIO wskazał, że w dniu 05.01.2012r. złożone zostało odwołanie przez InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna, ul. Królewska 57, 30-081 Kraków zwany dalej „odwołującym”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez

Województwo Podkarpackie, AL Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów zwany dalej „zamawiającym”. Postępowanie prowadzone w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. j.t. 201 Or. Nr 113 poz.759 z późn. zm.) dotyczy przetargu nieograniczonego na usługę zarządzania projektem oraz promocję projektu „Podkarpacki System Informacji Medycznej „PSIM” realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2007-2013, świadczoną przez Inżyniera Kontraktu, Numer referencyjny nadany sprawie przez zamawiającego: OR-IV.272.1.39.2011. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.09.2011r. pod poz.2011/S 178-292581.Odwołanie zostało wniesione w związku z czynnością zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, której odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art.26 ust. 2b ustawy wskutek tego, że zamawiający przyjął, iż wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne konsorcjum: Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Inowrocławskiej 17/18, 53 -653 Wrocław, Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Astrów 10, 40-045 Katowice zwany dalej „wykonawca wybrany” może wykazać swoją zdolność do wykonania zamówienia w

zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania osoby trzeciej CLICO Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i EUROSOFT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

2. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy przez to, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny oferty tegoż wykonawcy wybranego i poprzestał na wezwaniu o uzupełnienie z dnia 09.12.2011 r. uznając je za wystarczające i czyniące

zadość wymogom art. 90 ust. 1 ustawy mimo, że faktycznie wykonawca wybrany nie przedstawił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy wybranego bez ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę i oparcie się jedynie na nie znanych tezach bądź przypuszczeniach.

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z tym, że zamawiający przyjął, że treść oferty wykonawcy wybranego odpowiada treści SIWZ w zakresie zapewnienia personelu oraz jego doświadczenia;

5. naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy przez to, że Zamawiający w danych okolicznościach sprawy i przy poziomie cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców nie wezwał odwołującego do składania wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny nie mając ku temu żadnych podstaw;

6. art. 90 ust. 2 poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego, a to przy ocenie wyjaśnień lub też zaniechania czynności do złożenia wyjaśnień oraz braku prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

7. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez uchybienie zasadom równego traktowania wykonawców,

8. naruszenia przepisów rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego,

2. dokonania ponownego badania, oceny ofert i wykluczenia wykonawcy wybranego w związku z tym, że wykonawca ten nie wykazał zdolności do wykonania zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia lub w przypadku, gdy w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej żądanie nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy jest nieuzasadnione,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania, oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy, bądź w przypadku stwierdzenia sprzeczności z treścią SIWZ - nakazanie odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,

4. w związku z nakazaniem dokonania ponownego badania i oceny ofert - nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Pierwszy zarzut dotyczył dysponowania zasobami podmiotów trzecich. Odwołujący przywołał okoliczność, że wykonawca wybrany polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji

części zamówienia i w związku z tym zamawiający żąda przedstawienia do tych podmiotów dokumentów wymienionych w rozdziale XII ust. 3 pkt 1) i 2) oraz 5) -8) SIWZ.

Wykonawca wybrany polega na zasobach wiedzy i doświadczenia firm: CLICO sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Oleandry 2 zwanej dalej „CLICO” oraz Eurosoft sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Łopuszańskiej 32 zwanej dalej „Eurosoft”, a w swojej ofercie nie przedstawił dokumentów dotyczących tych podmiotów, o których mowa w rozdziale XII pkt 13 SIWZ, a przedstawił jedynie pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz odpis aktualny z Rejestru Przedsiębiorców tych firm.

Z treści oferty oraz jej uzupełnień nie wynika, że CLICO oraz Eurosoft będą brały udział w wykonywaniu zamówienia zaś Zamawiający w toku postępowania nie dokonał w tym zakresie żadnych wyjaśnień.

Według odwołującego nie jest możliwe udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia.

Bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia.

W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Drugi zarzut dotyczył dysponowania osobami, przy pomocy których wykonawca będzie realizował zadanie i odnosił się do eksperta specjalisty ds. rozliczeń.

Ekspert specjalista ds. rozliczeń - co najmniej 2 osoby, odpowiedzialne za właściwe przygotowanie wniosków o płatność celem rozliczenia projektu, dokonywanie właściwego opisu dokumentacji finansowej jak i merytorycznej projektu, posiadającej min. „co najmniej 2 letni staż pracy na stanowisku księgowego lub równoważnym...”

ITmed wskazał na stanowisko Eksperta specjalisty ds. rozliczeń osoby Panią Darię Brandys oraz Panią Izabelę Lipską. Z załączonych do oferty ITmed dokumentów nie wynika że w/osoby posiadają co najmniej 2 letni staż pracy na stanowisku księgowego lub równoważnym. Ekspersi ds. rozliczeń w ofercie ITmed posiadają staż pracy na stanowisku analityka finansowego, które zdaniem Odwołującego nie można uznać za równoważne do stanowiska księgowego.

Z wiedzy Odwołującego stanowisko analityka finansowego nie jest równoważne ze stanowiskiem księgowego.

Z treści oferty wynika zatem, że ITmed zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp, nie posiada osób zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Poważne wątpliwości budzi też cena za realizację przedmiotowej usługi zaproponowana przez konsorcjum Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. oraz Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o. Rażąco niska cena to cena oderwana od realiów, rynkowych, niewiarygodna. Taką właśnie ceną w opinii Odwołującego jest właśnie cena ofertowa konsorcjum Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. oraz Nizielski & Borys

Consulting Sp. z o.o. Przykładem na poparcie tej tezy może tu być oferowanie usług za symboliczną kwotę, która grozi niebezpieczeństwem niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości. Odwołujący nie może zgodzić się, mając duże doświadczenie w realizacji podobnych projektów, że wybrany Wykonawca jest w stanie wykonać m. in. inwentaryzację istniejącego oprogramowania, infrastruktury sprzętowej oraz infrastruktury sieciowej wśród Beneficjentów projektu - 8 szpitali - za podaną w ofercie kwotę 3 690,00 zł brutto. Przy czym przedmiotową inwentaryzację należy wykonać u każdego z Partnerów projektu. Tymczasem Beneficjentem bezpośrednim Projektu będzie Województwo Podkarpackie (Lider) oraz 8 szpitali wojewódzkich (Partnerzy). Inwentaryzacja posiadanego oprogramowania oraz sprzętu ma zostać wykonana w 8 szpitalach Wojewódzkich w terminie miesiąca licząc od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą. Zatem szacując - inwentaryzacja tylko w jednym ze szpitali Wojewódzkich zostanie wykona za jedyne 461,25 zł brutto. Warto zwrócić uwagę na fakt, iż Odwołujący nie uwzględnił w tym szacunku np. kosztów dojazdu do szpitali, a zgodnie z warunkami SIWZ oraz złożoną ofertą zobowiązany jest wykonać te czynności wykonawca. Należy tutaj podkreślić, iż członkowie konsorcjum wybranego wykonawcy mają swe siedzibę poza województwem podkarpackim, tym samym uzasadnionym jest poddanie w wątpliwość rzetelność i prawidłowość poczynionej wyceny chociażby w tym zakresie, zaś podobne zarzuty można odnieść do pozostałych części wycen zawartych w ofercie, które są rażąco niskie i bądź zostały sporządzone nierzetelnie, bądź też zawierają istotne błędy i mogą doprowadzić do niewłaściwej realizacji zamówienia.

Zmawiający nie wyjaśnił czy zaoferowana niska cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytych wykonaniem zamówienia; czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, które towarzyszyć będą realizacji zamówienia a które wpłyną na wysokość zaoferowanej ceny. W szczególności brak wyjaśnienia czy zatrudnienie podwykonawcy lub podwykonawców, których zaangażowanie wykonawca przewidział przedkładając niekompletne oświadczenia jest odpowiednio skalkulowane. Zdaniem Odwołującego to zamawiający winien był wezwać oferenta do złożenia wyjaśnień, a następnie dokonać ich obiektywnej i realistycznej oceny z uwzględnieniem elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Samo rozbieżności zaoferowanego wynagrodzenia na bardziej szczegółowe kwoty nie umożliwia ustalenia, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską. Wynika to z faktu, iż zarzut ceny rażąco niskiej odnosi się zarówno do ceny całkowitej, jak też do jej poszczególnych składników. Elementami oferty mającymi wpływ na wysokość ceny są poza arytmetyczne elementy treści oferty, takie jak wymienione w sposób przykładowy w art. 90 ust. 2 Pzp, do których można również zaliczyć: panujące warunki makro i mikroekonomiczne, strukturę organizacyjną wykonawcy, zastosowane metody zarządzania, udział podwykonawców na wynegocjowanych korzystnych warunkach itp. Tymczasem konsorcjum ITmed nie przedstawiło tych elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny, w zakresie odpowiadającym wskazaniom w art. 90 ust. 2 Pzp. Tym samym odwołujący negował złożone wyjaśnienia, jako niewystarczające, w zakresie celu, jakiemu mają służyć i nieodpowiadające wymogom ustawy Pzp. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 4 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp i zgodnie z orzecznictwem KIO (tak np. wyrok z dnia 11 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 661/10) punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa

wartość zamówienia powiększona o podatek VAT;

2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;

3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Z punktu widzenia wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, jak należy zakładać w sposób rzetelny i należyty - wartość ta wynosi kwotę 2.092.184,00 zł brutto. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rynkową, określoną na poziomie zbliżonym do wcześniejszych szacunków zamawiającego, a tym samym powinna być traktowana jako rzetelna i prawidłowo wyliczona w stosunku do wartości zamówienia obliczonej przez zamawiającego. Jeśli zamawiający wybrał ofertę rażąco niższą do swej własnej wyceny to może oznaczać, iż w sposób niedopuszczalny pomylił się zamawiający ponieważ wybrana oferta opiewająca na kwotę 611.310,00 zł brutto stanowi zaledwie 29% ceny szacunkowej zamawiającego, bądź też jednak pomyliło się konsorcjum ITmed lub dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji oferując rażąco niską cenę powodującą, iż niemożliwym będzie prawidłowe zrealizowanie zamówienia, a tym samym oferta ta, jako sprzeczna z treścią SIWZ winna być odrzucona przez zamawiającego.

Zamawiający rozważając czy Wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny winien był zbadać czy możliwe jest wykonanie zamówienia w tej cenie, czego nie uczynił. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 22.02.2011, sygn. akt: KIO 235/11: Ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. (...) W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. (...) W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. (...) Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania, z czym mamy do czynienia w nin. sprawie w stosunku do Odwołującego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wywiązał się z powyższych obowiązków, co skutkuje postawieniem zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybierany wnosząc o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Województwo Podkarpackie reprezentowane przez Urząd Marszałkowski z siedzibą w Rzeszowie to jest Zamawiający na podstawie art.92 ust.2 ustawy w dniu 28.12.2011 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, którym jest Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Niezielski & Borys Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, będącym przystępującym po stronie zamawiającego w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu wyboru zamawiający podał, że oferta przystępującego uzyskała najwyższą ilość punktów- 100 w łącznej ocenie ofert, ponieważ posiada najniższą cenę. Kolejną pozycję z ilością 31,98 punktów uzyskała oferta InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. J. z siedzibą w Krakowie to jest oferta odwołującego.

Oferty pozostałych dwóch wykonawców to jest Konsorcjum EF Consultancy Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Eficom S.A. z siedzibą w Warszawie oraz oferta Konsorcjum Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie i PositivePro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie podlegały ocenie, ponieważ zostały odrzucone.

Z formularza ofertowego przystępującego (wykonawca wybrany) wynika, że zaoferował cenę w kwocie 611.310zł. Z kolei z formularza ofertowego odwołującego (drugi wykonawca oceniany) wynika, że zaoferował cenę w kwocie 1.911.420zł.

Z protokołu przedmiotowego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wynika, że wartość zamówienia, które zamawiający zamierza udzielić została ustalona na kwotę 1.700.962,60zł, a bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2.092.184zł. brutto.

Z przedmiotowego protokołu również wynika, że oferty nie podlegające ocenie zawierały następujące ceny:

1. 829.020zł. Konsorcjum EF Consultancy Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Eficom S.A. z siedzibą w Warszawie - oferta odrzucona,
2. 922.500zł. Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie i PositivePro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wykonawca wykluczony.

Wobec tak rozbieżnych cen pomiędzy ofertami podlegającymi ocenie: 611.310zł.(oferta przystępującego

- wykonawca wybrany) i 1.911.420zł. (oferta odwołującego) zamawiający działając na podstawie art.90 ust.1 ustawy pismem z dnia 01.12.2011 r. wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający poprosił wykonawcę wybranego o przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów, składających się na wartość złożonej oferty, z podziałem na poszczególne zadania 1-5, z podaniem przyjętych cen jednostkowych oraz ilości jednostek (z uwzględnieniem czasu trwania umowy). Przedstawiona kalkulacja powinna być oparta o rodzajowy układ kosztów w podziale na:

1. Koszty amortyzacji środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych,
2. Koszty zużycia materiałów i energii,
3. Podatki i opłaty, ponoszone w związku realizacją przedmiotu zamówienia,
4. Wynagrodzenia pracowników biorących udział w realizacji przedmiotu zamówienia, z podziałem na ilość planowanych umów o pracę /umów zlecenia/umów o dzieło, okres trwania umowy i koszt jednostkowy umowy,
5. Koszty ubezpieczeń społecznych i innych świadczeń z tytułu wynagrodzeń,
6. Koszty usług obcych,

7. Pozostałe koszty w tym koszty krajowych i zagranicznych podróży służbowych, koszty reprezentacji i reklamy, koszty wynajęcia kwater lub ryczału za noclegi w przypadku czasowego zatrudnienia pracowników poza stałym miejscem zatrudnienia, wypłaty ryczałtów za używanie przez pracowników samochodów prywatnych do celów służbowych. Zamawiający wyznaczył na wyjaśnienie elementów stanowiących podstawę do zaoferowania ceny oraz do wskazania stanu faktycznego oraz innych okoliczności uzasadniających cenę termin do dnia 07.12.2011 r. godz. 12:00.

Na koniec pouczył, że nie złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie bądź złożenie dowodów wskazujących na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust.3 ustawy.

AJ wykonawca wybrany w dniu 05.12.2012r. udzielił odpowiedzi wskazując, że ... "kalkulując cenę oferty opierał się na założeniach biznesowych oraz uwzględniając inne działania firmy. Niemożliwe jest zatem przedstawienie uzasadnienia ceny oferty w postaci przez Państwa oczekiwanej, tym bardziej, że oczekiwanie przeprowadzenia kalkulacji ceny oferty w postaci rachunków kosztów w układzie rodzajowym jest pozbawione podstaw prawnych". Tym bardziej, że zamawiający ogłaszając o zamówieniu zdecydował o proporcjach cen za poszczególne zadania w stosunku do całej ceny oferty. Dlatego w ocenie wykonawcy wybranego przedstawienie kalkulacji za poszczególne zadania jest niemożliwe, a co

najmniej znacznie utrudnione. Wprowadzenie przez zamawiającego systemu procentowego udziału poszczególnych zadań nie pozostawiało oferentowi żadnej swobody w ustaleniu ceny za te zadania. Poza tym samo zaoferowanie przez wykonawców, cen na poziomie znacznie odbiegającym od oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, przez Zamawiającego nie może stanowić podstawy do zarzutu rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniu przywołano orzecznictwo zespołów arbitrów, z których wynika, że konkutowanie cenami pomiędzy wykonawcami, a nawet rażące różnice pomiędzy cenami czy też występujące błędy w szacowaniu wartości zamówienia nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Poza tym zamawiający ma obowiązek porównania złożonych ofert nie tylko z własną kalkulacją, ale także z cenami innych ofert. Poza tym jako ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę niewiarygodną cenowo, znacznie odbiegającą od cen rynkowych, wskazująca na realizację usługi poniżej kosztów wykonania usługi.

Dalej wykonawca wybrany powołał się, że w przedmiotowym zamówieniu zastosował oszczędność metody realizacji usługi, związaną z dużym doświadczeniem podwykonawcy w wykonywaniu zamówień o stopniu złożoności i przedmiocie zbliżonym do przedmiotowego zamówienia. Polega to na wykorzystaniu wcześniej opracowanych dokumentów analitycznych oraz know-how co w znaczący sposób wpływa na czasochłonność i pracochłonność, co powoduje, że warunki wykonywania zamówienia dla wykonawcy wybranego w przedmiotowym postępowaniu są wyjątkowo sprzyjające. Uzupełniając nadmienił, że nie korzysta przy realizacji zamówienia z pomocy publicznej. Stwierdził również, że jego cena nie jest rażąco niska nie może podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy. Dalej, że przepisy ustawy oraz ustalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nie dają podstawy do żądania tak szczegółowej kalkulacji.

Jednak z ostrożności przedstawia w zał. nr 1 kalkulację kosztów, która została wykonana przy kreowaniu ceny za wykonanie zamówienia z uwzględnieniem pozycji kosztowych wymienionych w wezwaniu. Przy czym zastrzeżono, że informacje podane w zał. nr 1 do tego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji i tym samym nie mogą być udostępniane innym osobom bez zgody wykonawcy wybranego. Na rozprawie wykonawca wybrany- przystępujący po stronie zamawiającego nie wyraził zgody na udostępnienie zał. nr 1 do pisma z dnia 05.12.2011 r., stanowiącego wyjaśnienie do wezwania zamawiającego w sprawie rażąco niskiej ceny.

Izba uwzględniając, iż dane liczbowe podane w zał. nr 1 dotyczące wynagrodzeń można przyrównać do wymienionych osób z imienia i nazwiska w ofercie przy pomocy, których przystępujący będzie wykonywał zamówienie, co może naruszyć prawnie chronioną tajemnicę handlową przystępującego, nie udostępniła odwołującemu zał. nr 1 do ww pisma.

W związku z powyższym Izba odnosząc się do informacji, zawartych w zał. nr 1 do ww pisma, nie będzie podawać konkretnie wymienionych w tymże załączniku kwot i jakich konkretnie czynności dotyczą. Natomiast w pozostałym zakresie informacje i stanowisko przystępującego mają charakter ogólny, który w ocenie Izby nie podlega ochronie tajemnicy handlowej.

W związku z powyższym w zał. nr 1 przedstawiono następujące wyjaśnienia w trybie art.90 ustawy. Przystępujący wymienił następujące czynniki cenotwórcze:

1. Koszty zatrudnienia personelu,
2. Koszty utrzymania biura,
3. Koszty obsługi technicznej (delegacje, materiały biurowe)
4. Koszty promocji.

Wykonawca wybrany wyjaśnił zamawiającemu, że koszty utrzymania biura w

Rzeszowie i wynagrodzeń personelu tylko częściowo dotyczą kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, ponieważ kadra i biuro służyć będą do obsługi innych działań w tym regionie. Natomiast koszty obsługi technicznej projektu (delegacje, materiały biurowe) i koszty promocji w całości zaliczone są do przedmiotowego projektu.

W załączniku nr 1 przedstawiono tabelę zawierającą następujące kolumny:

1. Nazwa pozycji i kosztowej,
2. Liczby odnoszące się do: liczby osób, liczby tabliczek, naklejek, biur, telefonów, dojazdów.
3. Koszt w złotych.

W kolumnie 1 i 2 zawarto następujące pozycje: koordynator - 1, ekspert ds. prawnych-2, ekspert specjalista ds. rozliczeń-2, ekspert ds. projektowania i integracji systemów informatycznych- 1, administrator systemów informatycznych-1, koordynator ds. wdrożeń systemów informatycznych-1, informatyk specjalista ds. sprzętu-1, specjalista ds. platform serwerowych-1, kierownik robót telekomunikacyjnych-1, kierownik robót elektrycznych-1, tabliczki informacyjne-125, naklejki -6000, tablice pamiątkowe -9, wynajem biura -1, telefony-1, dojazdy -1, materiały biurowe 1, koszty inne- 1 ,zysk/ryzyko-1, razem kwota 611 310,00 jak w ofercie a co oznacza, że kwoty kosztów podano brutto. Nad tabelą przy „koszt w okresie umowy - wpisano 23”.

Co do kosztów, których nie ujęto powyżej, a które wymagał zamawiający to przystępujący wyjaśnił:

1. Koszty amortyzacji środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych, wykorzystywanych

do realizacji przedmiotu zamówienia - nie stanowią dodatkowego kosztu,

2. Koszty zużycia materiałów i energii - ujęto w poz. wynajem biura i materiały biurowe,

3. Podatki i opłaty - ujęto w poz. wynagrodzenia oraz poz. koszty inne,

4. Wynagrodzenia pracowników biorących udział w realizacji przedmiotu zamówienia, z podziałem na

ilość planowanych umów o pracę /umów zlecenia/umów o dzieło,
okres trwania umowy i koszt

jednostkowy umowy - ujęto w poz. związanymi z wynagrodzeniami,

5. Koszty ubezpieczeń społecznych i innych świadczeń z tytułu wynagrodzeń - ujęto w pozycjach

wynagrodzenie,

6. Koszty usług obcych - ujęto w pozycjach wynagrodzenie,

7. Pozostałe koszty w tym koszty krajowych i zagranicznych podróży służbowych, koszty

reprezentacji i reklamy, koszty wynajęcia kwater lub ryczałtu za noclegi w przypadku czasowego

zatrudnienia pracowników poza stałym miejscem zatrudnienia, wypłaty ryczałtów za używanie

przez pracowników samochodów prywatnych do celów służbowych - ujęto w pozycji
wynagrodzenia oraz inne koszty.

W dalszej części załącznika nr 1 przystępujący wyjaśnił:

1. Z treści oferty wynika, że dużą część prac zamierza powierzyć podwykonawcy - spółce Infovide-Matrix S.A.

2. Podwykonawca - spółka Infovide-Matrix S.A. zrealizowała i realizuje wiele projektów dotyczących systemów medycznych w tym dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia: warsztaty w ramach Projektu PI „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych oraz świadczenie usług eksperckich dotyczących: produktów specjalistycznych, wsparcia metodycznego w ramach nadzoru nad projektem, opracowanie kryteriów i materiałów informacyjnych osiągnięcia interoperacyjności w tymże Projekcie 1 oraz dla klienta Lux-Med. Sp. z o.o. - wsparcie w realizacji projektu wykonania systemu informatycznego obsługi świadczeń dla sieci centrów medycznych Grupy Lux-Med. 3. Przystępujący to jest Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed Sp. z o.o. wykonała: 3 koncepcje oraz dokumentację dla projektów e-zdrowia w województwach; dolnośląskim, podlaskim i lubuskim w tym w e-zdrowie dla województwa Dolnośląskiego pełniła funkcję inżyniera kontraktu w okresie 2 lat zdobywając doświadczenie podobne w zakresie z przedmiotowym postępowaniem, przeprowadziła 30 postępowań publicznych, rozliczaniu dotacji oraz reprezentowania beneficjentów.

Zgromadzono dużą wiedzę i doświadczenie, powoduje oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania powodują obniżenie czasochłonności i nakładów pracy do wykonania zamówienia. Zatem koszty tej części zamówienia są znacznie niższe co powoduje obniżenie ceny i sprawia, że warunki realizacji zamówienia są wyjątkowo sprzyjające.

Zamawiający w związku z udzielonymi wyjaśnieniami przez przystępującego dokonał wyboru jego oferty a co zaskarżył odwołujący w dniu 05.01.2012r. zarzucając naruszenie art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ustawy.

Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 24 ust.2 pkt 4 , art.22 ust.1 pkt 2 oraz art.26 ust.2 b ustawy.

W konsekwencji także naruszenia równego traktowania wykonawców w myśl art.7 ust. 1 ustawy.

Izba dokonując oceny zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego (przystępującego) wzięła pod uwagę następujące okoliczności.

Zamawiający dla projektu „Podkarpacki System Informacji Medycznej” będącym przedmiotem niniejszego postępowania w zakresie funkcji Inżyniera Kontraktu dysponuje Studium Wykonalności opracowanym przez Centrum Rozwoju Społeczno- Ekonomicznego 39-120 Sędziszów Młp., Sielec 1A listopad 2010. w którym opisano między zakres obowiązków i kompetencji podmiotów uczestniczących w projekcie. Zarządzanie Projektem stanowi jeden z najistotniejszych komponentów projektu. Odpowiednie zarządzanie projektem stanowi gwarancję odpowiedniego zaangażowania wszystkich zainteresowanych stron w realizację przedsięwzięcia i podstawę do stworzenia odpowiedniej platformy komunikacyjnej pomiędzy interesariuszami projektu (4.3.3. Zarządzanie projektem w kontekście jego trwałości str.176). Zarządzanie projektem jest realizowane w ramach czteropoziomowej struktury organizacyjnej. W strukturze zarządzania projektem wyróżnić należy następujące podmioty:

- A. Beneficjenta (Departament Społeczeństwa Informacyjnego Podkarpackiego Urzędu Marszałkowskiego),
- B. Inżynier Kontraktu,
- C. Wykonawca.

Zastosowanie takiej struktury wynika z wysokiej złożoności i wielkości projektu oraz konieczności wymogów stawianym projektom współfinansowanym ze środków UE. Z tego względu konieczna jest bieżąca i wielostopniowa weryfikacja i kontrola postępów projektu(4.3.3.1. Struktura zarządzania projektem str.177). W Studium Wykonalności przewidziano, iż Inżynier Kontraktu zarządza projektem w warstwie operacyjnej, podejmuje wyspecyfikowane decyzje taktyczne i operacyjne.(4.3.3.IB.Inżynier Kontraktu str 179 i następne). Zadania Inżyniera Kontraktu zostały opisane także w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w Zał. Nr 1 pn. Opis przedmiotu zamówienia.

W przywołanym Studium Wykonalności oszacowano całkowite koszty projektu na kwotę 59.457.159.,42zł. brutto w tym zarządzanie projektem na kwotę 2.040.084zł. brutto plus 52.100,00zł. promocja projektu (str.308 i 309). W dniu 02.08.2011r. Centrum Rozwoju Społeczno- Ekonomicznego 39-120 Sędziszów Młp., Sielec 1A reprezentowane przez Piotra Fularza Dyrektora Zarządzającego przedstawiło Zamawiającemu Szacunek wykonania usługi zarządzania projektem oraz promocji projektu „Podkarpacki System

Informacji Medycznej", świadczonej przez Inżyniera Kontraktu na kwotę 2.092.184,00zł. z adnotacją, że powyższy szacunek został przygotowany w oparciu o wymagania wobec Inżyniera Kontraktu oraz opis zadań planowanych do wykonania przez Inżyniera Kontraktu zawarty w Studium Wykonalności i Specyfikacji Dostaw i Usług.

Izba w toku badania SIWZ ustaliła, że zamawiający w Cz. XVII SIWZ opis sposobu przygotowania ofert

pkt 14 zastrzegł, że cena za poszczególne zadania do jakich zobowiązany jest wykonawca nie może

przekraczać następujących proporcji całości zaproponowanego wynagrodzenia:

-Zadanie nr 1 -12%,

-Zadanie nr 2-16%,

-Zadanie nr 3 -68%,

-Zadanie nr 4 -1 %,

-Zadanie nr 5-3%.

W zał. nr 1 do SIWZ Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia wskazując, że Inżynier

Kontraktu projektu „Podkarpacki System Informacji Medycznej” będzie zarządzał projektem w ramach

realizacji zadań opisanych w niniejszym załączniku do SIWZ zatytułowanych kolejno następująco:

- Zadanie nr1 - od momentu podpisania umowy z Inżynierem Kontraktu do momentu podpisania umowy przez Zamawiającego z Generalnym Wykonawcą. W ramach realizacji niniejszego zadania wykonawca odpowiada za:1) opracowanie projektów dokumentacji przetargowej na realizację postępowania na wybór Generalnego Wykonawcy Inwestycji oraz postępowania na wybór Podmiotu Realizującego Audyt Projektu w trybie ustawy prawo zamówień publicznych zgodnie z dokumentacją postępowania, w tym wykonanie inwentaryzacji istniejącego oprogramowania, infrastruktury sprzętowej oraz infrastruktury sieciowej wśród Beneficjentów projektu.

-Zadanie nr 2-usługi doradztwa specjalistycznego w zakresie związanym ze specyfikacją techniczną i wyborem Generalnego Wykonawcy Inwestycji, wykorzystując między innymi następujących specjalistów: analityk i projektant systemów informatycznych, specjalista ds. programowania systemów informatycznych, koordynator ds. wdrożeń systemów informatycznych, informatyk- specjalista ds. sprzętu, informatyk-administrator sieci komputerowych, specjalista ds. platform serwerowych.

-Zadanie nr 3-usługa zarządzania projektem obejmującą 1)prowadzenie biura projektu, 2)zarządzanie projektem, 3)wdrożenie narzędzia

informatycznego,4)prowadzenie odbiorów na etapie wdrożenia systemu przez GWI,5)prowadzenie rozliczeń finansowo-księgowych projektu,5)doradztwo prawnicze,

-Zadanie nr 4 -Nadzór budowlany,

-Zadanie nr 5-Promocja Projektu.

Termin wykonania przedmiotowego zamówienia określono do 25 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednakże nie dłużej niż do 30 listopada 2013 roku,

zgodnie z terminami szczegółowymi określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (Cz.V SIWZ Termin wykonania zamówienia).

Izba dokonując powyższych ustaleń w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei w myśl art.90 ustawy Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu ocenie podlegały dwie oferty to jest oferta odwołującego za cenę w kwocie 1.911.420zł. i oferta wykonawcy wybranego (przystępującego) za cenę w kwocie 611.310zł. Przy czym zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2.092.184zł. brutto.

Pozostałe złożone dwie oferty w postępowaniu nie podlegały ocenie, ponieważ zostały odrzucone. Z powyższego wynika, że oferta odwołującego była ofertą wycenioną na poziomie porównywalnym z wyceną zamawiającego. Natomiast oferta przystępującego znacznie odbiegała od poziomu wyceny zamawiającego, jak w odwołaniu podnosił odwołujący wynosiła zaledwie 29% ceny szacunkowej zamawiającego.

Zamawiający skorzystał z procedury art. 90 ustawy wzywając wykonawcę wybranego (przystępującego) do złożenia wyjaśnień żądając szczegółowej kalkulacji, w podziale na zadania 1-5, z podaniem przyjętych cen jednostkowych oraz ilości jednostek w oparciu o układ rodzajowy kosztów. Wykonawca wybrany odpowiadając na wezwanie, zakwestionował prawo zamawiającego, powołując się ogólnie na przepisy Pzp, jak również ustaloną linię orzecniczą KIO do tak sprecyzowanego żądania zamawiającego w trybie art.90 ustawy, to jest przeprowadzenia kalkulacji ceny oferty w postaci rachunku kosztów w układzie rodzajowym. Wykonawca wybrany określił, że kalkulując cenę opierał się na założeniach biznesowych oraz uwzględniając inne działania firmy. Poza tym zarzucił, że przedstawienie szczegółowej kalkulacji jest niemożliwe, a co najmniej znacznie utrudnione z powodu przesądzenia przez zamawiającego o proporcjach cen za poszczególne zadania. Jednak z ostrożności przedstawił w zał. nr 1 do Wyjaśnienia - kalkulację kosztów zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z uwzględnieniem przez Izbę w części żądania przystępującego co do ochrony informacji jego danych, Izba ogólnie bez podania szczegółowych danych cyfrowych w zał. nr 1 do Wyjaśnień z 05.12.2011 r. odnieść się do wyjaśnienia wykonawcy wybranego.

Po pierwsze jak wyżej opisano wykonawca wybrany nie spełnił wymagań zamawiającego co do podania wszystkich elementów kalkulacji rodzajowej, wymienionych w Wezwaniu z dnia 01.12.2011 r., co sam przyznał w Wyjaśnieniu z dnia 05.12.2011 r., a także nie dokonał podziału kosztowego na 5 zadań. Izba nie przyjęła za zasadne wyjaśnienia wykonawcy

wybranego, że nie występują koszty amortyzacji, chociażby takich środków trwałych jak komputery, oprogramowania, wyposażenia biura, którego wymogi i zadania szczegółowo opisano w Studium Wykonalności i w SIWZ. W ocenie Izby podana w zał. nr 1 kwota na wynajem biura przez 23 miesiące może co najwyżej pokryć koszty wynajmu samych pomieszczeń, bez niezbędnych środków do pracy i wyposażenia, a ogólnikowe stwierdzenie, że będzie biuro wykorzystywane również na inne zadania jest nieprzekonywujące, a nawet wskazujące na naruszenie SIWZ w zakresie dysponowania biurem przez cały okres realizacji zadania i dlatego zadania. Tak więc nie podanie kosztów amortyzacji Izba nie uznała za usprawiedliwione.

Izba uznała za nieusprawiedliwione również nie wyspecyfikowanie w Zał. nr 1 kosztów zużycia materiałów i energii, podatków i opłat, rodzaju wynagrodzeń pracowników, kosztów ubezpieczeń społecznych i innych świadczeń z tytułu wynagrodzeń, kosztu usług obcych, pozostałych kosztów, wyspecyfikowanych i opisanych w Wezwaniu zamawiającego. W ocenie Izby wliczenie, jak wyjaśnił wykonawca wybrany, powyżej wymienionych kosztów do innych pozycji przedstawionego przez niego układu rodzajowego kosztów, nie zwalnia wykonawcy wybranego z ich kwotowego wyspecyfikowania.

Poza tym Izba dokonując prostych działań arytmetycznych podanych kwot na wynagrodzenia osób realizujących zadanie przez wskazaną w kalkulacji wykonawcy wybranego liczbę 23 uzyskała wyniki wynagrodzeń miesięcznych w granicach obowiązującego najniższego wynagrodzenia miesięcznego wynoszącego 1.500,00 zł, a nie co najmniej na poziomie obowiązującego średniego wynagrodzenia to jest 3.500,00zł miesięcznie. Izba przy ocenie Wyjaśnień wzięła pod uwagę, że prace będą wykonywały osoby, których wykształcenie, kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie nie można wycenić na poziomie najniższego, wynagrodzenia. Przy czym wyliczenia Izba dokonała dzieląc kwoty, przez jednostkę czasu miesiąc, ponieważ w kalkulacji, objętej tajemnicą przystępującego, nie podano jakie są to jednostki czasowe (miesiące, tygodnie, dni) oraz nie podano rodzaju umowy (umowa o pracę, zlecenie, o dzieło). Izba, biorąc pod uwagę wyżej cytowane zapisy SIWZ o 25 miesięcznym okresie realizacji zamówienia, ale nie dłużej niż do 30 listopada 2013r. przyjęła, że jest to jednostka czasu - miesiąc (23 miesiące). Izba dokonując oceny złożonych Wyjaśnień również wzięła pod uwagę, że nie dokonano wyceny prac z uwzględnieniem kosztów według podziału zamówienia na pięć zadań, wycenionych procentowo przez zamawiającego. Tym bardziej, że sam przystępujący (wykonawca wybrany) przyznał, że jest to utrudnienie, ale wycena taka nie jest, jego zdaniem, niemożliwa. Czego jednak wykonawca wybrany w Wyjaśnieniu nie dokonał.

Reasumując Izba uznała, że skoro wykonawca wybrany nie udzielił wyjaśnień zgodnie z Wezwaniem, a tylko wybiórczo podając dane finansowe, do których został wezwany, to należy uznać, że nie udzielił wyjaśnień w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy.

Izba również nie uznała za przekonujące wyjaśnienia w Zał. nr 1, z których wynika, że fakt posiadania dużego ' doświadczenia przez wykonawcę wybranego oraz zamierzonej współpracy przy wykonywaniu zamówienia z podwykonawcą to jest znaną na rynku usług medycznych spółką Infovide-Matrix S.A., która realizowała zamówienia dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, gwarantuje oszczędność realizacji zamówienia i uzyskanie niskiego kosztu wykonania zamówienia, ponieważ są to tylko twierdzenia, a nie dowody.

Poza tym również odwołujący, jak wynika z jego oferty, posiada duże doświadczenie w realizacji przedmiotowego zamówienia, chociażby spełniając

wymagane warunki udziału w postępowaniu, a który zaoferował cenę ponad trzykrotnie wyższą od wykonawcy wybranego i zbliżoną do poziomu wyceny szacunkowej zamawiającego. Przy czym należy mieć na uwadze, że wyceny zamawiającemu dokonała jednostka profesjonalna, opracowująca Studium Wykonalności, to jest Centrum Rozwoju Społeczno-Ekonomicznego 39-120 Sędziszów Młp., Sielec 1A i Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania tej wyceny.

Reasumując Izba nie uznała, że wykonawca wybrany uzasadnił, w złożonym Wyjaśnieniu na Wezwanie zamawiającego w trybie art.90 ust.1 ustawy, tak znacznie odbiegającą wycenę zamówienia od szacunku przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, z powodu wystąpienia którychkolwiek z przesłanek wskazanych w art.90 ust.2 ustawy. W ocenie Izby zamawiający uzyskując takie Wyjaśnienie powinien odrzucić ofertę wykonawcy wybranego na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy.

W związku z powyżej dokonanymi ustaleniami na podstawie Dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Wezwania zamawiającego z dnia 01.12.2011 r., Wyjaśnienia wykonawcy Wybranego (przystępującego) z dnia 05.12.2011 r. i wyciągu ze Studium wykonalności dla przedmiotowego projektu oraz Szacunkowej wyceny przedmiotu zamówienia, dostarczonych przez Zamawiającego, Izba uznała za wykazany zarzut rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy, przez nieudzielenie wyjaśnień na wezwanie zamawiającego oraz fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Wykonawcę wybranego.

Izba odnosząc się do pozostałych dwóch zarzutów odwołania ustaliła i zważyła co następuje:

Po pierwsze zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem spółek Eurosoft i CLICO nie potwierdził się, ponieważ z oferty złożonej przez wykonawcę wybranego nie wynika, że spółki te będą brały udział w wykonywaniu zamówienia, a ich oświadczenia spełniają wymóg art. 26 ust. 2b ustawy i nie mają obowiązku dostarczenia dokumentów, tak jak ma wykonawca w myśl art. 24 ust. 1 ustawy.

Po drugie zarzut przedstawienia osoby - eksperta ds. rozliczeń potwierdził się (Zgodnie rozdz. XII pkt. 1 ust. 3 dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaze, że dysponuje będzie dysponował następującymi osobami: Ekspert specjalista ds. rozliczeń- co najmniej 2 osoby, min.”..co najmniej 2 letni staż pracy na stanowisku księgowego lub równoważnym...”), ponieważ wymóg posiadania doświadczenia 2 letniego na stanowisku księgowego lub równoważnego nie odpowiada doświadczeniu na stanowisku asystenta finansowego. W ocenie Izby analityk finansowy wykonuje inne zadania niż księgowy to jest nie ocenia i nie rejestruje dokumenty finansowe tylko analizuje i zarządza danymi finansowymi. Chociaż zamawiający ma obowiązek wezwać do usunięcia takiego braku w trybie art. 26 ust.3 ustawy, to jednak z uwagi na potwierdzenie się zarzutu rażąco niskiej ceny, co powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, jako skutek dalej idący, nie powoduje to nakazania wezwania do usunięcia braku, pomimo zasadności zarzutu.

W tym stanie rzeczy, z uwagi na interes odwołującego do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy oraz wpływ stwierdzonych naruszeń art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 i art. 7 ust. 1 ustawy, mających wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy do uwzględnienia odwołania, Izba orzeka jak w sentencji odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy i w związku z § 3 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 15 marca 201 Or., w sprawie wysokości i sposobu ich rozliczania (Dz . U. 2010r., nr 41 poz. 238) zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł.

Skargę na powyższe złożył Zamawiający wraz z wnioskiem o zwolnienie Skarżącego z opłaty sądowej.

Województwo Podkarpackie (zwane dalej także „Zamawiającym” lub „Skarżącym”) -działając na podstawie przepisu art. 198a oraz art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) dalej u.p.z.p.- zaskarżyło w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2012 roku, sygn. akt: KIO 44/12, doręczony wraz z uzasadnieniem w dniu 30 stycznia 2012 roku i zarzuca mu:

1) obrazę przepisów postępowania a to art. 192 ust. 7 u.p.z.p. poprzez orzeczenie

co do zarzutu rażąco niskiej ceny, który nie był objęty odwołaniem, w sytuacji gdy odwołujący zarzucał Zamawiającemu jedynie zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 u.p.z.p.;

2) obrazę przepisów postępowania a to art. 189 ust. 6 u.p.z.p. poprzez nie przeprowadzenia dowodu z dokumentu wyjaśnień wybranego wykonawcy na okoliczność rażąco niskiej ceny, zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym powołaniu się na jego treść w uzasadnieniu wyroku;

3) naruszenie prawa materialnego, a zwłaszcza art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3

w wyniku ich niewłaściwej wykładni, poprzez bezzasadne przyjęcie, że wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę i że jednocześnie wybrany wykonawca nie udzielił wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego;

4) błąd w ustaleniach faktycznych - poprzez pominięcie w uzasadnieniu orzeczenia cen oferowanych przez wykonawców, których oferty nie podlegały ocenie i przyjęcie, że zarzut rażąco niskiej ceny znajduje uzasadnienie w cenie szacunkowej oraz cenie zaoferowanej przez odwołującego;

5) obrazę przepisów postępowania a to art. 196 ust. 4 u.p.z.p. poprzez

niewskazanie podstawy prawnej i faktycznej, dla której Izba ustaliła, że analityk finansowy wykonuje inne czynności niż księgowy oraz poprzez niewskazanie podstawy prawnej ustalenia zakresu obowiązków księgowego;

6) obrazę przepisów prawa materialnego a to art. 2 pkt 1) u.p.z.p. w związku z art. 3

ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. z 2001 r., Nr 97, poz. 1050, ze zm.) dalej u.c. poprzez przyjęcie, że ocenie podlegają składniki cenotwórcze.

Przy tak sformułowanych zarzutach, wniosł o:

1) uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

a) oddalenie odwołania,

ewentualnie

b) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania czynności wezwania Wykonawcy Konsorcjum: Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed sp. z o.o. ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław oraz Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o. ul. Astrów, 40-045 Katowice do uzupełnienia dokumentów oraz powtórzenia czynności badania i oceny oferty w zakresie spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;

2) zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów postępowania,

w tym kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztów postępowania przed Sądem według norm przepisanych wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Ponadto Województwo Podkarpackie składa wniosek o zwolnienie z opłaty sądowej, gdyż Skarżący nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie (art. 103 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych - Dz. U. z 2010 r. Nr 90 poz. 594 z późn. zm.). Motywy wniosku zawarte są w końcowej części uzasadnienia skargi oraz w załączonych dokumentach. W uzasadnieniu podniósł, że Skarżący w całości podtrzymuje argumentację podniesioną w postępowaniu odwoławczym.

Stosownie do artykułu 192 ust. 7 u.p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący - InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka jawna ul. Królewska 57, 30-081 Kraków w odwołaniu wyraźnie wskazał, że składający odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego^A przeprowadzenia procedury wyjaśniania ceny wybranej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. W trakcie

rozprawy przyznał on, że nie zapoznawał się z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie z treścią wybranej oferty. Tym samym nie miał wiedzy na etapie wnoszenia odwołania o czynności dokonanej przez Zamawiającego w postaci wezwania wybranego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. W konsekwencji nie sformułował on zarzutu wadliwej oceny złożonych wyjaśnień. Tylko ta czynność Zamawiającego mogła być przedmiotem odwołania, a na skutek naruszenia art. 192 ust. 7 u.p.z.p. Izba orzekała w zakresie czynności zaniechania odrzucenia wybranej oferty. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, aby jego przedmiotem były jakiegokolwiek okoliczności dotyczące oceny złożonych wyjaśnień. Odwołujący wnosząc odwołanie winien wskazać wszelkie podstawy faktyczne i prawne, na jakich opiera swoje zarzuty. Jest to procedura niezbędna także w celu umożliwienia Zamawiającemu pełnego ustosunkowania się do nich. Zamawiający nie miał możliwości oceny sytuacji w tym zakresie. Odwołujący nie może w trakcie rozprawy formułować nowych podstaw odwołania (zarzutów), o których nie poinformował wcześniej Zamawiającego w sposób przewidziany w ustawie i SIWZ. Izba zaś nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (wyrok KIO z dnia 31 października 2011 r.- KIO 2228/11).

Również w wyroku z dnia 26 września 2011 r. (KIO 1995/11) Krajowa Izba Odwoławcza sformułowała tezę, że zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p., Izba władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach podnoszonych w jego treści zarzutów.

W wyroku tym Izba uznała, iż zarzuty odwołania zostały sformułowane w sposób ogólnikowy, blankietowy. Skoro Izba nie może orzekać w odniesieniu do zarzutów przekraczających zarzuty odwołania, nie prowadzi też postępowania dowodowego w wymienionym zakresie. Doprecyzowanie zarzutu na rozprawie, było więc nieskuteczne i spóźnione. Izba winna zatem w przedmiotowej sprawie uznać za bezprzedmiotowe dla treści rozstrzygnięcia twierdzenia podnoszone przez Odwołującego na rozprawie.

Należy mieć na uwadze, iż poprzez postanowienia art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p. (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu), ustawodawca uniemożliwił podnoszenie zarzutów po upływie terminów zawitych na wniesienie odwołania, określonych w art. 182 ust. 2 ustawy p.z.p. Izba winna ustalić, że zamawiający dokonał czynności wynikającej z art. 90 ust. 1 u.p.z.p., a następnie poddał je ocenie. I tylko ta konkluzja winna być formułowana przez Izbę w ramach zarzutu odwołania.

Ustawodawca nie ustanowił w postępowaniach odwoławczych w sprawie zamówień publicznych prekluzji dowodowej, pozwalając w art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. stronom oraz uczestnikom postępowania na zgłaszanie dowodów na poparcie swoich twierdzeń aż do zamknięcia rozprawy, co nie oznacza, że przy okazji zgłaszania dowodów i twierdzeń rozszerzeniu mogą ulegać zarzuty odwołania.

Przepis art. 180 ust. 3 ustawy p.z.p. oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) w § 4 ust. 1 pkt 6 i 8 wymaga aby odwołanie zawierało przedstawienie zarzutów, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zarzuty winny obejmować przynajmniej wszystkie twierdzenia związane z daną sprawą. Jeżeli więc odwołujący zaniedbał podniesienia zarzutów, iż wyjaśnienia Konsorcjum: Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed sp. z o.o. ul. Inowrocławska 17/18, 53-653 Wrocław oraz Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o. ul. Astrów 10, 40-045 Katowice, zwanego w dalszej części uzasadnienia „wybrany wykonawcą”, uzasadniają zarzut rażąco niskiej ceny, to nie mógł naprawić tego braku na etapie rozprawy. Może to wskazywać, iż odwołujący postawił zarzut ogólny - blankietowy. Należało zważyć, iż prawem zamawiającego jest rozpatrzenie zarzutów odwołania, i ewentualne jego uwzględnienie w trybie art. 186 ust. 2 ustawy p.z.p. W przypadku uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego przed otwarciem posiedzenia Izby z udziałem stron, zamawiający nie ponosi kosztów postępowania odwoławczego, gdyż wpis jest zwracany, natomiast inne koszty podlegają z mocy ustawy p.z.p. zniesieniu. W prawidłowej ocenie Izby (co nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie), przy tak ogólnikowym sformułowaniu zarzutów niemożliwe było odniesienie się przez zamawiającego do ich treści i ewentualne podjęcie decyzji co do uwzględnienia odwołania.

Odwołanie jest wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a kierowane do rozpatrzenia przez skład orzekający, nie stanowi więc wyłącznie dyskursu na poziomie fachowym między odwołującym a zamawiającym. Zadaniem Izby jest weryfikacja czynności zamawiającego pod względem ich zgodności z zasadami i przepisami ustawy p.z.p.

Konsekwencją tego uchybienia Izby jest wewnętrzna sprzeczność wyroku. Skład Orzekający z jednej strony formułuje wydawać by się mogło konsekwentną tezę, że wybrany wykonawca nie udzielił wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, by w końcowej części uzasadnienia postawić niczym nie popartą inną tezę iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Jeszcze raz podkreślić należy, iż zarzuty postawione przez Odwołującego dotyczą wyłącznie tego, że Zamawiający nie wezwał wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień (zarzut nr 2), wybór oferty bez ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę (zarzut nr 3), a ponadto że Zamawiający nie wezwał Odwołującego do składania wyjaśnień (zarzut nr 5), niezastosowanie art. 90 ust. 2 poprzez zaniechanie czynności do złożenia wyjaśnień oraz braku prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (zarzut nr 6).

Zgodnie z art. 192 ust. 2 u.p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi

naruszenie przepisów prawa. W uzasadnieniu do wyroku, KIO powołuje się na art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 (przede wszystkim ust. 3), zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający faktycznie i bezspornie dokonał oceny wyjaśnień biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy (art. 90 ust. 2), co wynikało wprost z pisma wyjaśniającego od wybranego wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia nie potwierdzają rażąco niskiej ceny, tak więc w tych okolicznościach nie można zatem mówić o naruszeniu przepisów prawa przez Zamawiającego. Skoro ustawa wprost na Zamawiającego przerzuca obowiązek badania rażąco niskiej ceny i skoro Zamawiający dopełnił

wszystkich czynności (wezwał o wyjaśnienia i dokonał oceny wyjaśnień) podejmując ostatecznie decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, to izba nie ma podstawy do kwestionowania decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Wszystkie te niekonsekwencje mają swoją przyczynę właśnie w wyjściu przez Izbę poza zarzuty odwołania.

Izba naruszyła również przepis postępowania a to art. 189 ust. 6 u.p.z.p. poprzez nie przeprowadzenie dowodu z dokumentu - wyjaśnień wybranego wykonawcy na okoliczność rażąco niskiej ceny, zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym powołaniu się na jego treść w uzasadnieniu wyroku. Skoro dokument ten stał się istotnym elementem, motywem niekorzystnego dla Zamawiającego wyroku, to powinien być on przedmiotem debaty z udziałem wszystkich uczestników postępowania odwoławczego. Dowód ten nie został przeprowadzony, w części obejmującej załącznik.

Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników. Niedopuszczalny jest jednak taki sposób przeprowadzania dowodu, że włącza się go jedynie do akt sprawy. Pełnomocnicy Zamawiającego nie mogli się na jego istotne elementy powoływać, chociażby z tego względu, że Izba nie wyłączyła jawności w sposób prawem przewidziany, a na sali rozpraw obecna była publiczność.

Tak więc dopiero w niniejszej skardze Zamawiający, choćby ogólnie, zmuszony został do odniesienia się do treści załącznika do wyjaśnień w aspekcie rażąco niskiej ceny. W uzasadnieniu wyroku zawarta jest bowiem następująca teza: „...Izba uznała, że skoro wykonawca wybrany nie udzielił wyjaśnień zgodnie z Wezwaniem, a tylko wybiórczo podając dane finansowe, do których został wezwany, to należy uznać, że nie udzielił wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy”. Tymczasem, analizując wyjaśnienia jednoznacznie można stwierdzić, że wybrany wykonawca udzielił wyjaśnień zgodnie z wezwaniem, gdyż odpowiedział na każdy element zawarty w wezwaniu. Informacje te został wykazane przez wykonawcę w załączniku nr 1. Wykonawca podał ceny jednostkowe np. koszty zatrudnienia osób w podziale na stanowiska (Zamawiający nie precyzował, co rozumie pod pojęciem cen jednostkowych), a także ilość jednostek

i odniesienie się do każdego elementu z katalogu kosztów rodzajowych, który pojawił się w wezwaniu. Natomiast fakt, że w przypadku niektórych pozycji wybrany wykonawca wyjaśnił, że koszty te nie występują, lub zostały ujęte w innej pozycji, nie powinien budzić żadnych zastrzeżeń. Badanie poprawności ujęcia danej pozycji kosztowej w księgach rachunkowych z pewnością nie mieści się w zakresie właściwości Izby.

Niezależnie od powyższych zarzutów, które już winny być podstawą do uchYLENIA

wyroku Izby i oddalenia odwołania, Zamawiający w żadnym zakresie nie podziela oceny Krajowej Izby Odwoławczej dokonanej w skarżonym orzeczeniu a dotyczącej zarzutu podania przez skarżącego rażąco niskiej ceny. Ocena ta polega w zasadzie na porównaniu ceny oferty najkorzystniejszej z cenami wskazanymi przez Odwołującego oraz z ceną szacunkową, która zresztą - jak wskazują ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą - uległy modyfikacji. W toku ustalania stanu faktycznego i dokonywania oceny rzetelności wskazania przez wybranego wykonawcę ceny zamówienia pominięto w zupełności ceny zaoferowane przez oferentów, których oferty nie podlegały ocenie podczas kiedy oferty te zawierały ceny bliższe cenie zaoferowanej przez wybranego wykonawcę. Izba nie wskazuje także żadnej ceny rynkowej poprzestając jedynie na szacunku oraz cenie Odwołującego. Porównanie ilościowe nakazywałoby uznać, że to cena odwołującego i szacunek są wygórowane niż, że cena wybranego wykonawcy jest rażąco niska. W postępowaniu bowiem więcej było ofert z cenami znacząco niższymi od szacunkowej niż ofert z cenami zbliżonymi do szacunku (oferta taka była tylko jedna). Już sam ten fakt poddaje w wątpliwość zasadność ocen zarówno Odwołującego jak i Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2011 r. KIO 2052/11, KIO 2055/11, KIO 2064/11, zawiera wyraźne twierdzenie, że: „Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez różnych wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu.”. Z kolei Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2011 r. KIO 1707/11 „zaleca” odniesienie się do innych złożonych w postępowaniu ofert. Wreszcie Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 r. KIO 1601/11 stwierdza wprost, że: „Brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną.”.

Godzi się w tym miejscu odwołać do innego jeszcze obszaru orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jest ono spójne w zakresie oceny, że analiza przedstawienia rażąco niskiej ceny powinna ‘odwoływać się do całej ceny ofertowej nie zaś do poszczególnych jej składników. Taki też nakaz wynika wprost z przepisów art. 2 pkt 1 u.p.z.p. w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. z 2001 r., Nr 97, poz. 1050, ze zm.) dalej u.c W Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2010 r. KIO 2715/10 Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu orzeczenia wskazuje, że pod kątem rażącego zaniżenia można oceniać jedynie cenę oferty, nawet jeżeli ceny jednostkowe wydają się być za niskie, ale cena ostateczna nie odbiega znacząco od rynkowych. Wtedy nie można postawić wykonawcy zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Podobnie w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2010 r. KIO/UZP 2004 / 10 stwierdzono, że w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy PZP, rozstrzygając, że cena jest rażąco niska, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny za poszczególne jej pozycje lub ceny jednostkowe. Wreszcie powołać można Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2010 r. KIO UZP 1617/09, w którym KiO stwierdza, że „ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc w oparciu o cenę całkowitą oferty. Odwołujący wskazuje zaś, że rażąco niskie pozostają niektóre ceny jednostkowe przewidziane w konkurencyjnych ofertach, np.: za wydanie opinii o stanie zdrowotności drzew”. Jednolita i ugruntowana linia orzecznictwa potwierdza, że nie można stawiać zarzutu rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy jej niektóre elementy składowe skalkulowane są nawet na zaniżonym poziomie. Wprost z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy u.p.z.p. wynika, iż ocenę oferty pod względem potwierdzenia lub wykluczenia

ewentualności podania rażąco niskiej ceny odnosi się do przedmiotu zamówienia jako całości, zaś

skonkretyzowane zarzuty odwołującego dotyczą elementów składowych ceny całkowitej. Wykonawca w ramach zagregowanych cen jednostkowych może bowiem ujmować elementy kosztów w różnych pozycjach kosztorysu. Zatem nawet podanie zaniżonej ceny jednostkowej w poszczególnych pozycjach wyceny, nie stanowi o rażąco niskiej cenie oferty.

Ważąc podniesione okoliczności, zdaniem Skarżącego, Krajowa Izba Odwoławcza w skarżonym Wyroku dokonała oceny zarzutu rażąco niskiej ceny mimo braku tego zarzutu w odwołaniu, a ponadto ocena ta jest niewłaściwa, gdyż poprzestaje na porównaniu ceny oferenta wybranego z ceną oferty odwołującego i szacunkiem, całkowicie pomijając zindywidualizowane okoliczności kalkulacji ceny przez wybranego wykonawcę oraz ceny zaoferowane przez pozostałych oferentów.

Izba w uzasadnieniu stwierdziła, że „nie przyjęła za zasadne wyjaśnienia wykonawcy wybranego, że nie występują koszty amortyzacji, chociażby takich środków trwałych jak komputery, oprogramowanie, wyposażenia biura, którego wymogi i zadania szczegółowo opisano w Studium Wykonalności i w SIWZ. W ocenie Izby podana w zał. nr 1 kwota za wynajem biura przez 23 miesiące może co najwyżej pokryć koszty wynajmu samych pomieszczeń, bez niezbędnych środków do pracy i wyposażenia...”.

Po pierwsze, po raz kolejny w uzasadnieniu wyroku pojawiają się dane i informacje z dokumentu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, z którego to dokumentu nie został przeprowadzony dowód na rozprawie. Ponadto Izba nie obaliła oświadczenia wybranego wykonawcy, złożonego przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu prawa handlowego, że przy realizacji zadania nie wystąpią koszty amortyzacji. To sam wykonawca dobiera takie zasoby (środki trwałe), które będą niezbędne do realizacji zamówienia. Mogą to być np. środki trwałe już zamortyzowane, środki trwałe, od których wykonawca nie odlicza kosztów amortyzacji (np. leasing). Po drugie, ani w Studium Wykonalności, ani w SIWZ nie ma mowy o wymogach odnośnie wyposażenia biura projektu, co czyni bezzasadnym powoływanie się przez Izbę w wyroku na ten element. W Studium zawarte jest stwierdzenie, że wymogi biura projektu określi SIWZ. W SIWZ z kolei jest tylko mowa, że wykonawca zapewni lokal o powierzchni nie mniejszej niż 50 m² zawierające w sobie miejsce konferencyjne (spotkania) na 10 osób. Biuro oznakowane musi być we właściwy sposób tj. musi zawierać tablice informacyjną przed wejściem i na ścianie zewnętrznej (elewacyjnej) budynku w miejscu widoczny. Ponadto, zawarto wymóg, że wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu bezpieczny kanał komunikacji w formie elektronicznej -np.

video konferencja czy możliwość telekonferencji poprzez udostępnioną platformę cyfrową. Takie wymagania nie wiążą się z wymogiem odnośnie wykorzystywania np. nowego sprzętu. Stąd argumentacja Izby jest chybiona. Ponadto, podane w wyjaśnieniu koszty biura, którego powierzchnia powinna być min. 50 m są realne, gdyż cena jednostkowa na poziomie 29,52 zł brutto na

o

miesiąc za metr kwadratowy (33 948 zł / 23 miesiące/ 50 m) jest w przypadku Rzeszowa ceną rynkową i umożliwia wynajem biura wraz z wyposażeniem - przy umowie na okres 23 miesięcy (nie dotyczy to lokali z przeznaczeniem na działalność handlową). Powszechnie wiadomym jest, że oferty biur nieruchomości w zakresie wynajmu pomieszczeń na biura w Rzeszowie -

Z

Śródmieście zaczynają się od ok. 25 zł/m . Stąd argumentacja Izby jest

bezzasadna.

W uzasadnieniu „...Izba dokonując prostych działań arytmetycznych podanych kwot na wynagrodzenia osób realizujących zadanie przez wskazaną w kalkulacji wykonawcy wybranego liczbę 23 uzyskała wynik wynagrodzeń miesięcznych w granicach obowiązującego najniższego wynagrodzenia miesięcznego wynoszącego 1 500,00 zł, a nie co najmniej na poziomie obowiązującego średniego wynagrodzenia to jest 3 500,00 zł miesięcznie. Izba przy ocenie Wyjaśnień wzięła pod uwagę, że prace będą wykonywały osoby, których wykształcenie, kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie nie można wycenić na poziomie najniższego wynagrodzenia. Przy czym wyliczenia Izba dokonała dzieląc kwoty, przez jednostkę czasu miesiąc, ponieważ w kalkulacji, objętej tajemnicą przystępującego nie podano jakie są to jednostki czasowe ... (...) oraz nie podano rodzaju umowy...”.

Przyjęcie w uzasadnieniu przez Izbę jednostki miesięcznej do kalkulacji kosztów wynagrodzenia jest bezzasadne i sprzeczne z SIWZ, a zatem stanem faktycznym. Skoro wybrany wykonawca nie wskazał jednostki do kalkulacji kwot wynagrodzenia, należało sięgnąć do wymagań SIWZ w tym zakresie.

SIWZ w żadnym zapisie nie definiuje, że osoby wchodzące w skład personelu mają być zatrudnione na pełny etat, a w załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, Zadanie nr 3, jest wyraźnie

wskazane, że Wykonawca ma zapewnić następujące osoby (czytaj: które będą brały udział w realizacji zamówienia):

- koordynator projektu - minimum 100 h w miesiącu, min. trzy dni w tygodniu,
- analityk i projektant systemów informatycznych - minimum 50 h w miesiącu,
- koordynator ds. wdrożeń - minimum 50 h w miesiącu,
- informatyk - administrator sieci komputerowych - min. 30 h w miesiącu,
- informatyk - specjalista ds. sprzętu - minimum 50 h w miesiącu,
- księgowy - minimum 30 h w miesiącu;
- prawnik - minimum 30 h w miesiącu.

Jak wynika z powyższego zapisu, Zamawiający nie wymaga osób na pełny etat (ok. 160 godzin w miesiącu), lecz idąc tokiem rozumowania Izby w przeliczeniu na etaty (jest to uproszczenie, gdyż Zamawiający nie wymagał stosunków pracy) jest to średnio co najwyżej 1/3 etatu w skali miesiąca.

W przypadku pozostałych osób wykazanych w wyjaśnieniach wybranego wykonawcy SIWZ w ogóle nie precyzuje minimalnego czasu, jaki mają pracować w ramach projektu, a jedynie wykazuje zadania do wykonania - np. 3000 godzin doradztwa specjalistycznego (ok. 130 h na miesiąc). Dlatego przedstawiona argumentacja Izby jest zupełnie bezzasadna i niezgodna z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzeczeniu znacząco ograniczyła rozważania na temat dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ocena, jakiej Izba dokonała zasada się właściwie na uznaniu, że księgowy nie jest stanowiskiem równoważnym do analityka finansowego. Izba bez wskazania żadnych podstaw uznała, że księgowy to osoba, która ocenia i rejestruje dokumenty księgowe. Po pierwsze w całym systemie prawnym brak jest w ogóle definicji pojęcia „księgowy”. Po drugie, jak wynika z ostatecznej oceny dokonanej przez Zamawiającego, uznał on warunek za spełniony, a tylko Zamawiający dysponuje wiedzą w zakresie oceny, czy oferent spełnia czy nie spełnia stawiane przez niego wymagania. Zgodnie z art. 22 ust. 4 u.p.z.p. opis

sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tak więc dokonując interpretacji (wykładni) pojęcia równowagi należy mieć na uwadze zakres czynności eksperta do spraw rozliczeń zawarty w SIWZ. Przy tak podejściu oczywistym staje się wniosek, że stanowisko to odpowiada kwalifikacjom analityka finansowego.

Godzi się także wskazać, że ewentualna ocena czy SIWZ jest wystarczająco precyzyjny byłaby znacząco spóźniona a to ze względu na fakt, że termin dla zadawania pytań i ewentualnego zaskarżenia SIWZ upłynął i nie jest aktualnie możliwe dokonywanie w tym obszarze jakichkolwiek ocen. Należy w zasadzie uznać, że sam zarzut postawiony w Odwołaniu był spóźniony albowiem w istocie odnosił się do zawartego w SIWZ nieprecyzyjnego - jak się okazuje - określenia wymagania kwalifikacyjnego.

Tym samym z ostrożności drugi ewentualny wniosek odwołania, sformułowany na wypadek nieuwzględnienia iż analityk finansowy jest stanowiskiem równoważnym do stanowiska księgowego, umożliwi przy oddaleniu pozostałych zarzutów, wezwanie wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 u.p.z.p.

Jest to o tyle istotne, że przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, a utrzymanie się zaskarżonego wyroku skutkować będzie koniecznością wydatkowania niewspółmiernie większych kwot. Oświadczamy, że powodem złożenia wniosku o zwolnienie z opłaty sądowej w trybie art. 103 ustawy o kosztach sądowych z spraw cywilnych, jest trwała niemożność uzyskania środków na uiszczenie tych kosztów. Opłata stosunkowa wynosi prawie 100 tys. zł i jej rozmiar jest istotny w kontekście niewystarczających środków na finansowanie zadań publicznych województwa samorządowego, w tym obligatoryjnych zadań własnych i zleconych.

Załączona do skargi jako dowód: Uchwała Nr XVII/279/12 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 30 stycznia 2012 r. w sprawie uchwalenia wieloletniej prognozy finansowej Województwa Podkarpackiego wskazuje wysokość długu w latach 2012-2025. Dług Województwa w perspektywie następnych lat będzie narastał (załącznik nr 1 poz. 13).

Nie bez znaczenia jest również oczywista wadliwość wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, co tym bardziej pogłębia konieczność zwolnienia Skarżącego z tak wysokiej opłaty sądowej.

Z tych też względów wniesienie skargi stało się konieczne.

W odpowiedzi na skargę wniesioną przez Województwo Podkarpackie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2012r., sygn. akt: KIO 44/12. Działając w imieniu i na rzecz spółki InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka jawna z siedzibą w Krakowie (zwanej dalej „InfoStrategia”, „Przeciwnikiem Skargi” lub „Wykonawcą”), niniejszym przedstawiam stanowisko spółki

w kwestii zarzutów, poglądów i twierdzeń podniesionych przez Województwo Podkarpackie (zwane dalej „Województwem”, „Zamawiającym” lub „Skarżącym”) w skardze z dnia 06 lutego 2012r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2012r. (sygn. akt: KIO 44/12, zwanej w dalszej części pisma „Skargą”).

Wyrokiem z dnia 19 stycznia 2012r. (dalej jako „Wyrok”) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie InfoStrategii, wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Województwo w trybie przetargu nieograniczonego na

usługę zarządzania projektem oraz promocję projektu „Podkarpacki System Informacji Medycznej” „PSIM” realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2007-2013, świadczoną przez Inżyniera Kontraktu, i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty. Zamawiający zaskarżył Wyrok w całości i zarzucił mu naruszenie przepisów prawa materialnego, obrazę przepisów postępowania oraz błąd w ustaleniach faktycznych.

Wobec powyższego, Wykonawca wskazuje:

I. w odniesieniu do zarzutu nr 1): obraza przepisów postępowania poprzez naruszenie przepisu art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Zgodnie z treścią przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem Izba, przy orzekaniu, nie bierze pod uwagę zarzutów, które zostały podniesione dopiero w trakcie rozprawy.

Zamawiający w Skardze zamieścił dość obszerny wywód dotyczący niedopuszczalności orzekania co do zarzutów niezawartych w odwołaniu, powołując się przy tym na orzecznictwo KIO. Województwo podniosło, iż w przedmiotowej sprawie Izba nie była uprawniona do orzeczenia co do zarzutu rażąco niskiej ceny, gdyż zarzut ten w ogóle nie był objęty odwołaniem, a przedmiotem odwołania było zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać także należy, iż Zamawiający uzależnił skuteczne podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny od powołania się na fakt, iż uzasadniają go wyjaśnienia wybranego wykonawcy: „Jeżeli więc odwołujący zaniedbał podniesienie zarzutów, iż wyjaśnienia Konsorcjum (...) uzasadniają zarzut rażąco niskiej ceny, to nie mógł naprawić tego braku na etapie rozprawy” (str. 5 Skargi) (co można uznać za pewną niespójność w treści Skargi: nie można bowiem w sposób niebudzący wątpliwości wywnioskować, czy - zdaniem Zamawiającego - przedmiotowy zarzut w odwołaniu w ogóle się nie pojawił, czy też miał charakter blankietowy i doszło do jego nieuprawnionego poszerzenia). W Skardze podkreślono także, iż zgłaszanie twierdzeń i dowodów nie może prowadzić do rozszerzenia zarzutów odwołania.

Należy jednak wskazać, iż powyższe zarzuty Zamawiającego w odniesieniu do orzeczenia KIO nie znajdują uzasadnionych podstaw. Przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp traktuje o niedopuszczalności orzekania co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Dokonanie wykładni ww. przepisu wymaga określenia, które elementy treści odwołania można zakwalifikować jako zarzuty i jak mają być prezentowane w samym środku ochrony prawnej. Zdaniem Wykonawcy przyjąć należy, iż zarzutem jest nie tylko wyraźne wskazanie naruszeń ustawy Pzp (co wbrew Skarżącemu także nastąpiło), ale także wszelkie ujęte w odwołaniu oświadczenia oraz powołane okoliczności, które wskazują na uchybienia i nieprawidłowości, jakich dopuścił się zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego stwierdzenia, przyjąć należy, iż zarzut rażąco niskiej ceny został podniesiony przez InfoStrategię w treści odwołania. Już bowiem w pierwszym zdaniu odwołania wskazano, iż „Odwołujący wnosi odwołanie

wobec wyboru oferty o rażąco niskiej cenie" (str. 2 odwołania). Ponadto, dalej w treści odwołania, podano, iż „Poważne wątpliwości budzi też cena za realizację przedmiotowej usługi (...). Rażąco niska cena to cena oderwana od realiów rynkowych, niewiarygodna. Taką właśnie ceną w opinii odwołującego jest cena oferowana przez konsorcjum (...) " (str. 6 odwołania). Przytoczone fragmenty wyraźnie wskazują, iż zarzut rażąco niskiej ceny objęto treścią odwołania. InfoStrategia zaakcentowała bowiem, iż cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę należy uznać za cenę odbiegającą od realiów rynkowych. Ponadto, na potwierdzenie swego stanowiska w sprawie, przytoczyła okoliczności rozstrzygające o braku rzetelności dokonanej przez Konsorcjum wyceny ze skutkiem zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem zarzutu rażąco niskiej ceny nie można uznać za zarzut nowy, nieobjęty treścią odwołania, który wyłonił się dopiero w toku rozprawy. Nawet zakładając, że dopiero na etapie Skargi Zamawiający dostrzegł wątpliwości, mimo obiektywnie braku podstaw do tego, to podkreślić należy, iż forma, w jakiej zostały ujęte zarzuty stanowi element drugorzędny. Zasadnicze znaczenie ma treść odwołania, a nie jej graficzne ujęcie, tym bardziej, iż Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) w przepisie §4 ust. 1 wskazuje na „zawartość" odwołania, nie nakładając jednocześnie wymogów co do jego formy.

Nie znajduje także uzasadnionych podstaw twierdzenie, że Wykonawca nie mógł skutecznie podnieść zarzutu rażąco niskiej ceny z pominięciem wskazania, iż wyjaśnienia wybranego wykonawcy uzasadniają przedmiotowy zarzut. Wykonawca podnosił co prawda w treści odwołania dodatkowo zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewezwanie wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny oferty ale ponad wszelką wątpliwość postawienie zarzutu odnośnie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez wybór oferty bez ustalenia czy zawiera ona rażąco niską cenę czyni zarzut Skarżącego w tym zakresie oczywiście niezasadnym. Na marginesie warto w tym dostrzec, iż w toku rozprawy okazało się jednak, iż Zamawiający wystąpił do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o czym Wykonawcy nie poinformowano. Należy jednak dostrzec, iż dodatkowo, niezależnie od dwóch, przytoczonych zarzutów, w odwołaniu został sformułowany niezależny i odrębny zarzut wyboru oferty o rażąco niskiej cenie, na co niewątpliwie, w sposób wyraźny i jednoznaczny, wskazuje jego treść. Ponadto, jak już podkreślono, Wykonawca przytoczył okoliczności potwierdzające jego stanowisko, a powołanie się przez KIO - w aspekcie zarzutu rażąco niskiej ceny - na dowód (wyjaśnienia wybranego wykonawcy), o którego przeprowadzenie wnioskował przecież sam Zamawiający (str. 3 protokołu posiedzenia i rozprawy), a nie Wykonawca, w żadnym razie nie prowadzi do poszerzenia zarzutów odwołania. Bowiem to Zamawiający domagał się przeprowadzenia dowodu z dokumentacji zamówienia, w tym także z przedmiotowego dokumentu, a wobec faktu, iż Izba oceniła wyjaśnienia w sposób sprzeczny z oczekiwaniami Zamawiającego, Województwo próbuje podważyć dopuszczalność i prawidłowość jego przeprowadzenia w ogóle.

Podkreślić także należy, iż sam Zamawiający-zdawał sobie sprawę z faktu, iż odwołanie zawiera zarzut rażąco niskiej ceny. O ile w Skardze Województwo twierdzi, iż Izba nie mogła orzekać co do zarzutu rażąco niskiej ceny, który rzekomo nie był objęty odwołaniem, i prowadzić w tym zakresie postępowania dowodowego, to protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 17 stycznia 2012r. nie wskazuje na jakiegokolwiek obiekcje Zamawiającego w kwestii kierunku prowadzenia postępowania dowodowego. Wskazać należy, iż sam Zamawiający oraz Przystępujący powoływali fakty i okoliczności

mające wykazać brak potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny (str. 8 ww. protokołu: „Zamawiający nie zgadzając się z zarzutem rażąco niskiej ceny przede wszystkim przywołuje oferty innych konkurentów”, str. 11 ww. protokołu: „Przystępujący stwierdza, że (...) o braku potwierdzenia się zarzutu rażąco niskiej ceny świadczy... ”, „Dla przykładu chciałby podać, że jego cena nie jest rażąco niska... ”), nie wskazując jednocześnie, iż miałyby to być zarzut przedstawiony dopiero na rozprawie i nieobjęty odwołaniem. Reasumując kierunek działań Zamawiającego, jednak nie sposób uznać wnioski Zamawiającego za zasadne i zasługujące na ochronę prawną, podczas kiedy sam sobie przeczy w toku całego postępowania odwoławczo-skargowego.

W świetle powyższych rozważań zarzut nr 1) sformułowany w Skardze nie znajduje uzasadnionych podstaw.

II. w odniesieniu do zarzutu nr 2): obraza przepisów

postępowania tj. przepisu art. 189 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w Skardze wskazuje, iż Izba nie przeprowadziła dowodu z załącznika do dokumentu - wyjaśnień wybranego wykonawcy na okoliczność rażąco niskiej ceny, zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym powołaniu się na jego -treść w uzasadnieniu wyroku. Zdaniem Zamawiającego ww. dokument powinien być przedmiotem debaty uczestników postępowania, przy jednoczesnym wyłączeniu jawności rozprawy.

Wykonawca podnosi, iż ustawa Pzp nie reguluje w sposób kompleksowy postępowania dowodowego, w tym przeprowadzenia dowodu z dokumentów. Do postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym) (art.

185 ust. 7 ustawy Pzp), a w związku z tym również przepisy o procesie (art. 13 ust. 2 Kodeksu postępowania cywilnego).

W postępowaniu przed sądem polubownym w zakresie przeprowadzania dowodów będą miały zastosowanie przepisy o postępowaniu przed sądem powszechnym. Zatem przeprowadzenie dowodu w postępowaniu odwoławczym przed KIO powinno odbywać się na zasadach przewidzianych dla procedury cywilnej, oczywiście z uwzględnieniem odrębności przedmiotowego postępowania odwoławczego. W ramach postępowania przed sądem powszechnym przeprowadzenie dowodu z dokumentu polega na zapoznaniu się przez sąd z jego treścią poprzez jego odczytanie. Do sądu należy także wykładnia dokumentu, zarówno w sferze materialnej jak i formalnej. Powyższe znajduje także zastosowanie w postępowaniu przed KIO.

Tymczasem Zamawiający postuluje, aby dowód z dokumentu przeprowadzać na zasadzie debaty. W świetle powyższego nie wydaje się zasadne przyjęcie, iż dyskusja nad „zawartością” dokumentu jest koniecznym i niezbędnym elementem przeprowadzenia dowodu z dokumentu. Dokument posiada bowiem określoną treść myślową, intelektualną. Stanowi formę utrwalenia

oświadczenia określonej osoby, z którym można się zapoznać poprzez jego przeczytanie. Nie istnieje zatem odgórny wymóg, potrzeba dyskusowania nad jego treścią, gdyż dokument już sam w sobie stanowi utrwaloną formę przekazu informacji. Sprzeciwia się temu także charakter wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, które powinny bezspornie wykazać, że zaproponowana cena uwzględnia realia rynkowe. Skoro Zamawiający domaga się debaty

nad wyjaśnieniami wybranego wykonawcy, to potwierdza to tylko stanowisko Izby, iż nie wykazywały one w sposób niebudzący wątpliwości, iż zaproponowana cena jest ceną realną, za którą można zrealizować przedmiot zamówienia. Nie istnieje bowiem potrzebowania dyskusowania nad dokumentami, których treść powinna być przekonywująca, co więcej Zamawiający ich treść znalazł i w żadnej z czynności nie kwestionował jej ani również nie „wzmocnił” jej wydźwięku. Jeżeli w jakimkolwiek stopniu Zamawiający oczekiwał „debaty”, mógł o nią wnioskować. Podkreślić jednak należy, iż przecież Zamawiający znał treść przedmiotowego dokumentu, miał prawną szansę się z nią zapoznać.

Ponadto, Zamawiający podnosił, iż brak wyłączenia jawności rozprawy (o które jednak nie wnioskował) pozbawił go możliwości powoływania się na istotne elementy przedmiotowych wyjaśnień. Wykonawca ponownie podkreśla, iż nie ma potrzeby powtarzania ustnie, w toku rozprawy, informacji zawartych w wyjaśnieniach, skoro dokument ten znajdował się w aktach sprawy i Izba zapoznała się z ich treścią. Niezależnie od powyższego, wskazać należy, iż z wnioskiem o wyłączenie jawności rozprawy może wystąpić także strona zainteresowana zaprezentowaniem określonego poglądu czy stanowiska w związku z treścią niejawną, do czego obliguje przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli zatem Zamawiającemu zależało na „przeprowadzeniu dyskusji” czy też „debaty” dotyczącej wyjaśnień wybranego wykonawcy, to mógł skorzystać z inicjatywy, w którą wyposażył go ustawodawca. Tymczasem protokół posiedzenia i rozprawy nie wskazuje, że Województwo wnioskowało o wyłączenie jawności rozprawy w jakimkolwiek zakresie.

Powyższe potwierdza, iż zarzut nr 2) nie znajduje uzasadnienia, a sama argumentacja Skarżącego pozostaje bez związku z faktami z postępowania odwoławczego.

III. w odniesieniu do zarzutu nr 3): naruszenie prawa materialnego, a zwłaszcza art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp i art. 90 ust. 1-2 ustawy Pzp.

W skardze podniesiono, iż dokonano niewłaściwej wykładni ww. przepisów poprzez bezzasadne przyjęcie, że wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę, a wybrany wykonawca nie udzielił wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego. W Skardze Województwo podkreśliło, że to Zamawiający podejmuje ostateczną decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, a „Izba nie ma podstawy do kwestionowania decyzji Zamawiającego w tym zakresie

Powyższe stwierdzenie stanowi co najmniej zakwestionowanie istoty

postępowania odwoławczego, które służy przecież wykryciu i wyeliminowaniu wszelkich nieprawidłowości, jakich dopuścił się Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Województwo próbuje podważyć kompetencje KIO, która w toku postępowania odwoławczego jest jak najbardziej uprawniona do „kwestionowania decyzji Zamawiającego

Wobec powyższego twierdzenie Zamawiającego, iż wybrany wykonawca złożył wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny, nie znajduje uzasadnionych podstaw. Dyspozycją przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp objęte są także wyjaśnienia lakoniczne, zbyt ogólnikowe, aby ocenić, czy rzeczywiście zaoferowano cenę rażąco niską. Bowiem „w przypadku wszczęcia procedury ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień (...). W przypadku gdy wyjaśnienia są niedostateczne, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty.” (tak Sąd Okręgowy w Częstochowie, sygn.

akt: VI Ca 464/05).

IV. w odniesieniu do zarzutu nr 4): błąd w ustaleniach faktycznych

W Skardze podniesiono, iż w toku postępowania odwoławczego pominięto ceny zaoferowane przez innych wykonawców, które nie podlegały ocenie, podczas gdy ceny z tych ofert kształtowały się na poziomie bliższym cenie zaoferowanej przez konsorcjum.

InfoStrategia wskazuje, iż ustalenie, czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest ceną rażąco niską, nie wymaga odwoływania się do ofert pozostałych wykonawców. Określenie, czy cena została ustalona w sposób rzetelny i prawidłowy, a tym samym czy jest ceną wiarygodną, następuje na podstawie wyjaśnień wykonawcy. To ww. wyjaśnienia powinny udowadniać, że zaoferowana cena jest ceną realną. Przy ocenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Zamawiający bierze pod uwagę „obiektywne czynniki -dostępne dla konkretnego wykonawcy, którego cena ofertowa jest weryfikowana. Nie ma potrzeby sięgania do innych ofert i porównywania ich cen z ofertą wykonawcy” (KIO/UZP 1746/09, podobnie KIO1889/10). To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania - w drodze odpowiednio umotywowanych za pomocą dowodów wyjaśnień - iż oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Nie ma zatem potrzeby, aby, badając kwestie rażąco niskiej ceny, odwoływać się do czynników i kryteriów innych niż złożone wyjaśnienia. Ponadto, cena nie jest rażąco niska, wówczas gdy możliwe jest wykonanie zamówienia - przez zindywidualizowanego wykonawcę pozostającego w konkretnej sytuacji ekonomiczno-finansowej za oferowaną cenę bez ponoszenia strat, a nie wtedy gdy cena kształtuje się na tym samym poziomie co ceny z ofert innych wykonawców.

Izba, dokonując ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny, odniosła się do treści złożonych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień i stwierdziła, iż nie zostały one udzielone zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Tym samym przyjąć należy, iż Konsorcjum nie udzieliło wyjaśnień w rozumieniu ustawy Pzp. Nie można natomiast przyjąć, iż czynnikiem decydującym o uznaniu, iż zarzut rażąco niskiej ceny się potwierdził, była szacunkowa wartość zamówienia. W uzasadnieniu Wyroku poświęcono jej niewiele uwagi. Nie można uznać jej za czynnik o znaczeniu szczególnym, który przesądził o uznaniu, iż zaoferowana

cena odbiega od realiów rynkowych. Konsorcjum w wyjaśnieniach nie wykazało, że zaoferowaną cenę ustaliło w sposób rzetelny i to właśnie ten fakt zdecydował o uznaniu ceny za rażąco niską. Nawet pominięcie wartości szacunkowej zamówienia nie miałoby jakiegokolwiek wpływu na ocenę zaoferowanej ceny. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wyraźnie potwierdza zarzut rażąco niskiej ceny, nawet bez uwzględnienia wartości szacunkowej zamówienia.

W świetle powyższego zarzut nr 4) Skargi nie znajduje uzasadnienia, a twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie są pozbawione jakichkolwiek podstaw. Izba prawidłowo ustaliła, iż wybrany wykonawca nie udzielił wyjaśnień, które wykazywałyby, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

V. w odniesieniu do zarzutu nr 5): obraza przepisów postępowania tj. art. 196 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w Skardze zarzucił Izbie brak wskazania podstawy prawnej i faktycznej, dla której ustalono, iż analityk finansowy nie jest stanowiskiem równoważnym księgowemu oraz brak wskazania podstawy prawnej ustalenia zakresu obowiązków księgowego.

Już pierwszorazowa lektura przedmiotowego zarzutu rozstrzyga o braku zasadności powyższego zarzutu Skarżącego. W odniesieniu do powyższego Wykonawca podnosi, iż zawód księgowy nie jest profesją prawnie uregulowaną. Wyjątek stanowi jedynie stanowisko głównego księgowego w sektorze finansów publicznych. W pozostałych przypadkach to pracodawca, który nie zleca prowadzenia ksiąg rachunkowych podmiotowi zewnętrznemu, decyduje o wymaganiach w zakresie wykształcenia i doświadczenia, jakie powinien spełniać kandydat na przedmiotowe stanowisko. Nie znajduje zatem żadnego uzasadnienia wymaganie od Izby wskazania podstawy prawnej dokonanych przez nią ustaleń w ww. zakresie, skoro nie istnieją regulacje prawne odnoszące się do kwalifikacji, którymi powinien legitymować się księgowy oraz wyraźne wskazania czynności, które należą do zakresu jego obowiązków. Powyższe wskazuje, iż analiza kompetencji analityka finansowego i księgowego wymaga odniesienia się do aspektów językowych ww. pojęć, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, a także posiłkowania się wytycznymi środowisk zawodowych związanych z rachunkowością i finansami, w tym m.in. Stowarzyszenia Księgowych w Polsce.

Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego, zamieszczonym na stronie internetowej <http://sjp.pwn.pl>, księgowym jest „pracownik prowadzący księgi rachunkowe”. Natomiast analityk to „specjalista zajmujący się analizą danych i prognozowaniem ” w dziedzinie, w odniesieniu do której posiada odpowiedni zasób wiedzy.

Zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na jego wezwanie. InfoStrategia podkreśla jednak, iż sam fakt złożenia wyjaśnień nie przesądza o tym, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Istotne nie jest bowiem to, by takie wyjaśnienia „fizycznie” znalazły się w dokumentacji postępowania, ale to, aby ich treść przekonywała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie KIO wyraźnie wielokrotnie podkreślano, iż „nie jest (...) wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących” (tak np. KIO 349/12). Wyjaśnienia powinny być

wyczerpujące, a wykonawca, poprzez ich złożenie, powinien „udowodnić zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.” (KIO 1889/10). Wyjaśnienia powinny wskazywać, „jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską” oraz „że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji.” (KIO 1659/10). W świetle powyższego wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne, przekonywujące oraz poparte dowodami. Tylko sprecyzowane, jednoznaczne i rzeczowe wyjaśnienia mogą w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Wątpliwości należy odmówić wyjaśnieniom złożonym przez wybranego wykonawcę w postępowaniu prowadzonym przez Województwo. Stanowisko Izby w tym zakresie zostało szczegółowo scharakteryzowane w Wyroku, przy jednoczesnym poszanowaniu zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba wskazała m.in., iż — wbrew temu co twierdzi Zamawiający - wybrany wykonawca nie udzielił wyjaśnień zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. W piśmie z dnia 05 grudnia 2017r. Konsorcjum wskazało bowiem, iż przedstawienie kalkulacji kosztów za poszczególne działania (czego domagało się Województwo) jest niemożliwe lub co najmniej utrudnione. Nie uzasadnił jednak nażycie swego stanowiska w przedmiotowej kwestii, co więcej wręcz zakwestionował sam fakt pytania o konkretne elementy treści oferty, co w kontekście art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest

niedopuszczalne i już samo w sobie rozstrzyga braku odpowiedzi na rzeczywiście zadane pytania. Dodatkowo, podkreślić należy, iż powołał się jedynie na ogólnikowe stwierdzenia, że uniemożliwia mu to fakt, iż kalkulację dokonał w oparciu o bliżej nieokreślone „założenia biznesowe ” oraz z uwzględnieniem, także niesprecyzowanych, „innych działań firmy”. Ponadto, w odniesieniu do niektórych kosztów wybrany wykonawca wskazywał, iż bądź w ogóle nie występują bądź zostały już ujęte w innych pozycjach, nie podając jednocześnie w jakiej kwocie zostały uwzględnione w innych pozycjach. W ocenie Przeciwnika Skargi informacje te nie stanowią wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień, a wręcz przeciwnie stanowią jedynie ogólne twierdzenia, niepoparte żadnymi dowodami, tym samym potwierdzają zasadność wystąpienia zarzutu rażąco niskiej ceny. InfoStrategia nie neguje uprawnienia Zamawiającego do oceny wyjaśnień. Podkreśla natomiast, iż Zamawiający zobowiązany jest do tego, aby „we właściwy sposób ocenić złożone przez wykonawcę wyjaśnienia” (KIO 1659/10). Właściwa ocena z pewnością nie polega na uznaniu, iż sam fakt złożenia wyjaśnień potwierdza, iż cena nie jest rażąco niska, jak również na bezkrytycznym zaakceptowaniu wyjaśnień niepełnych i nieprecyzyjnych.

Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05 stycznia 2007r. (sygn. akt: V Ca 2214/06), w którym wskazano, iż „Podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, jeżeli chce ustrzec się przed odrzuceniem złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązany jest do złożenia wyjaśnień na żądanie zamawiającego. (...) Wynika stąd, że przedstawione przez oferenta wyjaśnienia podlegają ocenie, której przykładowe kryteria przedstawia art. 90 ust. 2 Pzp. (...) Oceny wyjaśnień [art. 90 ust. 2 Pzp] dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami rządzącymi

i

oceną dowodów, to jest z uwzględnieniem aktualnego stanu wiedzy, zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania. ” a „na zamawiającego nałożono obowiązek dokonania odpowiednio wnikliwej oceny wyjaśnień - innymi słowy dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest

wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. "

Ponadto, w odniesieniu do omawianego zarzutu oraz postulowanej przez Województwo konieczności debaty nad wyjaśnieniami z udziałem wszystkich uczestników postępowania, podkreślić należy, iż wykonawca zobowiązany jest do złożenia stosownych wyjaśnień w określonym terminie i już wówczas powinien w nich zawrzeć wszystkie informacje uzasadniające, iż oferowaną cenę ustalił, biorąc pod uwagę realia rynkowe. Przedstawienie szczegółowych informacji na etapie postępowania odwoławczego dawałoby drugą szansę na złożenie wyjaśnień i tym samym stanowiłoby obejście przepisów ustawy oraz sprzeciwiałoby się zasadzie równego traktowania wykonawców (KIO 677/10). Natomiast pogląd Zamawiającego, że przeprowadzenie dowodu z dokumentu wiąże się z dyskusją nad jego treścią, prowadzi do tego, iż wybrany wykonawca otrzymałby kolejną możliwość ustosunkowania się do kwestii rażąco niskiej ceny, a nie ma potrzeby, aby przed Składem Orzekającym prezentować twierdzenia, z którymi może się on zapoznać poprzez odczytanie. Ponadto, postulowana dyskusja mogłaby de facto prowadzić do przekazania Izbie przez wybranego wykonawcę nowych, szczegółowych informacji, co jest sytuacją niedopuszczalną. Wykonawcy są bowiem zobowiązani do przedstawienia w wyjaśnieniach wszystkich okoliczności, które potwierdzają, że ich cena jest realna i wiarygodna. Niedopuszczalne jest ich uzupełnianie o kolejne szczegóły na etapie

postępowania odwoławczego, tym bardziej z własnej inicjatywy.

Zatem analityk finansowy jest odpowiedzialny za analizę danych finansowych i opracowywanie prognoz w tym zakresie. Wobec powyższego Izba miała rację, stwierdzając, że analityk finansowy wykonuje inne zadania niż księgowy. Nie można jednak wymagać od KIO wskazania podstawy prawnej ww. ustaleń, gdyż nie ma regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie. Natomiast analiza definicji pojęć: księgowy i analityk finansowy wyraźnie wskazuje, iż ich zakres jest odmienny. O ile przy księgowym wyraźny nacisk kładzie się na prowadzenie ksiąg rachunkowych, o tyle zdaniem analityka jest badanie danych finansowych i przygotowywanie na ich podstawie planów działań. Powyższe rozróżnienie zakresu ww. obowiązków wynika ze wskazań wiedzy, doświadczenia życiowego, a także zasad funkcjonowania rynku pracy i wymagań pracodawców. W żadnym razie wiarygodnym potwierdzeniem stanowiska przeciwnego nie są wydruki ze strony internetowej I.

Pomocniczą rolę omawianej kwestii mogą stanowić natomiast informacje Stowarzyszenia Księgowych w Polsce, które stworzyło system certyfikacji zawodu księgowego w Polsce, oparty na 4 stopniach:

-I stopień - księgowy (ujęty w klasyfikacji zawodowi specjalności wprowadzonej

Rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 kwietnia 2010 r. w sprawie

klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania Dz. U. Nr 82, poz. 537, zwanym dalej „Rozporządzeniem”; należący do grupy „Księgowi”; kod zawodu 331301),

-II stopień - specjalista ds. rachunkowości (samodzielny księgowy), (ujęty w klasyfikacji zawodów i specjalności wprowadzonej Rozporządzeniem;

⁴ należący do grupy „Specjaliści do spraw księgowych i rachunkowości”; kod zawodu 241103),

- III stopień - główny księgowy (ujęty w Rozporządzeniu; należący do grupy „Kierownicy do spraw finansowych”; kod zawodu 121101),
- IV stopień - dyplomowany księgowy.

Niniejszym podkreślamy, iż zgodnie z klasyfikacją zawodów i specjalności, wprowadzonej Rozporządzeniem, analitycy finansowi stanowią odrębną grupę elementarną (choć co prawda należącą do grupy średniej „Specjalistów do spraw finansowych” razem ze „Specjalistami do spraw księgowości i rachunkowości”), co wyraźnie potwierdza, iż ich kompetencje oraz zakres obowiązków nie pokrywają się z wymaganiami i zadaniami stawianymi przed księgowymi. Nie można uznać, iż analityk finansowy jest stanowiskiem równoważnym księgowemu, skoro nie został włączony do żadnej z grup elementarnych obejmujących księgowych.

Poza tym Województwo w pkt XII. 1. 3) c) siwz w wymaganiach dotyczących eksperta do spraw rozliczeń wskazało co najmniej 2-letni staż na stanowisku księgowego lub równoważnym, co oznacza, iż zadania eksperta do spraw rozliczeń co do zasady pokrywają się z obowiązkami księgowego. W trakcie rozprawy Zamawiający podniósł także, iż ww. ekspert będzie się zajmował przede wszystkim procedurami przyływów finansowych i polityką rachunkowości, co w świetle powyższych argumentów nie pokrywa się z kompetencjami i obowiązkami analityka finansowego. Mimo iż Zamawiający miał możliwość konkretnego wskazania, jakie stanowiska będzie uwzględniał - wskazał wyłącznie księgowego a nie analityka. Z tego względu ocena równoważności musi zawierać elementy co najmniej jak księgowy a nie jak analityk.

W Skardze podkreślono, iż Zamawiający uznał, że wybrany wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, „a tylko Zamawiający dysponuje wiedzą w zakresie oceny, czy oferent spełnia czy nie spełnia stawiane przez niego wymagania ” (str. 12 Skargi). Powyższe stanowi ponowne podważanie kompetencji KIO do eliminowania nieprawidłowości i uchybień Zamawiającego, co wprost stawia pod znakiem zapytania stosowanie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w ogólności.

Należy podkreślić, iż zarzut nr 5) Skargi nie znajduje uzasadnienia.

VI. w odniesieniu do zarzutu nr 6): obraza przepisów prawa materialnego tj. art. 2

pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach (Dz.U. z 2011r., Nr 97, poz. 1050 ze zm.)

Zamawiający podkreślił, iż zarzutu rażąco niskiej ceny nie można postawić wówczas, gdy ceny jednostkowe wydają się za niskie, a ostateczna cena nie odbiega znacząco od cen rynkowych. Jednocześnie zarzucił, iż Izba przyjęła, że ocenie - w aspekcie rażąco niskiej ceny - podlegają składniki cenotwórcze.

Przeciwnik Skargi nie kwestionuje, iż za rażąco niską cenę można uznać jedynie cenę oferty, a nie ceny jednostkowe. Ukształtowanie niektórych cen

jednostkowych na poziomie odbiegającym od realiów rynkowych, nie pozwala uznać ceny całkowitej za rażąco niską.

Oczywistym jest jednak, iż, aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów na nią się składających. Nie ulega wątpliwości, iż Izba, ustalając, czy zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony, musi odnieść się treści złożonych przez wybranego

⁴ wykonawcę wyjaśnień, a tym samym do podanych w nich składników cenotwórczych. Bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesadzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny rzeczywiście należy odnosić tylko do ceny całkowitej. Jednak „analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace” bowiem „każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie” (tak Sąd Okręgowy w Częstochowie, sygn. akt: VI Ca 464/05). Nie da się bowiem określić, czy cena całkowita jest nierealna w oderwaniu od jej poszczególnych elementów. Poza tym cena oferty może być rażąco niska tylko i wyłącznie wtedy, gdy jej poszczególne składniki zostały ukształtowane na nierealnym poziomie. Gdyby składniki cenotwórcze ustalono rzetelnie i prawidłowo, to i cena całkowita - jako suma cen poszczególnych elementów - byłaby prawidłowa.

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że to cena całkowita jest rażąco niska, a nie tylko niektóre ceny jednostkowe. Zatem zarzut nr 6 Skargi nie znajduje uzasadnienia i z gruntu choćby logiki i doświadczenia życiowego jest zadziwiający.

Wobec powyższego Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując, Przeciwnik Skargi wnosi o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania od Skarżącego. Podkreślić należy, iż, mimo ciężaru dowodu, Skarżący nie udowodnił któregośkolwiek z zarzutów stawianych wobec orzeczenia KIO z dnia 19 stycznia 2012r., sygn. akt: KIO 44/12.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Zamawiającego jest uzasadniona.

W tym miejscu należy podkreślić specyfikę postępowania toczącego się zarówno na skutek odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, jak i skargi do Sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. W tej materii wypada zwrócić uwagę na kilka przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które wprowadzają wyraźne ograniczenia zakresu rozpoznawania sprawy w stosunku do typowego procesu cywilnego.

W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie

ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp. KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.

Jeszcze szersze ograniczenia zostały przewidziane w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi na orzeczenie KIO. Zgodnie z art. 198f ust.4 pzp i art. 198d pzp Sąd nie tylko nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania, ale również w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami.

Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w

*

t

odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Oznacza to, że wyrok KIO podlega kontroli wyłącznie pod kątem podniesionych przez odwołującego zarzutów. W toku postępowania przed Sądem również odwołujący nie może modyfikować czy powoływać nowych zarzutów wpływając tym samym na zakres zaskarżenia. Tak więc zarzuty nie zgłoszone w odwołaniu nie mogą być w ogóle przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi. Z drugiej strony, co ważniejsze z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie może rozszerzyć żądania odwołania ani wystąpić z nowymi żądaniami art. 198d pzp (tak SO w Warszawie w wyroku z 15.07.11, XXIII Ga 416/11). Zasadny jest zarzut skarżącego naruszenia przez KIO art. 192 ust. 7 u.p.z.p. W skardze zarzucono obrazę art. 192 ust. 7 u.p.z.p. poprzez orzeczenie przez KIO co do zarzutu rażąco niskiej ceny, który nie był objęty odwołaniem, w sytuacji gdy Odwołujący zarzucał Zamawiającemu jedynie zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 u.p.z.p.

Sąd Okręgowy zauważa, że istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez Zamawiającego (skarżącego) wykonawcy Konsorcjum Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone. Na wykonawcę - Konsorcjum Itmed został przerzucony ciężar dowodu wykazania, że skalkulował cenę w sposób rynkowy, (tak KIO 28.09.2011 r.) Konsorcjum Itmed złożyło 5.12.2011 r. wyjaśnienia pisemne na wezwanie Zamawiającego. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, składające się na koszt

wykonania zadania jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, wartości niematerialnej i prawnych, czy wreszcie zysk wykonawcy.

W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Rzeczą wykonawcy jest- w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych- udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają w myśl art. 90 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych - ocenie Zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Ustawodawca w art. 90 ust. 2 ustawy, przykładowo wymienił kryteria, przez pryzmat których zamawiający winien oceniać złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące elementów kalkulacyjnych oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawodawca w pierwszym rzędzie zaakcentował w tym przepisie obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego obiektywnych czynników, a następnie przykładowo wskazał, że takimi czynnikami mogą być:

oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Również te kryteria referują do elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Powyższe determinuje zatem wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Wyjaśnienia te bowiem mają dawać realną, opartą na obiektywnej ocenie możliwość przesądzenia, czy cena jest rażąco niską, czy za tę wysokość możliwe jest wykonanie zamówienia bez zagrożeni dla prawidłowej realizacji zadania, czy ponoszenia straty (ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje odrzucenie ofert, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, za taki zaś może być potraktowane oferowanie przedmiotu poniżej kosztów).

Ustawodawca wyraźnie takie znaczenie przypisuje wyjaśnieniom składanym przez wykonawcę na podstawie art. 90 ustawy. Zadaniem tych wyjaśnień nie jest bowiem jedynie potwierdzenie, że wykonawca zrealizuje zamówienie za wskazaną przez siebie cenę, skoro przepis wymaga nie oświadczenia potwierdzającego tę okoliczność, a zaprezentowania (czy też szerzej: wyjaśnienia) elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, czym sięga do elementów struktury tej ceny, jej

ekonomicznego aspektu.

Te wyjaśnienia polegają wreszcie ocenie Zamawiającego według obiektywnych kryteriów, w celu przesądzenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 ustawy).

Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu).

Okoliczności te dają zatem podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest.

Zamawiający dokonał pozytywnej oceny złożonych przez wykonawcę Konsorcjum Itmed wyjaśnień, gdyż w dniu 28.12.2011 r. dokonał wyboru tejże oferty jako najkorzystniejszej i zawiadomił o powyższym wszystkich oferentów. InfoStrategia spółka jawna złożyła odwołanie od wyboru oferty Itmed m.in. z powodu wyboru oferty rażąco niskiej ceny tego wykonawcy.

Najistotniejszym zdaniem Sądu Okręgowego jest fakt, że odwołanie Infostrategii wobec złożenia przez Konsorcjum Itmed wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. winno sporządzać się już nie do wykazania, że cena oferty Konsorcjum Itmed jest rażąco niska, a do wykazania jedynie

nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień. Na tym etapie postępowania przedmiotem zainteresowania może być jedynie dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień dotyczących ceny - czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Odwołanie złożone przez Infostrategię nie zawiera żadnego odniesienia się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Itmed. Podniesione w nim ogólnikowe zarzuty dotyczą rażąco

64

niskiej ceny w kontekście braku wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. Zarzuty te, a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 u.p.z.p. z podanych wyżej przyczyn są bezzasadne. W odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 u.p.z.p. poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego, a to przy ocenie wyjaśnień lub też zaniechania czynności złożenia wyjaśnień oraz braku prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny. Z treści odwołania i protokołu rozprawy przed KIO wynika, iż Odwołujący się nie miał informacji o wyczerpaniu przez Zamawiającego trybu z art. 90 ust. 1 u.p.z.p. Oznacza to oczywisty sposób, że odwołanie w żaden sposób rzeczowo nie odnosi się do analizy przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawcy z

5.12.2011 r. Odwołanie nawiązuje do wezwania przez Zamawiającego Itmed z

9.12.2011 r. jako nie spełniającego wymagań z art. 90 u.p.z.p. Wezwanie to zostało dokonane przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. i nie miało charakteru wezwania z art. 90 ust. 1 u.p.z.p.

Reasumując podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 u.p.z.p. ograniczył się w zasadzie do podania artykułu ustawy, który naruszono podczas przetargu. Odwołujący powinien był odnieść się do konkretnej sytuacji, towarzyszących okoliczności i wskazać w wyniku jakiego działania bądź zaniechania objętego hipotezą tego przepisu jego interes został naruszony (tak KIO 2488/11).

Odwołujący się nie może jedynie ogólnie wskazać wadliwych czynności Zamawiającego, odkładając uszczegółowienie i uzasadnienie zarzutów do rozprawy. KIO rozpatrywać może jedynie te, których przynajmniej podstawowy zarys przedstawiono w odwołaniu, (tak akt KIO 184/11).

Żadna argumentacja, która nie znalazła odzwierciedlenia w złożonym w terminie odwołaniu, lecz została podniesiona później, nie może podlegać

rozpatrzeniu. Późniejsze zarzuty należy uznać za przedawnione - złożone po dziesięciodniowym terminie zawitym.

Także składający zamówienie nie może się odnieść do kadłubowego, spełniającego jedynie wymagania formalne, katalogu zarzutów. Kopia odwołania przekazywana jest bowiem zamawiającemu, dzięki czemu może on przeanalizować jego zasadność. Tylko na podstawie pełnej argumentacji wraz z potwierdzającymi ją dowodami może opracować odpowiedź i rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości.

Tymczasem KIO uwzględniła odwołanie stojąc na stanowisku iż cena zaproponowana przez Konsorcjum ITmed ma charakter ceny rażąco niskiej, w kontekście braku właściwych wyjaśnień Wykonawcy (art. 90 ust. 1) i nieprawidłowej ich oceny przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 oraz braku odrzucenia w związku z tym tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 u.p.z.p. w związku z art. 90 ust. 3 u.p.z.p.

KIO w świetle powyższych rozważań orzekła, co do zarzutu z art. 90 ust. 2 u.p.z.p. w związku z art. 90 ust. 1 i 3 i art. 89 u.p.z.p. pkt. 4 który nie został skutecznie zgłoszony (art. 192 ust. 7 u.p.z.p).

Odwołanie w tym zakresie powinno więc być oddalone.

Wobec powyższego odnoszenie się przez Sąd Okręgowy do zarzutów skargi wymienionych w pkt. 2, 3, 4, 6 jest bezprzedmiotowe, gdyż dotyczą one naruszenia przez KIO prawa przy badaniu zarzutu rażąco niskiej ceny, który nie mógł być badany w tym postępowaniu.

Sąd Okręgowy odnosząc się do zarzutu skargi obraży art. 196 ust.4 u.p.z.p. poprzez niewskazanie podstawy prawnej i faktycznej, dla której Izba ustaliła, że analityk finansowy wykonuje inne czynności niż księgowy oraz poprzez niewskazanie podstawy prawnej ustalenia zakresu obowiązków

i księgowego uznaje go za uzasadniony . Sąd Okręgowy przyjmuje ze skarżącym, analityk finansowy to stanowisko równoważne dla stanowiska księgowego.

Należy wskazać, że ewentualna ocena czy SIWZ jest wystarczająco precyzyjny byłaby znacząco spóźniona a to ze względu na fakt, że termin dla zadawania pytań i ewentualnego zaskarżenia SIWZ upłynął i nie jest aktualnie

możliwe dokonywanie w tym obszarze jakichkolwiek ocen. Należy w zasadzie uznać, że sam zarzut postawiony w Odwołaniu był spóźniony albowiem w istocie odnosił się do zawartego w SIWZ nieprecyzyjnego - jak się okazuje - określenia wymagania kwalifikacyjnego. Ocena, jakie Izba dokonała zasada się właściwie na uznaniu, że księgowy nie jest stanowiskiem równoważnym do analityka finansowego. Izba bez wskazania żadnych podstaw uznała, że księgowy to osoba, która ocenia i rejestruje dokumenty księgowe. Po pierwsze w całym systemie prawnym brak jest w ogóle definicji pojęcia „księgowy”. Po drugie, jak wynika z ostatecznej oceny dokonanej przez Zamawiającego, uznał on warunek za spełniony, a tylko Zamawiający dysponuje wiedzą w zakresie oceny, czy oferent spełnia czy nie spełnia stawiane przez niego wymagania. Zgodnie z art. 22 u.p.z.p. opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tak więc dokonując interpretacji (wykładni) pojęcia równoważności należy mieć na uwadze zakres czynności eksperta do spraw rozliczeń zawartych w SIWZ. Argumentacja przeciwnika skargi w tym zakresie jest bardzo sugestywna i przekonująca. Jednakże wynika z niej, że nie ma w zasadzie stanowiska, które byłoby równorzędne stanowisku księgowego.

Wobec bezspornego faktu braku ustawowej regulacji obu profesji argumentacja skarżącego o równoważnym charakterze obu zawodów jest logiczna i zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 f ust. 2 u.p.z.p. orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 198 f ust. 5 u.p.z.p. oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r, w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania- wg. zasady odpowiedzialności za wynik sporu.