

Sygn. akt KIO 1295/16
Sygn. akt KIO 1309/16
Sygn. akt KIO 1311/16

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2016 r. przez wykonawców:

- A. ITMdoctor Sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 33/47, 30-087 Kraków**
- B. SoftwareHut Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 110, 15-005 Białystok**
- C. Evertop Sp. z o.o., ul. Długa 1-3, 41-506 Chorzów**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Naczelną Dyрекcją Archiwów Państwowych, ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- A. ITTI Sp. z o.o., ul. Rubież 46, 61-612 Poznań**
- B. SoftwareHut Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 110, 15-005 Białystok**
- C. Evertop Sp. z o.o., ul. Długa 1-3, 41-506 Chorzów**

– zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie **KIO 1295/16**

- D. ITTI Sp. z o.o., ul. Rubież 46, 61-612 Poznań**
- E. Evertop Sp. z o.o., ul. Długa 1-3, 41-506 Chorzów**

– zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie **KIO 1309/16**

- F. ITTI Sp. z o.o., ul. Rubież 46, 61-612 Poznań**

1

– zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie **KIO 1311/16**

orzeka:

1. uwzględnić odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienie czynności odrzucenia ofert wykonawców: A. ITMdoctor Sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 33/47, 30-087 Kraków, B. SoftwareHut Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 110, 15-005 Białystok, C. Evertop Sp. z o.o., ul. Długa 1-3, 41-506 Chorzów oraz powtórzenie czynności badania tych ofert i ich ocenę wraz z pozostałymi ofertami niepodlegającymi odrzuceniu;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Naczelną Dyрекcją Archiwów Państwowych, ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: A. ITMdoctor Sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 33/47, 30-087 Kraków; B. SoftwareHut Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 110 15-005 Białystok, C. Evertop Sp. z o.o., ul. Długa 1-3, 41-506 Chorzów tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Naczelną Dyрекcją Archiwów Państwowych, ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa na rzecz wykonawcy: ITMdoctor Sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 33/47, 30-087 Kraków kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania z wpisu od i wynagrodzenia odwoławczego poniesione tytułu odwołania pełnomocnika,
 - 2.3. Państwowych, zasądza od zamawiającego: Naczelną Dyрекcją Archiwów ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa na rzecz wykonawcy: SoftwareHut Sp. z o.o.,

ul. Sienkiewicza 110, 15-005 Białystok kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania z wpisu od i wynagrodzenia odwoławczego poniesione tytułu odwołania pełnomocnika,

2.4. Państwowych, zasądza od zamawiającego: Naczelną Dyrekcja Archiwów ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa na rzecz wykonawcy: Evertop Sp. z o.o., ul. Długa 1-3, 41-506 Chorzów kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

2

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

Przewodniczący:

3

Sygn. akt KIO 1295/16

Sygn. akt KIO 1309/16

Sygn. akt KIO 1311/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Naczelną Dyrekcja Archiwów Państwowych z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi: „*Opracowanie projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych oraz usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu według projektu logicznego z zmianami teleinformatycznego wraz ewentualnymi w projekcie*”, nr sprawy: BDG-DIZP.25.1.2016, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 10.02.2016 r., nr 2016/S 028-045454.

I. Sygn. akt KIO 1295/16

Odwołujący – ITMdoctor Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – wniósł **odwołanie** od niezgodnych z ustawą, w jego ocenie, czynności i zaniechania Zamawiającego:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) nie dokonania wyboru oferty Odwołującego, pomimo że oferta jest ofertą najkorzystniejszą;
- przez w toku 3) odtajnienia dokumentów złożonych Odwołującego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości, dotyczących kalkulacji cenowych za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia, wbrew ciężącemu na Zamawiającym bezwzględnemu obowiązkowi wynikającemu z ustawy.

Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego i nie dokonując jej wyboru, uchybił przepisom ustawy Pzp:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie przesłania w informacji o odrzuceniu oferty ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 3 przez bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 8 ust. 3 przez odtajnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorcy;

4

-
- 4) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości, dotyczących kalkulacji cenowych za poszczególne etapy

realizacji przedmiotu zamówienia;

- 5) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 6) art. 91 ust. 1 przez ocenę oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w SIWZ i w ten sposób odrzucenie oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty; 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 3) unieważnienia czynności badania i oceny ofert; 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert; 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Ponadto wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, tj. kosztami:

- 1) wpisu, 2) związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę według załączonego na rozprawie wykazu, 3) wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

I. Spełnienie przesłanki interesu *prawnego*. Odwołujący przedstawił okoliczności na potwierdzenie spełniania przesłanek z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp., podnosząc m.in. „*Gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, uzyskałaby najwyższą ocenę na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. 65,99 pkt, gdy tymczasem aktualnie wybrana oferta otrzymałaby 43,93 pkt*”, wskazał wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt KIO 2036/10.

II. Stan faktyczny. W piśmie z dnia 6 lipca 2016 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał jako podstawę – przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 uznając, że oferta nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 uznając, że złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając pierwszą podstawę prawną odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż brak w niej faktycznej i prawdziwej wyceny elementu oferty, ujętego jako realizacja etapu drugiego zamówienia (nadzór nad realizacją projektu w wymiarze nie przekraczającym 5000 roboczogodzin). Stwierdził, że cena za wykonanie Etapu II jest symboliczna i nierynkowa, co stanowi w istocie obejście wymagań Zamawiającego, co do osobnej wyceny. W konsekwencji Zamawiający uznał, że będzie musiał zapłacić faktyczną cenę usługi w zakresie nadzoru nad realizacją projektu, ukrytą w wycenie za wykonanie części I zamówienia, co ma dla niego konkretny wymiar finansowy.

5

W odniesieniu do drugiej podstawy prawnej odrzucenia oferty, Zamawiający wyjaśnił, że zaoferowana stawka za roboczogodzinę w wysokości 13,30 zł netto w ramach realizacji Etapu II zamówienia wskazuje na przeniesienie kosztów związanych z realizacją Etapu II do wynagrodzenia należnego za realizację Etapu I, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający stwierdził, że: 1) Odwołujący potwierdził fakt przeniesienia kosztów związanych z realizacją Etapu II do Etapu I w złożonych w dniu 18 kwietnia 2016 r. wyjaśnieniach w zakresie kalkulacji ceny. Zamawiający podniósł, że sam Odwołujący oszacował koszty zatrudnienia poszczególnych osób na kwotę 69 000,00 zł za Etap I oraz 164 107,00 zł za Etap II. Do tego Odwołujący doliczył koszty dodatkowe w kwocie 34 000,00 zł i zysk w kwocie 53 601,00 zł; 2) Odwołujący wraz z ofertą przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego – Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. dla wykazania spełniania warunków w udziale w postępowaniu, gdy Centrum przygotowało studium wykonalności, które jest podstawą opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu; 3) przyjęta przez Odwołującego konstrukcja oferty nie daje rękojmi należytego wykonania umowy w zakresie realizacji Etapu II; 4) przejęty przez Zamawiającego model liczenia kar spowoduje, że przy tak oszacowanej cenie przez Odwołującego, kary stracą swoją funkcję jako mechanizm dyscyplinujący wykonawcę.

III. Zarzut zaniechania przedstawienia uzasadnienia faktycznego w informacji o odrzuceniu oferty.

1. Odwołujący zarzucił, że w uzasadnieniu pisma informującego o odrzuceniu oferty, Zamawiający nie wskazał na żadną konkretną niezgodność oferty z SIWZ. Zamawiający powołał się na orzeczenie KIO 2478/13, dotyczące podania przyczyn odrzucenia oferty, nie wskazał jednak z jakimi konkretnie elementami SIWZ oferta jest niezgodna. Jest to

podstawowy warunek zastosowania tej podstawy odrzucenia, którego Zamawiający nie spełnił – już sam ten fakt jest wystarczający dla uznania niezasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co potwierdza wyrok KIO 2478/13, wskazał też wyrok z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2345/13.

2. Zamawiający przytoczył w uzasadnieniu odrzucenia oferty cytaty z KIO zupełnie innej sytuacji – orzeczenia 1292/15 dotyczącego faktycznej rażącego naruszenia przepisu ze strony wykonawcy, który w sposób obiektywny nie mógł zrealizować zlecenia w zaofertowanych warunkach czasowych (w 1 dzień). Orzeczenie to nie ma zastosowania, gdyż nie można podważać możliwości wykonawczych prac objętych Etapem II zamówienia zaofertowanych przez Odwołującego. Prace są możliwe do wykonania 6

w pełnym zakresie zgodnie z opisami SIWZ i oferty, przez zespół opisany w Wykazie osób załączony do oferty. Zamawiający nie kwestionował możliwości wykonawczych Odwołującego, a jedynie definiował swoje obawy o należyte wykonanie usług i na ich podstawie dokonał odrzucenia oferty.

IV. Zarzuty Zamawiającego w zakresie braku w ofercie faktycznej i prawdziwej wyceny etapu II zamówienia oraz przeniesienia kosztów związanych z realizacją Etapu II do wynagrodzenia należnego za realizację Etapu I.

1. Treść SIWZ oraz kryteria oceny ofert poszczególnych części zamówienia wskazują, że kluczowe znaczenie dla Zamawiającego ma cena za realizację Etapu II zamówienia. Waga kryterium ceny za realizację Etapu II jest najwyższa i stanowi 50%. Mniejsze znaczenie mają natomiast dalsze kryteria oceny oferty: cena za realizację Etapu I – 40% oraz termin realizacji zamówienia – 10%. W konsekwencji Odwołujący odczytując intencje Zamawiającego, skalkulował cenę złożonej oferty tak, aby cena za realizację Etapu II była atrakcyjna, a jednocześnie pozwalała na stosowne pokrycie kosztów realizacji tej usługi. Odwołujący uznał, że Zamawiający wybierze ofertę, która będzie zawierała niską cenę za realizację Etapu II zamówienia, gdyż tylko taka cena dawała ofercie zgodnie z kryteriami wysoką punktację i szansę na uzyskanie zamówienia. Tymczasem Zamawiający na przekór ustalonym przez siebie kryteriom oceny ofert, odrzucił wszystkie oferty zawierające niskie ceny za realizację Etapu II, uzasadniając że są za niskie i tym oferty są niezgodne z SIWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie uznał ceny za realizację Etapu II zamówienia za rażąco niską. Nie podniósł w odrzuceniu oferty argumentacji w tym zakresie. Prezentowane obecnie stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z ustalonymi kryteriami oceny ofert, gdyż zakłada, że prawidłowo skalkulowana oferta winna zawierać wyższą cenę za realizację Etapu II, a niższą za realizację Etapu I. Natomiast waga cenowego kryterium oceny ofert za realizację poszczególnych etapów zamówienia jest dokładnie odwrotna. Przyjęcie logiki prezentowanej przez Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której Odwołujący powinien był złożyć ofertę niezgodną z kryteriami, a za złożenie oferty zgodnej, oferta jest odrzucona, paradoksalnie pod zarzutem niezgodności ze specyfikacją. Odwołujący podkreślił, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją tylko wówczas, jeżeli nie odpowiada oczekiwaniom zawartym w specyfikacji. Kryteria oceny ofert przyjęte w specyfikacji, będące najważniejszą częścią specyfikacji z punktu widzenia wykonawców, wskazują, że winny być promowane te oferty, których cena za realizację Etapu II zamówienia będzie najkorzystniejsza. W żadnej części specyfikacji nie wyrażono poglądu przeciwnego. Przytoczył stanowisko z orzeczenia KIO 2345/13.

7

2. Zamawiający dwukrotnie występował do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących wyceny, jednak ani razu nie podniósł w swoich pytaniach wątpliwości, co do sposobu wyceny poszczególnych części zamówienia – każdorazowo pytania dotyczyły ogólnych elementów wyceny i, jak zauważył Zamawiający, odnosiły się do całości wyceny na poziomie ogólnym, a nie literalnie do wyceny poszczególnych części prac. W wyniku składanych wyjaśnień, Zamawiający dokonał ich samodzielnej interpretacji, wyciągając wnioski, które stoją w sprzeczności z treścią wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że kalkulacja przedstawiona pismem z dnia 18 kwietnia 2016 r. nie odnosi się w swojej treści odrębnie, do któregośkolwiek z etapów. Zawiera ona wyjaśnienia ogólne dotyczące całkowitej ceny realizacji zamówienia i sposobu jej obliczenia. Wskazał, że nie można mylić ceny ofertowej za 1 h z oferty ze średnim kosztem pracy u Odwołującego (4800 zł), stosowanym do

bezpiecznej kalkulacji kosztów pracy w projektach, który został wskazany w kalkulacji z dnia 18 kwietnia 2016 r. dla pokazania, że w pesymistycznym wariantcie kosztów średnich realizacji prac projektu, pokrywane są koszty średnie pracowników. Nie można jednak na tej podstawie przyjąć, że średni koszt 1 godziny pracy u Odwołującego, odpowiada cenie za 1 godzinę pracy pracownika dla konkretnego klienta. Podkreślił, że dany pracownik może realizować równolegle wiele innych zleceń/projektów, gdyż jego etat jest zaangażowany do realizacji projektu Zamawiającego tylko na poziomie 17% etatu, co wyraźnie wskazał Odwołujący w tabeli zawartej w wyjaśnieniach. Tym samym każdy pracownik realizujący usługi na rzecz Zamawiającego może realizować równolegle jeszcze kilka innych projektów, w których mogą zostać przyjęte zupełnie inne stawki np. 30, 40, 50, 60 zł. W ten sposób Odwołujący jest w stanie pokryć średni koszt pracy swoich pracowników na przyjętym poziomie 4 800 zł, który należy traktować wyłącznie jako jedno z założeń analitycznych w kalkulacji kosztów i kalkulacji efektywności projektu. Nie wyklucza to tym samym przyjęcia dla realizacji projektu na rzecz Zamawiającego ceny za godzinę świadczenia usługi na poziomie 13,30 zł. Podkreślił także, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, gdyż tego argumentu nie podniósł Zamawiający. Tym samym Odwołujący ma prawo do przyjętej kalkulacji ze względu na skalę i ważność projektu, co pozwoli mu na uzyskanie innych podobnych lub większych zamówień, w konsekwencji uzyskanych referencji i doświadczenia. Teza Zamawiającego o tym, że wyliczony koszt średni 1 godziny pracy pracownika Odwołującego musi zostać pokryty ceną 1 godziny pracy – realizacji usługi na rzecz Zamawiającego, jest całkowicie nieprawdziwa. Odwołujący realizuje jednocześnie kilka projektów dla innych zamawiających i najistotniejszym jest by realizowane projekty pokrywały koszty pracy pracowników. Zamawiający wyinterpretował z wyjaśnień Odwołującego mylne wnioski, że doszło do przesunięcia kosztów z Etapu II do Etapu I. W konsekwencji można 8

jedynie mówić, o korzystnej dla Zamawiającego stawce jednostkowej w Etapie II. Całkowita cena oferty Odwołującego nie jest kwestionowana przez Zamawiającego. Kalkulacja Odwołującego wskazuje na rentowność realizacji zamówienia, co nie budzi żadnych wątpliwości.

3. Kalkulacje i szacowania kosztowe mogą być i są realizowane różnymi metodami przed dokonaniem wyceny (typowo na kilka sposobów, przy różnych uwarunkowaniach i założeniach realizacyjnych/ryzyk/zyskowności itd.). Do wyjaśnienia z dnia 18 kwietnia 2016 r. zostało załączone oszacowanie kosztów potwierdzające i odpowiadające na konkretnie zadane pytanie Zamawiającego o rażąco niską cenę dla ceny łącznej – czyli jedna z wielu wariantów analiz kosztowych Odwołującego. Nie jest to jednocześnie jedyna możliwa analiza, jak założył Zamawiający i na tej podstawie wysnuł fałszywe wnioski. W szczególności nie była ona podstawą wyceny poszczególnych etapów realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nigdy nie pytał o sposób wyceny poszczególnych etapów, więc nie może odpowiedzi udzielonej w innym celu i na inne pytanie, wykorzystywać do wyciągnięcia wniosków, którym odpowiedź nie służyła. Celem kalkulacji w wyjaśnieniach z dnia 18 kwietnia 2016 r. była odpowiedź na wezwanie Zamawiającego w zakresie ceny łącznej oferty (a nie wyceny etapów) – tym samym przedstawione szacowanie nie było analizą i wyceną etapów, ale pokazaniem jedynie w jednym z możliwych wariantów kalkulacji ceny łącznej, na poziomie ogólnym, przy ogólnych i uproszczonych oraz zrozumiałych dla Zamawiającego założeniach kalkulacyjnych uzasadnienia ceny całkowitej, że jest ona zasadna, zgodnie z pytaniem Zamawiającego. Nie było celem i zamierzeniem Odwołującego wycenianie etapów, a ogólna uproszczona aproksymacja kosztów – domniemany przez Zamawiającego rozkład kosztów na domniemane etapy jest tu przypadkowy, a nie celowy, a żadna z wycen nie została określona przez Odwołującego w wyjaśnieniach jako wycena etapu. W tym dokumencie Odwołujący nie miał zamiaru wykazywać, uzasadnienia dla cen poszczególnych etapów, a więc faktycznego rozkładu kosztów w ramach pozycji zamówienia, a dokonywał uzasadnienia realizując szacowanie dla łącznej kwoty zamówienia – na bazie ogólnych firmowych założeń kalkulacyjnych, pokazując jedynie, i taki był cel tej kalkulacji, że nawet w pesymistycznym wariantcie uogólnionych kosztów projekt jest zyskowny. Zamawiający dokonał nadinterpretacji posiadanych materiałów, wykorzystując je niezgodnie z ich pierwotnym przeznaczeniem.

4. Zamawiający podniósł, że możliwa jest niepełna realizacja 5000 godzin w ramach prac Etapu II, jednocześnie nie wskazał, że zgodnie z SIWZ deklarował, że oszacował zapotrzebowanie faktyczne prac Etapu II na 5000 godzin. Odwołujący zakłada, że szacowanie tej ilości jako element przedmiotu zamówienia zostało zrealizowane przez 9

Zamawiającego w sposób należyty, dlatego też Etap II nie jest elementem całkowicie opcjonalnym w tym zamówieniu. Jednocześnie liczba godzin nie jest przypadkowa i jest traktowana przez Odwołującego jako oczekiwany zakres prac w tym etapie. Ilość planowanych do zamówienia godzin jest również ważną determinantą stawek jednostkowych w ofertach – przy dużych ilościach stawki te są zwykle dużo niższe. Gdyby Zamawiający nie dochował tu należytej staranności oznaczałoby to sytuację wprowadzenia w błąd wykonawców dla uzyskania zaniżonych wycen Etapu II. Deklarowany wymiar planowanych prac w ramach Etapu II potwierdza również treść odpowiedzi na pytania oferentów zadane Zamawiającemu (np. odpowiedź na pytanie nr 1 – dokument w aktach sprawy), który wyjaśnił, że „Usługa nadzoru nad wykonaniem systemu ADE świadczona będzie do wyczerpania limitu 5000 roboczogodzin”. Ponadto Zamawiający w SIWZ przewidział w tym zakresie możliwość zamówień uzupełniających, co jest dobitnym dowodem, że spodziewa się raczej większej niż mniejszej pracochłonności w tym etapie, a tym samym ryzyko związane z realizacją prac w ramach Etapu II w kategoriach jakich przedstawia je Zamawiający, spoczywa raczej na Odwołującym, a nie na Zamawiającym.

5. Odwołujący wskazał, że Zamawiający twierdząc, że możliwa jest niepełna realizacja 5000 godzin w ramach prac Etapu II, przeczy założeniom zawartym w dokumentach stanowiących załącznik do specyfikacji. W treści studium wykonalności znajduje się opis *„Rola Audytora projektu, nadzorującego przebieg projektu wdrożeniowego, obejmie przedstawiciela wyłonionego w ramach przetargu Projektanta systemu logicznego ADE, realizując zadania opisane w rozdziale VI. 3 pkt 4.3. niniejszego dokumentu.”* Zgodnie z definicją struktury organizacyjnej projektu i metodyką prowadzenia projektu PRINCE2, na których bazuje Zamawiający w projekcie ADE, jest to rola stała przez cały okres trwania projektu. Ponadto znajdujący się w załączniku do SIWZ (Załącznik A do OPZ, Część 2 str. 222) Załącznik nr 4 do umowy o dofinansowanie „Harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji projektu”, zatwierdzony przez Instytucję Pośredniczącą finansującą projekt, zawiera kosztorys prac, który przewiduje, że płatności za nadzór są realizowane regularnie, na bieżąco, w stałej kwocie ustalonej w wymiarze kwartalnym na 73 800 zł, przez cały okres trwania Etapu II. W świetle tego dokumentu wykonawca ma prawo zakładać, że godziny nadzoru zostaną wykorzystane w całości. Potwierdza to również opis znajdujący się w studium wykonalności (Załącznik A do OPZ, Część 2, str. 47), gdzie wskazano, że nadzór nad projektem jest zadaniem niezbędnym: *„Prace projektowe i nadzór (system ADE) – wydatek niezbędny dla prawidłowej realizacji kompleksowego projektu logicznego archiwum ADE oraz prowadzenia nadzoru nad właściwym wdrożeniem projektu przez wykonawcę zadania.”* Zatem nie ma tu mowy o opcjonalności, tylko wręcz o obligatoryjności realizacji 10

tego zadania. Instytucja finansująca uznała potrzebę realizacji tego zadania na bazie wniosku Zamawiającego przyznając środki na wnioskowany zakres. Ponadto, w treści studium wykonalności nie wpisano, że ten etap ma jakkolwiek wymiar opcjonalności realizacyjnej.

6. Z opisów podpisanego przez Zamawiającego Porozumienia o dofinansowanie projektu (stanowiącego Załącznik A do OPZ, część 1), tj. zgodnie z § 2 Przedmiot porozumienia ust. 13: *„Beneficjent zobowiązuje się do realizacji Projektu zgodnie i w oparciu o wniosek o dofinansowanie oraz Harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji Projektu”* oraz § 4 Odpowiedzialność Beneficjenta ust. 3: *„Beneficjent zobowiązuje się do realizacji Projektu w pełnym zakresie”*, można wywieść także argument, że potencjalny brak lub ograniczenie realizacji zakresu Etapu II (nadzoru), stanowiłoby wprost niezgodność z zawartym Porozumieniem o dofinansowanie, podobnie jak wyłonienie wykonawcy z naruszeniem zasad konkurencyjności. To z kolei grozi zgodnie z § 7 ust. 5 Porozumienia nałożeniem na Beneficjenta korekt finansowych. Zmiany realizacyjne zadań opisanych w dokumentacji wniosku o dofinansowanie są możliwe na podstawie stosownych aneksów do Porozumienia o dofinansowanie projektu za zgodą Instytucji Pośredniczącej, ponieważ takie aneksy nie są zawarte w SIWZ. Odwołujący ma prawo zakładać, że prace w ramach Etapu II zostaną zrealizowane zgodnie z opisami zawartymi w Porozumieniu o dofinansowanie projektu, a w konsekwencji, że usługa nadzoru zostanie zrealizowana w pełnym zakresie prac przewidzianym w dokumentacji.

7. W ocenie Odwołującego, Zamawiający stara się w sposób pośredni postawić zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny (tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4), ponieważ nie jest

w stanie postawić takiego zarzutu w zakresie całości wyceny oferty, gdyż jest ona wyceniona prawidłowo (co udowodnił stosownie Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach), Zamawiający stara się postawić nie wprost taki zarzut – wskazując na zaniżenie wyceny tylko Etapu 2 – a w odniesieniu tylko do części zamówienia – do tego sprowadza się wywód Zamawiającego i wnioski o rzekomym zaniżeniu ceny Etapu II (i domniemane związane z nim przeniesieniem kosztów do Etapu I). Odwołujący podkreślił, że w zakresie całości złożonej oferty, złożył stosowne wyjaśnienia, wskazał wyrok KIO 2615/14.

8. Odwołujący wskazał na orzeczenie KIO, z którego wynika, że podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji, gdy Zamawiający określając postanowienia SIWZ nie zawężył możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy 11

oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego (KIO 1902/13).

9. Wskazał następujący wyrok KIO 2872/15 podnosząc, że analiza kosztorysów przeprowadzona w ramach wyjaśnień Odwołującego nie może stanowić podstawy do badania zgodności oferty z SIWZ, gdyż kosztorys ten nie jest składową ofertą.

V. Zarzuty przedstawienia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego – Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. – dla wykazania spełnienia warunków w udziale w postępowaniu, gdy Centrum przygotowało studium wykonalności, które jest podstawą opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że posłużenie się w ofercie zobowiązaniem podmiotu trzeciego – Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. (dalej „Centrum”) dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdy Centrum przygotowało studium wykonalności, które jest podstawą opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu, nie jest czynem nieuczciwej konkurencji, jak sugeruje Zamawiający. W ustawie Pzp kwestia ta uregulowana jest w art. 24 ust. 2 pkt 1, który stanowi, że wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty takimi osobami – wyklucza się z postępowania. Odwołujący nie został z postępowania wykluczony, a sugestie zamawiającego, nie są poparte rzetelnym uzasadnieniem. Odwołujący podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ani Odwołujący, ani podmiot, który przygotowywał studium wykonalności, nie uczestniczyli ani bezpośrednio, ani pośrednio w żadnych czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania. Całość postępowania została przygotowana w pełni samodzielnie przez Zamawiającego, w tym samodzielnie przygotowana została całość opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto studium wykonalności było prezentowane przed ponad rokiem w trakcie prezentacji publicznej przez Zamawiającego (w dniu 8.04.2015), zgodnie z wymaganiami procedur konkursowych związanych z dofinansowaniem i dokument ten był publicznie dostępny, a sam dokument podlegał zmianom realizowanym samodzielnie przez Zamawiającego. Zamawiający, niezależnie od powyższego udostępnił dokument studium oraz całość posiadanej dokumentacji konkursowej publicznie na swoich stronach BIP w dniu 31.12.2015 r. (tj. kilka miesięcy przed ogłoszeniem tego postępowania) wszystkim zainteresowanym. Zamawiający zamieścił również jako załącznik do SIWZ całość dokumentacji konkursowej wraz z dokumentem studium. W konsekwencji nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że mogła powstać sytuacja „utrudnienia uczciwej konkurencji”, gdyż pozycja Odwołującego nie była w żadnym stopniu uprzywilejowana. Tym samym

12

zarzuty stawiane w tym zakresie są bezpodstawne. Niezależnie od powyższego zarzut Zamawiającego jest wprost niezgodny z orzecznictwem – KIO 345/11.

VI. Odniesienie się do zarzutów Zamawiającego, że przyjęta przez Odwołującego konstrukcja oferty nie daje rękojmi należytego wykonania umowy w zakresie realizacji Etapu II.

Odwołujący podkreślił, że jest to obawa nie poparta żadnym dowodem. Nie można dopuścić do sytuacji, w której Zamawiający przyjął w SIWZ konkretne opisy w zakresie sposobu oceny ofert i realizacji projektu, następnie stwierdził (subiektywnie) na etapie oceny

ofert, że zasady te generują mu pewne ryzyka realizacyjne i dokonuje pośrednio korekty tych opisów metodą odrzucania ofert, które nie odpowiadają nowemu modelowi oczekiwań. Zamawiający mógł, na etapie tworzenia SIWZ przez odpowiednie ustalenie wag w kryteriach oceny ofert lub przez określenie minimalnych wymagań dla Etapu II, uzyskać efekt rozkładu wartościowania etapów w ofertach jaki próbuje obecnie uzyskać. W konsekwencji formułowanie zarzutu, że niska cena Etapu II nie gwarantuje realizacji usług przez osoby posiadające kwalifikacje specjalistyczne, jest niedopuszczalne. Kwalifikacje osób, które będą realizować zamówienie są badane przez Zamawiającego w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. ustalania dysponowania przez Odwołującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Skoro w ramach dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie miał zastrzeżeń, to podnoszenie tego typu zastrzeżeń na etapie oceny ofert jest niedopuszczalne. Podnosząc taką argumentację, Zamawiający łamie podstawowe zasady wyrażone w ustawie Pzp zakazujące dokonywania oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

VII. Odniesienie się do zarzutów Zamawiającego, że przejęty model liczenia kar spowoduje, że przy tak oszacowanej cenie przez Odwołującego, kary stracą swoją funkcję mechanizmu dyscyplinującego.

Odwołujący nie zgodził się z zarzutem, że przejęty przez Zamawiającego model liczenia kar spowoduje, że przy tak oszacowanej cenie przez Odwołującego, kary stracą swoją funkcję mechanizmu dyscyplinującego wykonawcę. Podkreślił, że Zamawiający sam dokonał zmiany specyfikacji, tj. zmienił zasady realizacji prac w ramach Etapu II, modyfikując model naliczania kar, na liczony w odniesieniu indywidualnym do każdego zadania w Etapie II (odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 9 – dokument w aktach sprawy). Obecnie Zamawiający usiłuje odczytać dokonane przez siebie zmiany, jako generujące po jego stronie ryzyka. Chcąc te ryzyka wyeliminować już na etapie oceny ofert, Zamawiający próbuje odrzucić oferty, których te ryzyka w jego ocenie dotyczą, formułując zarzuty niezgodności tych ofert ze specyfikacją lub zasadami uczciwej konkurencji. Odwołujący 13

przyjmuje, że działania Zamawiającego są racjonalne i uzasadnione. W konsekwencji, jeżeli Zamawiający ustalił sposób liczenia kar umownych, to nie może twierdzić, że wybrane oferty obecnie nie odpowiadają wartościowo do założonego przez niego modelu liczenia kar i z tego wywodzić niezgodności z SIWZ. Podkreślił także, że kara umowna wbrew temu, co twierdzi Zamawiający nie ma wyłącznie funkcji dyscyplinującej. Zacytował przepis art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, wskazując, że oznacza to: przez karę umowną, zwaną także odszkodowaniem umownym, strony ustalają z góry wielkość odszkodowania. Kara umowna ma formę zryczałtowanego odszkodowania, które można zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Odwołujący przyjmuje, że skoro kara umowna została zmodyfikowana przez Zamawiającego, to dokonał on przewartościowania szkody jaka może mu zostać wyrządzona przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawców w ramach realizacji Etapu II przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał: Zamawiający uznał, że ryzyko wyrządzenia mu szkody w ramach tego etapu jest niewielkie. Stanowczo Odwołujący jednak podkreślił, że konsekwencjami tej oceny nie może teraz obarczać wykonawców, w tym Odwołującego, uzasadniając tymi okolicznościami odrzucenie oferty Odwołującego.

VIII. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez odtajnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorcy.

Zamawiający w toku postępowania dopuścił się ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, o czym Odwołujący został poinformowany w dniu otrzymania informacji o wyniku postępowania. W ocenie Odwołującego, Zamawiający utrudnia Odwołującemu w toku prowadzonego postępowania pozyskanie zlecenia oraz wyrządza szkodę odtajnając złożone dokumenty. Podkreślił, że ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało według wiedzy Odwołującego dokonane wyłącznie w odniesieniu do jego oferty, co jest szczególnie dyskryminujące. Ponadto, Zamawiający nie wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia części informacji tylko jednostronnie je odtajnił na 2 godziny przed przekazaniem Odwołującemu wyniku postępowania nie dając możliwości udzielenia stosownych wyjaśnień. Niezależnie od powyższego odtajnienia, Zamawiający ujawnił w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego dane, które nie były objęte zakresem odtajnienia np. w zakresie sposobu wynagradzania pracowników oraz zasad kalkulacji kosztów i marży w ofercie Odwołującego, co może skutkować m.in. poważnym utrudnieniem Odwołującemu pozyskania kolejnych zleceń na rynku. Dokonane

uzasadnienie przyczyn zastrzeżenia tajności. Mimo to Zamawiający arbitralnie dokonał odmiennej oceny przesłanek wskazanych przez Odwołującego i odtajnił dokumenty.

IX. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości, dotyczących kalkulacji cenowych za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia.

1. Zamawiający dwukrotnie występował do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących wyceny, jednak ani razu nie podniósł w swych pytaniach wątpliwości co do sposobu wyceny poszczególnych części przedmiotu zamówienia – każdorazowo pytania dotyczyły ogólnych elementów wyceny i jak zauważył Zamawiający, odnosiły się do całości wyceny na poziomie ogólnym, a nie literalnie do wyceny poszczególnych części prac. W wyniku składanych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający dokonał ich i samodzielnej interpretacji, wyciągając wnioski, które stoją w sprzeczności z treścią tych wyjaśnień (szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie zawiera pkt IV).

2. Zaniechanie wezwania Odwołującego doprowadziło w konsekwencji do dokonania przez Zamawiającego samodzielnych błędnych interpretacji posiadanych informacji i na tej podstawie odrzucenia oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał wyrok KIO 2345/13 dotyczący art. 89 ust. 1 pkt 2 przytaczany przez Zamawiającego. Orzeczenie KIO 791/13 dotyczy kosztorysów, które były składową oferty i jako takie mogły podlegać badaniu na zgodność z SIWZ. W postępowaniu, objętym odwołaniem kosztorys nie był elementem oferty. Odwołujący w ramach oferty przedstawił jedynie cenę dwóch etapów realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym nie można w ogóle mówić o niezgodności kosztorysu zawartego w wyjaśnieniach Odwołującego z SIWZ (i nie będącego składową oferty) i na tej podstawie wnioskować o niezgodności oferty z SIWZ – bo badanie takiej zgodności nie ma podstaw.

X. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

1. Na podstawie zawiadomienia o wyborze oferty, Odwołujący wskazał, że Zamawiający przyjął zasadę odrzucenia wszystkich ofert, których cena za Etap II, jest niska. Nie sformułował przy tym zarzutu rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Zamawiający nie dokonał odrzucenia ofert, których cena za realizację Etapu I została skalkulowana na poziomie podobnym jak odrzucone oferty z niską ceną za Etap II. Zamawiający odrzucił oferty, w których wycena prac Etapu II stanowiła 16% (Evertop) i 25% (PROMISE) wartości szacowanej jako wartość Etapu II przez Zamawiającego za rzekome ustalenie ceny jako symbolicznej, argumentowane przesunięciem kosztów do Etapu I. Zamawiający nie odrzucił jednak ofert, które miały analogiczne procentowe wyceny w zakresie Etapu I – 16,94% 15

(COMARCH); 25,42% (FXGRAIL). Sposób postępowania Zamawiającego wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców. Zamawiający usiłuje, w konsekwencji pozyskać niską cenę za Etap I, który teraz uznaje za ważniejszy (wbrew przyjętym kryteriom oceny ofert). Mniejszą wagę przywiązuje natomiast do Etapu II pomimo tego, że kryterium oceny ofert ma tu większą wagę.

2. Wszystkim wykonawcom, którzy zaoferowali niską cenę jednostkową prac w Etapie II, Zamawiający postawił identyczne zarzuty i zdaje się nie zauważać, że oferta Odwołującego różni się od pozostałych odrzuconych ofert w stopniu znaczącym tym, że wycena etapu I jest jedną z niższych w zestawieniu ofert, a więc trudno mówić tu o przesuwaniu kosztów z Etapu II do Etapu I, gdyż relatywnie także jest on wyceniony nisko. Teza Zamawiającego o rzekomym przesuwaniu kosztów nie znajduje potwierdzenia w faktach i wycenach etapów w ofercie Odwołującego. Wycena Odwołującego dla Etapu II nie jest wcale najniższa w zestawieniu ofert – tym samym stwierdził, że w żadnym z etapów wycena Odwołującego nie była najniższa, gdyż dokonał on stosownego wyważenia i rozłożenia marży dla poszczególnych etapów prac. Podsumowując, Odwołujący złożył najniższą cenowo ofertę, z niskimi kwotami w obu etapach. Zamawiający próbuje dyktować Odwołującemu w jaki sposób powinien być definiować marże dla poszczególnych etapów prac, ograniczając mu możliwość uzyskania zamówienia, przez definiowanie dodatkowych

zasad nie opisanych w SIWZ, a ograniczających swobodę złożenia oferty. Ponieważ wszystkie wywody i argumenty Zamawiającego opierają się na tym fałszywym założeniu, całość wywodów należy uznać za niezasadne.

3. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty uznał, że niska cena za pracę Etapu 2 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co jest niezgodne z wyrokiem KIO 2615/14 w kontekście wyczerpujących wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez Odwołującego.

Ponadto tok rozumowania Zamawiającego prowadzi do bezpośredniego ograniczenia konkurencji, gdyż Zamawiający narzuca na etapie oceny ofert minimalny oczekiwany pułap wyceny prac Etapu II – czyli tym samym zabrania wykonawcom gry wolnorynkowej i swobodnego kształtowania cen swoich usług – a przyjęty mechanizm badania i oceny ofert pozwala mu na wyłonienie jako oferty najkorzystniejszej dowolnej oferty według subiektywnego uznania Zamawiającego.

4. Jest również ważne, że zgodnie z orzeczeniem KIO 484/13 nawet w sytuacji, gdyby miało miejsce stwierdzenie przez Zamawiającego nierentowności wybranych składowych oferty sam ten fakt nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty: „W ocenie Izby, odwołujący mógł przyjąć własne założenia cenowe, odmienne od przystępującego, w tym też 16

dowolną stopę zysku (...). Ceny jednostkowe usługi logistycznej mogły być skalkulowane nawet na poziomie niższym, gdyż żaden przepis nie nakłada na wykonawcę obowiązku wykazywania rentowności w dowolnym elemencie składowym ceny.”

XI. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez ocenę oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w SIWZ i w ten sposób odrzucenie oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w SIWZ

1. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w SIWZ. Zawiera także, co bardzo ważne, najniższą cenę łączną za całość prac (niższą o ok. 23% od ceny z oferty uznanej obecnie przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza). Trudno jest więc potwierdzić, że działania i decyzje Zamawiającego mają na celu wyłonienie najkorzystniejszej oferty (z dbałością o finanse publiczne), zwłaszcza, że Zamawiający nie kwestionuje wyceny całościowej oferty Odwołującego, a jedynie poddaje pod dyskusję sposób wyceny jednego z elementów tej oferty.

2. Oferta Odwołującego została odrzucona pod pretekstem rzekomego przesunięcia kosztów w wycenie z Etapu II do Etapu I, przy jednoczesnym pominięciu faktu, że oferta ta w sumarycznej wartości Etapu I i Etapu II ma najniższą cenę łączną ze wszystkich ofert, oraz jedną z niższych cen w zakresie wyceny Etapu I, czyli przez selektywną ocenę cząstkową zamiast oceny całościowej złożonej oferty. Czynności tej nie można traktować inaczej niż wyłącznie jako pretekst do odrzucenia oferty o najniższej cenie łącznej i najkorzystniejszej w myśl kryteriów opisanych w SIWZ, i tym samym umożliwienie Zamawiającemu dokonania wyboru, z pominięciem kryteriów oceny ofert, innej jego zdaniem „bezpieczniejszej” oferty. Tym samym zamiast uznać, że wykonawca złożył najniższą cenowo ofertę w postępowaniu, w której oba etapy wycenione zostały korzystnie nisko, Zamawiający buduje sztuczne uzasadnienie przesuwania kosztów (między dwoma niskimi wartościami) dla odrzucenia oferty (i podobnie kilku kolejnych ofert) i wybrania z listy ofert, oferty dowolnej pasującej Zamawiającemu (niezależnie i sprzecznie ze zdefiniowanymi kryteriami oceny ofert). Przy takim założeniu Zamawiający manipuluje rzekomą niezgodnością ofert ze specyfikacją, zatrzymując się na poziomie umożliwiającym mu wybranie dowolnej oferty.

3. Zamawiający nie dokonał oceny ofert zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ, gdyż w rzeczywistości zdefiniował na etapie oceny ofert nowe wymagania, tj. ustalił minimalną stawkę jednostkową dla 1h pracy Etapu II na poziomie 50 PLN/1h. W konsekwencji tego Zamawiający odrzucił wszystkie oferty poniżej tej stawki, gdy SIWZ wskazywał jedynie na wymaganą zgodność z płacą minimalną w tym zakresie. Zatem, została zdefiniowana przez Zamawiającego nowa realna zasada oceny ofert nieopisana 17

w SIWZ, a bezpośrednio wpływająca na sposób oceny ofert. Zasada ta nie była znana wykonawcom na etapie składania ofert. Zmiany wprowadzane przez Zamawiającego, to nic więcej jak zmiana wag przypisanych w SIWZ do poszczególnych kryteriów (Zamawiający uznaje, że wygodniejsze jest dla niego obecnie skumulowanie wyceny ofert w Etapie II i elastyczne zarządzanie pracami w tym zakresie, co jest sprzeczne z treścią kryteriów

w SIWZ). Gdyby te nowe zasady oceny znane były oferentom na etapie ogłoszenia postępowania, złożone oferty w zakresie wycen byłyby inne i dostosowane do tych wymagań. Tym samym mamy do czynienia nie tylko ze zmianą kryteriów oceny, ale również z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

4. Czynności Zamawiającego nie prowadzą do całościowej oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, a stanowią próbę wybrania oferty najkorzystniejszej na bazie tylko jednego z kryteriów i to dodatkowo sprzecznie z jego pierwotnym znaczeniem w SIWZ (kryterium ceny za Etap II ma wysoką wagę w SIWZ, więc jego celem była minimalizacja wyceny, a Zamawiający na etapie oceny wprowadza nowe wymaganie wartości minimalnej dla tego kryterium). Działanie takie, jest niezgodne z SIWZ, sprzeczne z kryteriami oceny ofert i w żadnym przypadku nie można uznać nowych zasad wprowadzonych przez Zamawiającego za równoważne zasadom oceny ofert opisanym w SIWZ. Kryteria z SIWZ wymagają wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu globalnym, a obecne kryteria Zamawiającego to lokalna optymalizacja, która prowadzi do nieefektywnego wyboru wykonawcy, który ma zawyżoną cenę łączną (o ok. 23%).

5. Dążenie Zamawiającego do zawyżonych stawek jednostkowych Etapu II jest niezrozumiałe i godzi w interes Zamawiającego również w kontekście przewidzianych w SIWZ zamówień uzupełniających (Rozdział 1, pkt 4 SIWZ), których potencjalna realizacja w toku projektu przy tak zawyżonych stawkach będzie generowała nieproporcjonalnie zawyżone koszty dodatkowe prac, powodując, że realizacja prac w ramach wybranej w ten sposób przez Zamawiającego oferty, będzie drastycznie droższa (ok. 3.8 razy droższa) niż w przypadku oferty Odwołującego. Ponadto przyjęcie też Zamawiającego za prawdziwe, że w interesie Zamawiającego jest obecnie żeby oferent jak najwyżej wycenił Etap II – jest niczym innym jak oczekiwaniem, że oferenci wbrew przyjętym w postępowaniu kryteriom, złożą niekonkurencyjne oferty, co jest nielogiczne i godzi wprost w interes Odwołującego, gdyż powoduje automatycznie obniżenie punktacji jego oferty, złożonej zgodnie z wymaganiami SIWZ.

6. Zamawiający próbuje argumentować wprowadzane zmiany w kryteriach oceny ofert poza kryterialnymi aspektami, jak fakt, że prace w Etapie II są zlecane zadaniowo 18

i potencjalnie mogą nie zostać zlecane w pełnym wymiarze 5000 h – nie ma to nic wspólnego z zasadami oceny ofert, które są opisane w SIWZ i są obiektywne. Powyższy fakt był powszechnie znany i opisany w SIWZ i na tej podstawie zostały również przygotowane wszystkie oferty – Odwołujący deklaruje w ofercie, że przy wskazanej stawce prac (określonej przez Zamawiającego jako niska), Zamawiający ma prawo skorzystać z pełnego wymiaru 5000 h prac, co powinno być traktowane przez Zamawiającego jako korzyść (zgodnie z kryteriami z SIWZ), a nie ryzyko niewykorzystania godzin. W innym razie powstaje pole dla dowolności oceny ofert i niezgodność tej oceny z, przyjętymi kryteriami, jeżeli zostanie dopuszczona, aby inne opisy SIWZ stawały się podstawą wywodów, modyfikacji i subiektywnej interpretacji przyjętych obiektywnych i kwantyfikowalnych kryteriów oceny opisanych w SIWZ.

XII. Podsumowanie. Odwołujący wskazał, że przesłanki przedstawione przez Zamawiającego, jako uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego, mają charakter pozorny. Nie znajdują potwierdzenia w świetle przytoczonej argumentacji, a także nie znajdują oparcia w obowiązującym prawie. Cena oferty za wykonanie Etapu II nie jest symboliczna, lecz została skalkulowana rzetelnie, gwarantując wykonawcy nie tylko pokrycie kosztów realizacji zamówienia lecz także godziwy zysk. Odwołujący przewidział także rezerwę stanowiącą blisko 10% ceny brutto, za wykonanie całego zamówienia. Odwołujący udowodnił także, że nie dokonał przeniesienia części ceny za realizację Etapu II do Etapu I, każdy z etapów szacując z dochowaniem należytej staranności. Podkreślenia wymaga także, że oferta Odwołującego, jest ofertą obiektywnie najkorzystniejszą i zawierającą najniższą cenę. Jak wykazał Odwołujący, prace objęte przez Zamawiającego Etapem II zostaną wykonane w całości, a być może w większym zakresie niż zakładany, gdyż Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Oznacza to, że akceptując dokonany wybór wykonawcy w postaci ITTI Sp. z o.o., pełna realizacja prac w ramach Etapu II doprowadzi Zamawiającego do wydatkowania kwoty o ponad 90 tys. zł większej niż gdyby wybrał ofertę Odwołującego oraz naraża Zamawiającego na poniesienie znacząco większych kosztów prac dodatkowych w razie realizacji zamówień uzupełniających. Odwołujący wskazał, że przy takim założeniu, argumentacja Zamawiającego o rzekomym

przesunięciu ceny z Etapu II do Etapu I, traci na jakimkolwiek znaczeniu. Istotnym tak naprawdę staje się koszt wykonania zamówienia w całości, a oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

B. Sygn. akt KIO 1309/16

Odwołujący – SoftwareHut Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku – wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz 19

od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- 1) czynności wyboru oferty wykonawcy ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „ITTI”, jako najkorzystniejszej;
- 2) czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”;
- 3) czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej jako czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) zaniechania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 5) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 przepisów ustawy w związku z naruszeniem:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 87 ust. 1 przez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w związku z wątpliwościami Zamawiającego w kontekście zaofiarowanej przez Odwołującego ceny (elementu);
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez ITTI, pomimo, że oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji; 3) dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

1. Stan faktyczny. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy – złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak faktycznej i prawdziwej wyceny elementu oferty ujętego jako realizacja Etapu II zamówienia (realizacja usług w zakresie nadzoru), podnosząc, że w opinii Zamawiającego nastąpiło: 1) przeniesienie kosztów Etapu II zamówienia do Etapu I; 2) wskazanie nieuzasadnionych kosztów dla Etapu I, gdzie następuje jednorazowa opłata za opracowanie projektu logicznego Archiwum Dokumentów 20

Elektronicznych, dalej „ADE”; 3) zniżenie ceny za 1 roboczogodzinę; 4) sztuczne zawyżenie punktacji; 5) zniżenie ceny etapu drugiego co nie daje gwarancji świadczenia tej usługi przez Odwołującego; 6) brak gwarancji zaangażowania ekspertów w świadczenie usług etapu drugiego; 7) ograniczenie możliwości naliczenia jedynie niskich kar umownych z czego Zamawiający wywodzi, że Odwołujący nie przystąpi do realizacji etapu drugiego lub wykona go nienależycie; 8) utrata przez instytucję kar umownych funkcji mechanizmu dyscyplinującego wykonawcę.

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w SIWZ określił przedmiot zamówienia jako realizację zamówienia w dwóch częściach: Etap I – dokonanie analizy i wykonanie projektu logicznego ADE oraz Etap II – sprawowanie nadzoru nad wdrożeniem rozwiązania wykonanego na podstawie projektu z Etapu I. Przy czym Etap II jest etapem, w którym Zamawiający może zlecać wykonanie poszczególnych czynności nadzoru przekazując wykonawcy każdorazowo opis zlecenia i uzgadniając warunki jego wykonania. W ramach tego etapu Zamawiający może, ale nie musi zlecić czynności, których wykonanie obejmie nie więcej niż 5000 roboczogodzin.

W SIWZ Rozdz. XII Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny w następujący:

1) W ofercie, należy podać cenę za całość zamówienia zawierającą całkowity jego koszt wraz z należnym podatkiem VAT, wyliczony w sposób określony w Formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik Nr 7 do SIWZ. Ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT, zgodnej z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, należy do Wykonawcy. 2) Całkowita cena oferty (brutto) musi zawierać wszystkie przewidywane koszty całkowitego wykonania zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów obciążają Wykonawcę – zobowiązany jest do w kalkulowania w cenę wszystkich okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę. 3) Cena musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. 4) Cena brutto oferty przez okres trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego jest stała i nie podlega negocjacji. 5) Do wyliczeń opisywanych w Rozdziale XIII SIWZ, zostanie wzięta pod uwagę cena brutto oferty.

Odwołujący przygotował ofertę wskazując w Formularzu Ofertowym całkowitą cenę oferty podzieloną na poszczególne elementy, zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ. Oferta złożona przez Odwołującego zawiera wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego i jest zgodna z warunkami opisanymi w SIWZ.

Zaoferowana przez Odwołującego łączna cena oferty uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami i zasadami określonymi w SIWZ. Cena oferty jest ceną realną, wiarygodną, 21

gwarantującą należyte wykonanie zamówienia jako całości. Oferta złożona przez Odwołującego została przygotowana w oparciu o wiedzę, doświadczenie i specyficzne uwarunkowania Odwołującego.

Zarzuty postawione przez Zamawiającego jako uzasadnienie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy są bezpodstawne, ponieważ cena oferty Odwołującego obejmuje wszystkie elementy wymienione w SIWZ, jest zgodna z ww. opisem sposobu kalkulacji ceny oraz obejmuje pełen zakres merytoryczny przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał wyższą wartość dla elementu ceny, jakim jest wykonanie Etapu I mając na uwadze fakt, że to główna część wymaga największego nakładu pracy, ma ściśle określony termin wykonania – nie dłuższy niż 180 dni i wymaga stałego zaangażowania ekspertów o wysokich kwalifikacjach na cały okres przygotowania projektu logicznego. Dodatkowo, co Odwołujący wskazał w ofercie, zgodnie z wymaganiem SIWZ, Etap I będzie realizowany z udziałem podwykonawców i na podstawie ich oferty i ustalonych warunków współpracy, został skalkulowany element ceny pierwszego etapu.

Odwołujący podkreślił, że to w realizacji pierwszego etapu Odwołujący upatrywał główne ryzyka i je skalkulował. W tym elemencie ceny Odwołujący uwzględnił także koszty dodatkowe po stronie Odwołującego, do których zalicza się koszt współpracy z podwykonawcą, a przede wszystkim koszty związane z negocjacją umowy, ubezpieczenia, obsługi prawnej i administracyjnej.

Sam fakt, że Zamawiający podzielił zamówienie umownie na część gwarantowaną z określonym terminem realizacji i część opcjonalną, zależną od Zamawiającego, o charakterze ramowym, nie może stanowić przesłanki do uznania, że elementy ceny Etapu I i II powinny być proporcjonalne lub zbieżne. To wykonawca kalkuluje cenę zgodnie ze swoim doświadczeniem i okolicznościami, które wpływają na wysokość ceny oferty.

Zamawiający nie wymagał specyficznego sposobu określenia ceny i jej kalkulacji, nie określał warunków oraz zależności poszczególnych elementów cenowych. Zamawiający jasno nakazał w SIWZ, że należy podać cenę za całość zamówienia z podaniem jego całkowitego kosztu i Odwołujący ten warunek w całości wypełnił w Formularzu Ofertowym.

Cena za 1 roboczogodzinę, której wartość podważa Zamawiający uznając to jako jeden z elementów uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jest elementem oferty służącym ocenie ofert. Odwołujący skalkulował cenę tego etapu realnie, oceniając potencjał swojego zespołu, w tym zespołu częściowo pracującego poza granicami Europy, gdzie koszty pracy są znacznie niższe a także ocenił procentowe zaangażowanie ekspertów w nadzór i zaangażowanie osób o niższych kwalifikacjach, które gwarantują należyte wykonanie zamówienia pod nadzorem ekspertów. 22

Mając na uwadze ramowy charakter usług w Etapie II, długi okres, w którym może być zleconych 5000 roboczogodzin, brak gwarancji ich zamówienia, obniżone ryzyka wykonawcze w tym etapie a także własne możliwości w zakresie zaangażowania zasobów

ludzkich, Odwołujący skalkulował ten element realnie i rzetelnie, dając gwarancję należytego wykonania każdego z etapów zamówienia. Odwołujący także podkreślił, że osoby zaangażowane w realizację tej części zamówienia są aktywne i finansowane z wielu projektów. Jest to w całości zespół Odwołującego, którym Odwołujący może elastycznie zarządzać, zgodnie z pojawiającą się potrzebą. Nie jest to zespół czekający na zlecenia, które mogą ale nie muszą się pojawić od Zamawiającego w Etapie II zamówienia, ale zespół, którym w całości można zarządzić na potrzeby kilku projektów, bez szkody dla poszczególnych zamawiających, w tym bez szkody dla Zamawiającego. Zespół, który ma realizować drugą część zamówienia jest zespołem wspierającym wiele projektów, specjalizujących się w konkretnych obszarach. Taki dobór członków zespołu i sposobu zarządzania nimi pozwolił na zbudowanie efektywnego modelu, a co za tym idzie atrakcyjnego dla Zamawiającego.

Zamawiający, dla potrzeb porównania ofert, przyjął wagi dla poszczególnych elementów ceny, wskazanych w Formularzu Ofertowym i w kryterium oceny ofert w Rozdziale XIII SIWZ. Odwołujący wskazał wszystkie elementy ceny, zgodnie z wymaganiem SIWZ i gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, Odwołujący uzyskałby największą liczbę punktów a tym samym uzyskał zamówienie. I sam fakt, że cena oferty jest wyższa a jednocześnie najkorzystniejsza, zgodnie z kryteriami oceny ofert, nie może przesądzać o tym, że Zamawiający uzna taką ofertę za niezgodną z SIWZ. Zamawiający dowolnie i zgodnie z własną analizą określił kryteria i zgodnie z nimi, każdy z etapów, w zależności od kosztów, doświadczenia i sposobu prowadzenia przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę, mógł być wyższy lub niższy w stosunku do drugiego. Zamawiający nie określił sposobu wyceny poszczególnych elementów ceny i zgodnie z opisem sposobu kalkulacji ceny z SIWZ, oferta ma mieć jedną cenę za całość.

Przywołane w piśmie Zamawiającego z dnia 6 lipca 2013 r. wyroki KIO (1543/14, 2478/13) potwierdzają w całości stanowisko Odwołującego a nie argumentację Zamawiającego. Zawartość merytoryczna oferty Odwołującego odpowiada przedmiotowi zamówienia oraz jest zgodna ze sposobem wykonania. Odwołujący złożył ofertę z podaniem ceny oferty, zgodnie z Formularzem Ofertowym i zobowiązuje się do należytego wykonania zamówienia w całości, na określonych w postępowaniu i umowie warunkach.

Zamawiający nie wykazał, z którą częścią SIWZ oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna. 23

3. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy – złożenie oferty przez Odwołującego nie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w elementach ceny upatruje czynu nieuczciwej konkurencji i na tej podstawie odrzucił ofertę Odwołującego. Poza zarzutami odnośnie wyceny Etapu II zamówienia, które zostały wyjaśnione w punkcie 2 odwołania, Zamawiający wskazał na swoje obawy, które ma w odniesieniu do realizacji umowy. Co do zasady w argumentacji Zamawiającego nie pojawiają się argumenty, które uzasadniałyby zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, ale przede wszystkim wyartykułowane zostały wątpliwości Zamawiającego, czy opisy w umowie, stanowiącej Załącznik nr 8 do SIWZ pozwolą Zamawiającemu na dochodzenie kar umownych w przypadku nienależytego świadczenia umowy przez Odwołującego, a także czy cena za 1 roboczogodzinę pozwala na uznanie oferty za gwarancję świadczenia przez Odwołującego usług Etapu II.

Odwołujący składając ofertę zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia w całości, na poziomie profesjonalnego dostawcy usług. Odwołujący nie zwalnia się z reżimu kar umownych na poziomie ustalonym w umowie a Zamawiający ponad wszelką wątpliwość posiada mechanizmy umowne, które mają charakter dyscyplinujący. Kary umowne, co do zasady mają inny charakter w zakresie zleceń przyszłych, dla których strony umowy dopiero ustalają szczegółowe warunki realizacji. Niezależnie od tego Zamawiający w umowie posiada gwarancje określone w par. 6 ust. 3 umowy, gdzie zastrzega sobie Zamawiający możliwość naliczenia 30% kary w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a także w par. 3 ust. 5 umowy, gdzie zastrzega sobie Zamawiający możliwość dochodzenia pokrycia przez wykonawcę pełnej szkody w przypadku jej zaistnienia.

Zamawiający nie może jednak upatrywać czynu nieuczciwej konkurencji w zauważeniu własnych ryzyk w realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu poddaje się reżimowi kar umownych i innym warunkom umowy.

Skalkulowanie poszczególnych elementów oferty w sposób przedstawiony przez

Odwołującego nie może stanowić podstawy do postawienia zarzutu braku gwarancji należytego wykonania zamówienia w całości lub którejkolwiek z jej części. Odwołujący jest profesjonalistą, realizującym zamówienia publiczne i dbającym o pozycje na rynku dostawców usług najwyższej jakości. Zobowiązuje się w całości zrealizować zamówienie na warunkach postępowania i zawartej umowy. Element ceny, który jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 6 lipca 2016 r. jest „pozacenowym kryterium oceny ofert” nie może stanowić podstawy zarzutu dla czynu nieuczciwej konkurencji.

24

Czyn nieuczciwej konkurencji polega na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W dyspozycji tego przepisu mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, że dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że występuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia. Po drugie, niezbędne jest jednoznaczne wskazanie, że owa sprzedaż usług ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, które należy postrzegać jako eliminację z rynku usług. Potwierdzają to m.in. wyrok KIO/UZP 1941/09 czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 2008/4/32. Zamawiający odstępując od wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie posiada wiedzy w zakresie kalkulacji kosztów dokonanej przez Odwołującego a tym samym nie może stwierdzić, czy doszło do naruszenia ww. warunków.

Odwołujący skalkulował cenę jako realną, rzetelną, której nie można, i Zamawiający nie zarzucił tego, że jest ceną rażąco niską a jedynie, że jej element jest niekonkurencyjny. Odwołujący, jak podnosił to wyżej w odwołaniu, ma tak zorganizowane przedsiębiorstwo i zarządzanie usługami, że mógł zaoferować cenę za 1 roboczogodzinę w wysokości wskazanej w ofercie. Działania konkurencyjne należy odróżniać od działań nieuczciwych, naruszających przepisy prawa lub dobre obyczaje (wyrok KIO 1287/12) i z całą stanowczością nie można utożsamiać rywalizacji przedsiębiorców w celu zyskania lepszej pozycji na rynku z czynem nieuczciwej konkurencji, bo oznaczałoby to, że każda próba wejścia na rynek i zaproponowania korzystniejszych warunków mogłaby zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji co jest niedopuszczalne (wyrok KIO 1094/12). Zagrożenie dla interesów innych przedsiębiorców musi być realne, oparte na kryteriach obiektywnych a nie na subiektywnych odczuciach jednej ze stron postępowania. Odwołujący powołał się na opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2013 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

Cała argumentacja Zamawiającego opiera się na założeniu, że jeden element ceny, jest wadliwy i sprzeczny z prawem. Pogląd ten jest w całości chybiony a Zamawiający kierując się tym poglądem usiłuje wywieść niekorzystne i bardzo dotkliwe dla Odwołującego skutki prawne. Element ceny w przedmiotowym postępowaniu nie może być samodzielnym kryterium pozwalającym na odrzucenie oferty Odwołującego.

25

Wykonawca ma prawo do swobodnego kalkulowania ceny i poszczególnych jej elementów oraz ryzyk związanych z umową, a istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest konkurowanie, w tym cenowe, pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący podkreślił, że wycena zawarta w ofercie jest realna i potwierdza, że za zaoferowaną cenę wykona należycie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

4. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W przypadku wątpliwości Zamawiającego co do złożonej oferty Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji elementu ceny. Odwołujący przedstawiłby Zamawiającemu okoliczności, które uzasadniały złożenie oferty z podziałem ceny na poszczególne elementy w sposób zgodny ze sposobem prowadzenia przez Odwołującego przedsiębiorstwa.

5. Podsumowanie. W związku z powyższym bezspornym pozostaje fakt, że oferta złożona przez Odwołującego nie narusza żadnych z warunków SIWZ i jest zgodna ze

wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ oraz opisem sposobu kalkulacji ceny, określonym w Rozdziale XII SIWZ.

Oferta nie jest z ceną rażąco niską, jest ofertą realnie skalkulowaną i pozwala na należyte wykonanie zobowiązań umownych przez Odwołującego, a tym samym nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Nie narusza i nie ogranicza prawa innych przedsiębiorców do złożenia oferty, swobodnego skalkulowania jej ceny a także podziału na poszczególne elementy.

Ponad wszelką wątpliwość odrzucenie oferty Odwołującego było naruszeniem ustawy i interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z kryterium oceny ofert i jako taka powinna zostać przez wybrana.

C. KIO 1311/16

I. Odwołujący – Evertop Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie – wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, w szczególności od niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo, że cena zaoferowana była stawką realną, możliwą do wykonania w przedmiotowym zamówieniu, oraz nie dokonano niedozwolonej manipulacji cenowej, przez przeniesienie kosztów i zysków z Etapu II na Etap I;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego, ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, pomimo, że oferta – czyni zadość wszystkim wymaganiom sformułowanym w SIWZ;
3. wyborze oferty ITTI jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ITTI nie była ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ; 26

-
4. zaniechaniu prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nie zapewnieniu bezstronności i obiektywizmu w postępowaniu.

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez jego błędne zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że jej złożenie rzekomo stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy ceny jednostkowe za Etap I i II były cenami skalkulowanymi w oparciu o realia rynkowe, a Odwołujący przy ustalaniu ich wysokości nie stosował manipulacji mających na celu utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, ze względu na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ, pomimo, że złożona oferta czyni zadość wszystkim wymaganiom sformułowanym w jej treści;
3. art. 91 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty ITTI, w sytuacji gdy oferta złożona przez tego wykonawcę nie była ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców oraz niezapewnienie bezstronności i obiektywizmu w postępowaniu, w szczególności przez odmienną ocenę poszczególnych ofert w podobnej sytuacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert; 2. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert zgodne z SIWZ; 3. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zaznaczył, że w toku postępowania, Zamawiający pismami z dnia 13 kwietnia 2016 r. oraz z dnia 29 czerwca 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi Odwołujący udzielił obszernych wyjaśnień w sprawie oraz załączył dokumenty.

W uzasadnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w części dotyczącej powodów odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że „*oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez brak faktycznej i prawdziwej 27*

w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie według potrzeb zamawiającego w wymiarze nieprzekraczającym 5000 roboczogodzin).” Ponadto zdaniem Zamawiającego, „wskazanie w zakresie ceny za wykonanie drugiego etapu przedmiotu zamówienia w formularzu oferty ceny symbolicznej i nierynkowej jest w istocie obejściem wymagań zamawiającego co do osobnej wyceny, stanowiącym, że będzie on musiał zapłacić faktyczną cenę usługi w zakresie nadzoru ukrytą w wycenie za wykonanie części przedmiotu zamówienia i nie jest jakiegoś rodzaju „zwykłym” przeniesieniem wartości między pozycjami lecz ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy.”

W celu obrony swojej racji, Zamawiający posiłkował się wyrokami KIO, z dnia 14 sierpnia 2014 r., KIO 1543/13, oraz z dnia 13 listopada 2013 r., KIO 2478/13.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argumentując podstawę odrzucenia, Zamawiający wnioskował, że „Wykonawca w złożonej ofercie wskazał cenę za realizację zamówienia w wysokości: 635 370,50 zł brutto, jednocześnie wskazując cenę za realizację etapu pierwszego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych wraz z analizą funkcjonalności ADE cenę 539 000,00 zł brutto, natomiast za realizację etapu drugiego zamówienia polegającego na świadczeniu usług nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie według potrzeb zamawiającego w wymiarze nieprzekraczającym 5000 roboczogodzin wykonawca zaoferował cenę 96 370,50 zł brutto, wskazując cenę netto za 1 roboczogodzinę w wysokości 15,67 zł co stanowi 19,27 zł brutto za roboczogodzinę. W ocenie zamawiającego zaoferowanie tak niskiej stawki za 1 roboczogodzinę w ramach realizacji etapu drugiego do wynagrodzenia należnego za realizację etapu pierwszego co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności w oparciu o przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47 poz. 211, z późn. zm.) dalej „u.z.n.k”. “

Zamawiający podkreślił w uzasadnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, że: „Wykonawca celowo zaniżył stawkę za 1 roboczogodzinę i dokonał przeniesienia kosztów związanych z realizacją etapu drugiego do kosztów związanych z realizacją etapu pierwszego. W efekcie takie działanie wykonawcy zmierza do sztucznego zawyżenia punktacji, którą wykonawca spodziewał się uzyskać w kryterium oceny ofert „Cena za 1 28

roboczogodzinę usług nadzoru (etap 2)” o wadze 50% jednocześnie znacznie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zaoferowali realne rynkowe stawki za 1 roboczogodzinę nie obarczając jednocześnie zamawiającego kosztami realizacji etapu drugiego, w ramach zapłaty wynagrodzenia za realizację etapu pierwszego zamówienia.”

Na obronę swoich tez w zakresie naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, Zamawiający przytoczył wyroki: KIO 1292/15 i z dnia 19 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 791/13.

Na koniec Zamawiający wskazał, że „(...) w przypadku przeniesienia kosztów realizacji z etapu drugiego do etapu pierwszego wykonawca osiągnął na tyle niską cenę za realizację etapu drugiego, że przy zastosowaniu przez zamawiającego modelu liczenia kar umownych odrębnie dla wynagrodzenia za realizację każdego z etapów realizacji zamówienia, wysokość ewentualnie naliczonych kar umownych będzie bardziej korzystna dla wykonawcy, a tym samym kary utracą swoją funkcję w szczególności jako mechanizm dyscyplinujący Wykonawcę.”

Odwolujący wskazał, że wszelkie rozważania na temat budowy oferty oraz konsekwencji jakie ponieśli poszczególni wykonawcy składający oferty należy rozpocząć od zbadania treści zapytań dotyczących treści SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego.

W dniu 7 marca 2016 r., na stronie internetowej Zamawiającego, zostały opublikowane zapytania wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego. Pierwsze dwa pytania dotyczyły definicji roboczogodziny oraz sposobu interpretacji tej definicji w trakcie konstruowania oferty.

W wyniku zadanych zapytań, Zamawiający zmienił konstrukcję definicji 1 roboczogodziny. Od tego momentu, definicja ta była poprawnie użyta i skonstruowana w SIWZ. Odwołujący celowo przytoczył treść zapytań, uznając je za kluczowe dla sprawy.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w oparciu o starą definicję

roboczogodziny: czyli wartość pracy maksymalnie sześciuosobowego zespołu. Na skutek zmiany definicji, użyto prawidłowych wyliczeń w zakresie 1 roboczogodziny, tj. 1 człowiek wykonujący pracę = 1 roboczogodzina.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, nie zwiększył maksymalnej ilości godzin, jaka miała być przeznaczona na finansowanie Etapu II – dalej miało to być 5000 roboczogodzin, podczas gdy potencjalna siła zasobów ludzkich przez zmianę definicji została pomniejszona sześciokrotnie. Wskazał na możliwość aktualizacji szacunkowej wartości zamówienia przed otwarciem ofert – informacja o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia – wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. KIO 1157/10.

29

Podniósł, że Zamawiający nie dokonał korekty kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co skutkowało tym, że oferta Odwołującego została zakwalifikowana do odrzucenia, na skutek rzekomego przeniesienia cen, podczas gdy aktualizacja wyceny przedmiotu zamówienia wskazałaby, że stawka zaoferowana przez Odwołującego jest w 100% rynkowa, realna oraz nieprzenosząca jakichkolwiek kosztów z Etapu II na Etap I.

Odwołujący wskazał, że na potrzeby jawności i przejrzystości postępowania, przede wszystkim udowodnienia, że jego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, załączył szczegółowe wyliczenia wraz z podaniem poszczególnych pracowników, w tym oświadczeń pracowników biorących udział w Etapie II zamówienia. Pomimo tego, oferta została odrzucona i zakwalifikowana jako niespełniająca wymagań SIWZ oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutów niespełniania wymagań SIWZ, Odwołujący podkreślił, że zarzut ten jest w pełni nietrafiony. Analizując treść poszczególnych opisów SIWZ, w tym w szczególności Rozdział XII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, podniósł: nie sposób jest nie zauważyć, że Zamawiający skonstruował opisy ogólnikowo, nie wskazując przy tym jak powinna być skonstruowana oferta w zakresie Etapu II, tj. nie zastosował możliwych odchyłeń cenowych (tzw. widełek), oraz przede wszystkim nie wskazał, że zakazuje się przesunięć wartości cenowych pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego. Zdaniem Odwołującego zarzuty w zakresie przenoszenia poszczególnych składowych cen pomiędzy etapami są nie tylko nietrafione, ale również kuriozalne. Odwołujący na każdym etapie postępowania zaprzeczył, jakoby przenosił koszty i zyski pomiędzy poszczególnymi etapami, celem uzyskania przewagi punktowej w trakcie oceny ofert. Nawet jakby przyjąć, że doszło do przesunięcia wartości cenowych pomiędzy poszczególnymi etapami, to zasadnym jest odwołanie się do wyroku KIO z dnia 4 września 2014 r., sygn. KIO 1641/14 KIO 1651/14.

Analiza treści SIWZ, jak już wcześniej wskazał, nie wykazuje jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że Zamawiający wskazywał jak powinna być wyceniona oferta, co powinno wchodzić w jej zakres, oraz przede wszystkim zastosowanie będą miały ogólne przepisy Pzp w zakresie budowania oferty. Tym samym twierdzenie, że Odwołujący przez rzekome przeniesienie kosztów na Etap I, zyskał pozycję lepszą aniżeli wykonawcy oferujący zamówienia po korzystniejszej cenie, jest całkowicie chybione. Odwołujący w trakcie korespondencji w zakresie wyjaśnienia elementów oferty wskazywał, że wszystko zostało ocenione tak by uzyskać określony zysk, przy jednoczesnym zagwarantowaniu poszanowania przepisów prawa. Ponadto, Odwołujący załączył poszczególne dowody, które świadczyć miały o poprawnej konstrukcji oferty, co zostało skomentowane przez 30

Zamawiającego w treści uzasadnienia pisma o odrzuceniu oferty, że stawki zaoferowane są nierealne na rynku.

Odwołujący wskazał wyrok z dnia 14 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2240/14 uznając, że wyrok i argumentacja w przywołanej sprawie jest o tyle ważna, że Odwołujący w treści wyjaśnień co do ceny, wskazywał, że wynagrodzenie ustalone w Etapie II, zostało ustalone adekwatnie do pracochłonności oraz przede wszystkim ilości zapotrzebowania poszczególnych zasobów. Ponadto realizacja Etapu I trwa 180 dni, wymaga całkowitego zaangażowania zespołu przez cały okres realizacji tego etapu, w przeciwieństwie do Etapu II, który został zmodernizowany na skutek wyjaśnień Zamawiającego (definicja roboczogodziny). Etap I miał z góry możliwość wycenę zaangażowania poszczególnych pracowników, a co za tym idzie oddelegowania ich do tego zamówienia (jedyne źródło

utrzymania tych pracowników o czym mowa była w pismach Odwołującego). Etap II został określony jako maksymalny limit roboczogodzin w wymiarze 5000 jednostek. Czas realizacji Etapu II określono do dnia 9 listopada 2018 r. (Rozdział IV SIWZ). Jest to o tyle ważne, że to 5000 godzin może, ale nie musi być wykorzystane w całości oraz odległość czasowa, w trakcie której Zamawiający może korzystać z zasobów zaoferowanych w ofercie, jest tak długa, że Odwołujący bez problemu mógł zaoferować kwoty o konkurencyjnej stawce za 1 roboczogodzinę, przy zachowaniu poszczególnych przepisów prawa pracy, Kodeksu cywilnego oraz przede wszystkim nie naruszając dobrych praktyk rynkowych.

Odwołujący zaoferował w ofercie stawkę 19,27 zł brutto za 1 roboczogodzinę, co przy zastosowaniu argumentacji KIO z powyższego wyroku, powinno zostać przemnożone przez 168 godzin, w konsekwencji tego otrzymuje się wynagrodzenie brutto miesięczne w kwocie 3237,36, co przy aktualnej wysokości minimalnego wynagrodzenia i tak jest wynagrodzeniem bliżej średniej krajowej, aniżeli tzw. „minimalnej krajowej”. Odnosząc to do raportu Sedlak & Sedlak z 2015 r. – Ogólnopolskie Badanie Wynagrodzeń, Odwołujący wskazał, że zgodnie z przeprowadzonym badaniem, średnie wynagrodzenie całkowite w branży IT, w firmie o przewadze polskiego kapitału, wynosi 5000 zł (mediana). Jednak 25% osób zarabia poniżej 3400 brutto. Zatem zupełnie niezrozumiałe jest twierdzenie Zamawiającego, że stawka którą zaproponował Odwołujący jest nierealna, nierynkowa, i ma na celu uzyskanie przewagi w trakcie punktacji ofert.

Zamawiający, jak już wcześniej wspomniano, dokonał zmiany definicji roboczogodziny w Etapie II, ale nie zmienił ilości godzin przeznaczonych na realizację tego etapu. W związku z tym, zasadne jest stwierdzenie, że kwota którą Zamawiający chciał przeznaczyć na realizację Etapu II, powinna ulec korekcie w następujący sposób: na otwarciu ofert Zamawiający podał informację, że chce przeznaczyć kwotę 615 000,00 zł na 31

realizację zamówienia w Etapie II, jednak logiczne myślenie prowadzi do wniosku, że kwota ta była wyceniona na potrzeby starej definicji roboczogodziny, tj. udziału całego zespołu, niezależnie ile osób pracuje w trakcie jednej roboczogodziny. Jak wówczas stwierdził jeden z wykonawców w trakcie składania zapytań do treści SIWZ, taka konstrukcja definicji była bardzo niekorzystna dla Zamawiającego, gdyż niezależnie ile osób pracowałoby w momencie realizacji poszczególnych zleceń w ramach Etapu II, to Zamawiający byłby zmuszony zapłacić kwotę wskazaną w ofercie. Idąc dalej tym tokiem myślenia, kwota 615 000,00 powinna zostać podzielona przez 6 osób (liczba osób, która będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia nie może być mniejsza niż 6 osób – opis SIWZ str. 6), co daje kwotę 102 500,00 zł brutto na osobę, przez cały okres zamówienia. Następnie w celu uzyskania prawidłowej stawki za roboczogodzinę ustaloną na podstawie nowej definicji roboczogodziny, przy nie zmniejszonym maksymalnym limicie roboczogodzin – w tej sytuacji dalej 5000 jednostek godzinowych – kwota 102 500,00 zł brutto powinna zostać podzielona przez maksymalny limit godzin przeznaczony na realizację zamówienia w Etapie II.

Ta prosta kalkulacja prowadzi do wniosku, że 1 roboczogodzina, zgodnie z kwotą jaką Zamawiający chce przeznaczyć na realizację zamówienia po dokonanej korekcie, powinna wynieść maksymalnie 20,50 zł brutto, gdyż tylko taka kwota jest adekwatna do nowej definicji roboczogodziny – 1 człowiek = 1 roboczogodzina. Zamawiający nie dokonał aktualizacji kwoty, jaką chce przeznaczyć na zamówienie, więc nie może przenosić odpowiedzialności na Odwołującego, który zaoferował stawkę adekwatną do wymagań SIWZ.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, że orzecznictwo przywołane na potrzeby obrony stanowiska Zamawiającego jest zupełnie nietrafione. Zamawiający celowo pomijał stwierdzenia nieprzychylnie jego stanowisku, zapominając przy tym, że wyroki te dotyczyły zupełnie innych spraw, o całkowicie odmiennych stanach faktycznych. Świadczy to o próbie manipulacji ze strony Zamawiającego, w konsekwencji czego, stosowania orzecznictwa zależnie od zajmowanej pozycji w trakcie postępowania.

Jako przykład wskazał wyrok KIO sygn. akt 1543/14, który Zamawiający zacytował, jednak nie dodał, że dotyczył on stanu faktycznego, w którym wykonawca zaoferował przedmiot niespełniający wymagań SIWZ. W dalszej części pominiętego uzasadnienia, KIO przedstawiła na czym niezgodność z SIWZ miała polegać – niezgodność oferowanych urządzeń.

Kolejnym przykładem manipulacji dokonywanej przez Zamawiającego jest cytowanie orzeczenia z dnia 13 listopada 2013 r., KIO 2478/13, w którym Zamawiający pominał szczególnie istotne zdanie w cytowanym fragmencie. 32

Odnosząc się do wyroków z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. KIO 791/13, oraz KIO 1292/15, które służyły obronie racji Zamawiającego w przedmiocie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że dotyczyły one zupełnie odmiennych spraw. Prawdą jest, że w poszczególnych stanach faktycznych, do których odnoszą się cytowane orzeczenia, wykonawcy zaoferowali kwoty nierealne, tj. „groszowe” bądź za „symboliczną złotówkę”. Zupełnie niezrozumiałe jest powoływanie się na takie orzeczenia, z uwagi na to, że oferta złożona przez wykonawcę jest w pełni realna rynkowa i nie doszło do żadnych przesunięć w cenach, a tym bardziej nie przedstawiono ofert symbolicznych bądź groszowych.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że za niedopuszczalne należy uznać twierdzenia, że niska kwota zaoferowana za roboczogodzinę będzie w przyszłości skutkowałą ryzykiem ze strony Zamawiającego, przez brak sankcjonowania przy użyciu odpowiednich kar umownych. Odwołujący wskazał, że to Zamawiający zmienił definicję roboczogodziny, która po przerehabrowaniu, powinna nieść za sobą zmianę sposobu wyliczania kar umownych. Niedopuszczalne jest przenoszenie odpowiedzialności i błędów Zamawiającego na wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, a tym bardziej w trakcie oceny ofert. Za kryterium oceny ofert uznano cenę i termin. Odwoływanie się do wysokości kar umownych należy uznać z całą pewnością za nieuczciwe wobec wykonawców oferujących konkurencyjne stawki w postępowaniu. Brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego, przez brak zmiany wyliczenia kar umownych, należy uznać za błąd Zamawiającego, a nie argument do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej, a w konsekwencji – zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej – Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy – oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający wniósł odpowiedź na każde odwołanie odrębnie, wnosząc o oddalenie odwołań w sprawach KIO 1295/16 i KIO 1309/16, a w sprawie KIO 1311/16 o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy. Podniósł, że dokonał odrzucenia ofert wykonawcy SoftwareHut Sp. z o.o. i odwołującego Evertop Sp. z o.o. na tej samej podstawie prawnej i przy analogicznym stanie faktycznym. 33

Oferta wykonawcy SoftwareHut Sp. z o.o. przed odrzuceniem znajdowała się w rankingu wyżej niż oferta odwołującego. Dokonanie ponownej oceny ofert i uznanie oferty wykonawcy SoftwareHut Sp. z o.o. za korzystniejszą powodowałoby, że odwołujący Evertop Sp. z o.o. nie uzyskałby zamówienia i nie poniósłby szkody. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako niezastugującego na uwzględnienie.

Odmierna, rozszerzona treść odpowiedzi na odwołanie dotyczy odwołania KIO 1295/16, w związku z dodatkowymi zarzutami odwołującego w stosunku do dwóch pozostałych odwołań, stąd streszczenie odpowiedzi na odwołanie w tej sprawie zostaje przedstawione niżej jako przykładowe stanowisko w sprawie objętej sporem.

Zamawiający podtrzymując w pełni argumentację wskazaną w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, wniósł o uwzględnienie stanowiska Zamawiającego oraz podniósł, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego są chybione i nie zasługują na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy – zaniechanie przesłania uzasadnienia faktycznego oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – rzekomego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał konstrukcję SIWZ i określone tam wymagania. Przedmiot zamówienia został określony jako „*Opracowanie projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych oraz usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami*”

w projekcie". W pkt III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wskazał, że przedmiotem jest Etap I – Opracowanie projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych (dalej ADE) oraz Etap II – Świadczenie usługi nadzoru nad realizacją ADE oraz wykonywanie ewentualnych zmian w projekcie logicznym, odsyłając szczegółowo do załącznika nr 1 do SIWZ. Etap II został określony jako rozłożony w czasie z założeniem trwania do listopada 2018 r. (pkt IV SIWZ). W pkt V SIWZ Zamawiający określił warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazując, że wymaga, aby w wykonaniu zamówienia (rozumianego jako całość) uczestniczyły osoby - specjaliści spełniający szczegółowo określone wymagania. W pkt XIII SIWZ Zamawiający określił kryteria oraz sposób oceny ofert wskazując na „punktowanie” ceny Etapu I, ceny 1 roboczogodziny Etapu II oraz skrócenia realizacji Etapu I. Analogicznie – w załączniku nr 1 do SIWZ „Opisie przedmiotu zamówienia” Zamawiający opisał wymagania dla projektu logicznego będącego efektem Etapu I zamówienia oraz 34

wymagania co do usługi nadzoru będącej przedmiotem Etapu II, wskazując (po zmianie SIWZ), że jest to świadczenie usługi nadzoru w wymiarze do 5000 godzin, gdzie 1 roboczogodzina to praca wykonana przez 1 godzinę przez 1 pracownika wykonawcy nad wykonaniem systemu ADE, wskazując też na czym w szczególności ma polegać wsparcie wykonawcy. Zamawiający zastrzegł też, że w ramach realizacji Etapu II może pojawić się konieczność modyfikacji projektu logicznego. Konstrukcja taka wskazuje, że Etap I jest zakresem gwarantowanym, natomiast co do drugiego będzie on realizowany w zależności od faktycznych potrzeb Zamawiającego, na zasadach określonych w SIWZ, przy czym uszczegółowienie zakresu prac następować ma na podstawie zleceń Zamawiającego. Analogicznie do wskazanych powyżej wymagań, Zamawiający sformułował załącznik nr 4 do SIWZ, to jest wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – w zakresie jego całości, tak Etapu I jak i usługi nadzoru w ramach Etapu II – przy czym wykaz taki został podpisany przez Odwołującego i złożony na stronach 29-37 oferty, co oznacza, że Odwołujący zaoferował realizację zamówienia w całości przez osoby z wykazu. Jednocześnie opisy § 4 ust. 6 załącznika nr 8 do SIWZ – ogólne warunki umowy, stanowią, że zmiana osoby z wykazu przedstawionego w ofercie możliwa jest jedynie po pisemnej informacji i na osobę o analogicznych kwalifikacjach.

Składając ofertę zgodną z SIWZ wykonawca winien był przedłożyć ofertę obejmującą wykonanie usług świadczonych w ramach dwóch etapów, z rzetelną, prawdziwą i obejmującą wszelkie koszty wyceną kosztów każdego etapu. Dla Etapu II winny to być rzetelne i faktyczne koszty roboczogodziny rozumianej jako godzina pracy jednego pracownika wykonawcy, przy czym winny one odnosić się do kosztów pracy/świadczenia usługi przez specjalistów uwzględnionych w wykazie osób załączonym do oferty – a więc tych samych lub o takich samych kwalifikacjach w obu etapach zamówienia. Zarzut braku wskazania konkretnej niezgodności oferty z SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na fakt, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanej wykonawcy w dn. 6 lipca 2016 r. Zamawiający wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne dla dokonania tej czynności. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym wskazano, że niezgodność oferty z SIWZ polega na braku faktycznej i prawdziwej wyceny elementu oferty ujętego jako realizacja Etapu II zamówienia (realizacja usług w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie według potrzeb Zamawiającego w wymiarze nieprzekraczającym 5000 roboczogodzin) i odniesiono się do konkretnego miejsca oferty, tj. ceny za wykonanie Etapu II przedmiotu zamówienia w formularzu oferty. Zamawiający konstruując formularz oferty wskazał konieczność dokonania odrębnej wyceny dla Etapu I i Etapu II, co wynika 35

z określonego w SIWZ sposobu realizacji zamówienia, w szczególności określonego we wzorze umowy sposobu płatności za realizację Etapu II tj. płatności za faktycznie zrealizowany zakres zamówienia (liczba roboczogodzin) oraz stawki zaoferowanej w ofercie.

Wykonawca w kalkulacji dla zakresu zamówienia: prace analityczne i projektowe wskazał koszty, jakie ponosi w związku z zatrudnieniem poszczególnych osób biorących udział w realizacji zamówienia przez cały okres jego realizacji. Zamawiający po zsumowaniu kosztów poszczególnych osób stwierdził, że łączny koszt zatrudnienia poszczególnych osób wynosi 69 900,00 zł szacując jednocześnie ilość osobogodzin na łączną sumę 2 184. Co daje stawkę za godzinę w wysokości 32,00 zł. Stawka ta nie obejmuje kosztów dodatkowych,

które wykonawca określił na łączną sumę 34 000,00 zł dla całej oferty oraz spodziewanego zysku, który wykonawca określił na kwotę 53 601,00 zł.

Natomiast w przedstawionej kalkulacji dla zakresu zamówienia: prace w zakresie nadzoru wskazał koszty, jakie ponosi w związku z zatrudnieniem poszczególnych osób biorących udział w realizacji zamówienia przez cały okres jego realizacji. Zamawiający po zsumowaniu kosztów poszczególnych osób stwierdził, że łączny koszt zatrudnienia poszczególnych osób wynosi 164 107,00 zł szacując jednocześnie ilość osobogodzin na łączną sumę 5 000, co daje stawkę za godzinę w wysokości 32,82 zł. Stawka ta nie obejmuje kosztów dodatkowych, które wykonawca określił na łączną sumę 34 000,00 zł dla całej oferty oraz spodziewanego zysku, który wykonawca określił na kwotę 53 601,00 zł.

Jak wynika z przytoczonej kalkulacji wykonawca wskazał, że koszty jakie poniesie w związku z realizacją prac w zakresie nadzoru, nawet bez uwzględnienia kosztów dodatkowych oraz spodziewanego zysku wykonawcy są w rzeczywistości znacznie wyższe niż stawka jaką wykonawca wskazał w ofercie w wysokości 13,30 zł netto za 1 roboczogodzinę.

Dodatkowo przyjmując, że zgodnie z Kodeksem pracy przeciętny miesięczny wymiar czasu pracy to 168 godzin, obliczając miesięczne wynagrodzenie w oparciu o stawkę 13,30 zł za roboczogodzinę, dawałoby to kwotę 2 234, 40 zł (2748,31 zł brutto), co jest kwotą niewiarygodną w stosunku do wynagrodzeń specjalistów z branży IT, wykazywaną notabene przez wykonawców w niniejszym postępowaniu (vide: raport Sedlak & Sedlak z 2015 r. - Ogólnopolskie wynagrodzenie całkowite w branży IT, w firmie o przewadze polskiego kapitału wynosi 5 000 zł). Co więcej zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie przeciętnego wynagrodzenia w pierwszym kwartale 2016 r. wynosiło ono 4 181,49 zł, zaś minimalne wynagrodzenie w 2016 r. wynosi 1 850,00 zł – co dla pracodawcy stanowi koszt w kwocie 2 231,29 zł. Oznaczałoby to, że wynagrodzenie brutto otrzymane za roboczogodzinę pozwalałoby na pokrycie kosztów co najwyżej najniższego wynagrodzenia, 36

przy czym po pierwsze, w postępowaniu usługi mieli świadczyć wykwalifikowani specjaliści, po drugie, projekt jest rozłożony w czasie, gdzie koszty pracy wykazują tendencje wzrostowe.

Zatem, cena roboczogodziny zaoferowana za Etap II realizacji zamówienia jest ceną nierynkową i nierealną, wskazującą na fakt, że Etap II nie został wyceniony rzetelnie i zgodnie z SIWZ, wobec czego sposób realizacji zamówienia odbiegałby od wymagań wskazanych w SIWZ. Cena ta jest także niezgodna z wyceną kosztów pracy wskazaną w wyjaśnieniach z dn. 18 kwietnia 2016 r. przez Odwoływającego.

W ocenie Zamawiającego sam fakt, że całość zamówienia ma być zrealizowana przez specjalistów o jednoznacznie określonych kwalifikacjach, uwzględnionych na wykazie stanowiącym element oferty przesądza, że sam element wyceny roboczogodziny winien być tak zbieżny/proporcjonalny w obu etapach, jak przede wszystkim realny, wiarygodny i gwarantujący należyte wykonanie zamówienia. Niezrozumiałe jest też powoływanie się na zaangażowanie członków zespołu Odwoływającego, którzy mieliby realizować usługi nadzoru w Etapie II, w różne projekty, co pozwala na finansowanie pracy specjalistów z różnych projektów. Należałoby rozumieć, że wykonawca mógł zaoferować Zamawiającemu korzystną stawkę, bo faktycznie praca danego specjalisty jest opłacana z innego projektu od innego Zamawiającego – co stanowiłoby z pewnością czyn nieuczciwej konkurencji. Jest to również założenie nielogiczne, Zamawiający oczekiwał wyceny stawki za godzinę pracy świadczonej w ramach tego konkretnego projektu, na rzecz tego konkretnego Zamawiającego. Dalej – odnosząc się do kwestii braku faktycznej i prawdziwej wyceny Etapu II zamówienia oraz przeniesienie prawdziwej wyceny z Etapu II do Etapu I Zamawiający podniósł, co następuje:

- odpowiedź Odwoływającego uzyskana w procedurze wyjaśniania rażąco niskiej ceny (pismo z 18 kwietnia 2016 r.) pokazała, że faktyczne stawki pracy za jedną osobę są wyższe niż stawka wskazana w ofercie;
- Zamawiający ustalając kryterium o wadze 50% dążył do wybrania oferty korzystnej jednak w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał, że zależy mu na wyborze oferty z niską ceną – są to domniemania Odwoływającego nieoparte żadnymi faktami, to „Odwoływający uznał, że Zamawiający wybierze ofertę z niską ceną”. Zamawiający ma obowiązek wybrać ofertę prezentującą najlepszy bilans ceny i innych kryteriów a nie ofertę z najniższą ceną, a więc ofertę najkorzystniejszą, pod warunkiem, że będzie ona spełniała wymogi SIWZ;
- nieprawdą jest, że Zamawiający „na przekór ustalonym przez siebie kryteriom próbuje odrzucić wszystkie oferty zawierające niską cenę za realizację etapu drugiego zamówienia”,

gdyż uzasadnieniem dla odrzucenia oferty nie jest fakt złożenia oferty z niską czy rażąco niską ceną za realizację zamówienia ale z uwagi na fakt popełnienia czynu nieuczciwej 37

konkurencji polegającego na złożeniu oferty, w której przeniesiono koszty związane z realizacją Etapu II zamówienia (niegwarantowanego) do Etapu I zamówienia (gwarantowanego) w celu uzyskania przewagi punktowej w kryterium oceny ofert oraz przeniesienia kosztów realizacji zamówienia ponoszonych w ramach realizacji Etapu II do Etapu I, gdyż realizacja tego drugiego w całym zakresie nie jest gwarantowana (co pozwala na zminimalizowanie ryzyka związanego z zapłatą kar umownych, poprawę wyniku punktowego oraz uprzywilejowanie swojej pozycji kosztem wykonawców, którzy złożyli oferty zgodne z SIWZ);

- Zamawiający nie uznał oferty za ofertę z rażąco niską ceną, gdyż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia oraz wyjaśnienia dodatkowe pozwoliły uznać, że oferta w całości nie zawiera rażąco niskiej ceny, a koszt pracy poszczególnych osób zaangażowanych w realizację projektu (stanowiący właściwie główny koszt ponoszony w związku z realizacją zamówienia) wynikający z przedłożonych wyjaśnień, dowodów i kalkulacji pozwoliły uznać, że zarówno w Etapie I jak i drugim realizacją zamówienia odbędzie się za cenę realną rynkową i oscylowałaby w granicach stawki 32 zł za godzinę, która to stawka byłaby powiększona jeszcze o koszt wydatków nieprzewidywanych oraz spodziewany zysk wykonawcy. Gdyby wykonawca w ofercie za realizację Etapu II zaproponował taką stawkę, jaka wynika z przedstawionej przez niego kalkulacji, Zamawiający nie miałby wątpliwości co do prawidłowości i rynkowości określonej stawki. Jednak Odwołujący stawkę z oferty obniżył ponad dwukrotnie w stosunku do tej wynikającej z kalkulacji ceny oferty przedstawionej w wyjaśnieniach (dowód wyjaśnienia wykonawcy z dn. 18 kwietnia 2016 r. z dokonaniem przez Zamawiającego sumowaniem poszczególnych kolumn i stosownymi wyliczeniami). - nieprawdą jest to, że stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z ustalonymi kryteriami oceny ofert i zakłada, że prawidłowo skalkulowana oferta winna zawierać wyższą cenę za realizację Etapu II a niższą za realizację Etapu I. Zamawiający nigdzie nie formułował takich wymagań. Jedynym wymaganiem Zamawiającego jest aby złożone oferty były zgodne z SIWZ oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w tym przepisami dotyczącymi zwalczania nieuczciwej konkurencji do czego zobowiązuje Zamawiającego ustawa Pzp oraz inne przepisy mające tu zastosowanie. Co więcej, należy podkreślić, że oferta Odwołującego jako odrzucona nie polegała ocenie w zakresie kryteriów oceny ofert, trudno tu zatem mówić o jakichkolwiek naruszeniach w zakresie oceny;

- zarzut Odwołującego co do nie podniesienia przez Zamawiającego w swych pytaniach wątpliwości co do sposobu wyceny poszczególnych części przedmiotu zamówienia również jest chybiony, bowiem wyjaśnienia Odwołującego wraz z przedstawionymi kalkulacjami w tym zakresie były na tyle jasne, że Zamawiający nie zlokalizował potrzeby złożenia 38

dotychczasowych wyjaśnień w tym zakresie. W przedstawionej kalkulacji zawarto dwie tabele odrębnie dla każdego etapu. Zamawiający nie narzucał formy przedstawienia kalkulacji, to Odwołujący sam zdecydował o przedstawieniu kalkulacji w podziale na dwie tabele jedną odnoszącą się do realizacji Etapu I gdzie samodzielnie określił pracochłonność poszczególnych osób zaangażowanych w realizację zamówienia. Zamawiający tego w żadnym wypadku nie kwestionuje, bo to w gestii Odwołującego leży takie oszacowanie pracochłonności realizacji Etapu II zaangażowania poszczególnych osób aby zamówienie zostało w tym zakresie zrealizowane zgodnie z wymaganiami SIWZ i określonymi tam terminami. W zakresie tabeli odnoszącej się do kalkulacji Etapu I w kolumnie zatytułowanej „ilość miesięcy” Odwołujący wskazał odnośnik nr 3 gdzie uszczegółowił: „termin realizacji Etapu I zgodnie z treścią oferty: 150 dni” w związku z czym dla Zamawiającego nie ma wątpliwości, że przedstawiona tabela odnosi się do kalkulacji Etapu I. Druga przedstawiona tabela dotyczy oszacowania kosztów zaangażowania poszczególnych osób biorących udział w realizacji zamówienia dla wymaganych przez Zamawiającego 5000 godzin. Nielogiczne jest zatem podnoszenie w Odwołaniu twierdzenia jakoby „nie było celem i zamierzeniem Odwołującego wycenianie etapów, a rozkład kosztów jest przypadkowy”;

- zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ Zamawiający dokonał doprecyzowania opisu dotyczącego definicji roboczogodziny oraz pismem z dn. 7 marca 2016 r. wprowadził zmianę w Załączniku nr 1 do SIWZ gdzie opis otrzymał brzmienie: „przez 1 roboczogodzinę Zamawiający rozumie pracę jaka została wykonana w ciągu jednej godziny przez 1

pracownika Wykonawcy nad realizacją zadania” (dowód wyjaśnienia SIWZ z dn. 7 marca 2016 r.);

- w nawiązaniu do definicji 1 roboczogodziny Zamawiający zwrócił uwagę, że to po stronie Odwołującego stoi sposób organizacji zaangażowania poszczególnych pracowników do realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli Odwołujący przyjął taki model, że do realizacji danego zakresu zadań angażuje swoich pracowników w określonym wymiarze procentowym, nie zwalnia go to z obowiązku dokonania wyceny oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tj. podanie ceny za 1 roboczogodzinę (rozumianą przez pracę jaka została wykonana przez jednego pracownika w ciągu jednej godziny). Odwołujący podniósł, że „koszt pracy swoich pracowników na przyjętym poziomie 4 800, który należy traktować wyłącznie jako jedno z założeń analitycznych w kalkulacji kosztów i kalkulacji efektywności projektu” ale istotne jest to, że Zamawiający wzywał do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym przedstawienie odpowiedniej kalkulacji dla wyceny oferty, a nie do przedstawienie przykładowych modeli wyceny. Można by się też zastanawiać, czemu Odwołujący przedstawia kalkulację zawartą w wyjaśnieniach jako jedno 39

z założeń analitycznych, a jednocześnie nie przedstawił innych założeń analitycznych pozwalających wskazać kalkulację kosztów dla stawki wskazanej w ofercie tj. kwoty 13,30 zł netto;

- Odwołujący podniósł, że „teza Zamawiającego o tym, że wyliczony koszt średni 1 godziny pracownika Odwołującego musi zostać pokryty ceną jednej godziny pracy z realizacji usługi dla Zamawiającego jest zatem całkowicie nieprawdziwa” – co stoi w sprzeczności z jednoznacznymi opisami SIWZ, Zamawiający określił bowiem co rozumie przez 1 roboczogodzinę tj. jedną godzinę pracy wykonywaną przez jednego pracownika i na podstawie takiego założenia czyta kalkulację wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że celem art. 90 ustawy jest wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, tj. rzekomego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podkreślił, że ustawa Pzp chroni istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji, jako optymalnego sposobu udzielania zamówień, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny, w celu realizacji którego zamówienie jest udzielane (KIO 309/14).

Zamawiający odniósł się do całokształtu swojej sytuacji w kontekście projektu Archiwum Dokumentów Elektronicznych, wskazując, że jest centralnym urzędem administracji rządowej – organem administracji realizującym wydzielone zadania ustawowe, przede wszystkim określone ustawą z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach. W związku z tym nie posiada własnych wyspecjalizowanych zasobów technicznych i kadrowych pozwalających na realizację rozbudowanych projektów informatycznych. Zważywszy na konieczność należytego zabezpieczenia interesu publicznego, surowe wymogi związane z unijnym źródłem finansowania, oraz zasadność uniknięcia od jednego którego zjawiska uzależnienia wykonawcy, kompetencje specjalistyczne i wiedza jest niezbędna (*vendor lock-in*) – Zamawiający zdecydował się na podział całego projektu na trzy części i dywersyfikację wykonawców dla każdej z części. Pierwszym etapem było przygotowanie studium wykonalności projektu ADE (w uproszczeniu ustalenie czego i w jaki sposób Zamawiający może wymagać w zakresie projektu) co stanowiło prace przygotowawcze do części drugiej postępowania będącego przedmiotem 40

niniejszej sprawy (opracowanie projektu logicznego i nadzór nad wykonaniem systemu teleinformatycznego ADE), natomiast częścią trzecią ma być wykonanie samego systemu. Oczywistym jest, że w takiej konstrukcji Zamawiający korzysta z doradztwa i doświadczenia danego wykonawcy na potrzeby tak realizowanego przez niego zakresu jak i na potrzeby kolejnej części. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający oczekuje, żeby wymagania dla tej kolejnej części jak najlepiej zabezpieczały interesy samego Zamawiającego, a nie wykonawcy który to będzie realizował. Zatem tożsamość wykonawcy

(bezpośrednia i pośrednia) wykonującego poszczególne części projektu prowadzi do zagrożenia interesu Zamawiającego (przez faktyczne zabezpieczenie interesów własnych wykonawcy kosztem interesów Zamawiającego) jak i interesu innych wykonawców (przez posiadanie większej wiedzy, wprowadzanie do dokumentacji opisów w zakresie metod czy rozwiązań technicznych preferowanych przez tego wykonawcę).

W pierwszej kolejności Zamawiający odniósł się tu do faktu, że Odwołujący wraz z ofertą przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego – Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. do udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób. Firma Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. jest jednocześnie wykonawcą, który na podstawie umowy nr 51/2014/U z dn. 9 lipca 2014 r., której przedmiotem było przygotowanie „Studium wykonalności projektu Archiwum Dokumentów Elektronicznych” oraz umowy nr 28/2015/U z dn. 19 marca 2015 r., której przedmiotem było dokonanie modyfikacji „Studium wykonalności projektu Archiwum Dokumentów Elektronicznych” przygotował to studium wykonalności, które jest podstawą opisu przedmiotu zamówienia (opis przedmiotu zamówienia określa konkretne nr stron z przygotowanego studium w oparciu, o które zamówienie ma być realizowane) w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego Odwołujący przez pozyskanie takich zasobów stawia wykonawcę w pozycji w stosunku do udziału uprzywilejowanej pozostałych wykonawców biorących w przedmiotowym postępowaniu zagrażając ich interesom oraz przeczy dobrym obyczajom, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą a co za tym idzie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności w oparciu o przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że nie mógł wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1, gdyż to nie Odwołujący jest podmiotem, który przygotował dla Zamawiającego studium wykonalności projektu (nie ma tu bezpośredniego udziału wymaganego literalnie brzmieniem przepisu). Natomiast postępowanie się podmiotem 41

trzecim, który to studium przygotował przez Odwołującego stawia go w zdecydowanie lepszej pozycji niż pozostałych wykonawców. Nie jest prawdą jak podnosi Odwołujący, że Zamawiający samodzielnie przygotował całość opisu przedmiotu zamówienia, gdyż studium wykonalności jako załącznik stanowi integralną część Opisu Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący podniósł, że studium wykonalności było prezentowane opinii publicznej w dn. 8.04.2015 r. oraz opublikowane na stronie BIP w dn. 31.12.2015 r. Fakt upublicznienia studium nie zmienia jednak faktu, że przedstawiciel Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. pan M.B. - występujący również jako członek zarządu Odwołującego posiadał większą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia, przez co pozycja Odwołującego stała się uprzywilejowana. Jako przedstawiciel wykonawcy uczestniczył on w ramach realizacji najpierw studium wykonalności, a następnie w modyfikacji studium wykonalności oraz przygotowaniu wniosku o dofinansowanie projektu, przez co na wiele wcześniej niż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu oraz w szerszym zakresie pozyskiwał informacje dotyczące realizacji projektu ADE (w tym dotyczące wymogów niezbędnych do określenia w postępowaniu przetargowym w celu wyłonienia wykonawcy mającego opracować projekt logiczny Archiwum Dokumentów Elektronicznych oraz świadczyć usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie). Zamawiający przedstawia jako dowód w sprawie korespondencję mailową z panem M.B. w ramach, której dokonywano uzgodnień studium wykonalności i poszczególnych założeń do niego. Uzgodnień dotyczących opracowania Studium wykonalności dokonywano również w siedzibie Zamawiającego w Warszawie gdzie Centrum Doradztwa w imieniu w spotkaniach uczestniczył pan B.. Podczas tych spotkań wykonawca miał szansę zapoznać się ze spektrum wymagań Zamawiającego co do realizacji projektu, w tym co do przygotowania studium wykonalności. Owszem Zamawiający dokonywał zmian w przesłanym do akceptacji przez Centrum Studium, te zmiany z Centrum konsultował, a efekt końcowy współpracy był znany Centrum na wiele wcześniej niż pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, jak również Centrum miało wpływ na zakres tychże zmian. Nie bez znaczenia w obecnej sytuacji pozostaje fakt, że pan M.B. przedstawiciel Centrum w ramach przygotowywania studium wykonalności jest jednocześnie prezesem zarządu firmy Odwołującego ITMdoctor Sp. z o.o. Również cały montaż finansowy

projektu, a co za tym idzie również wycena poszczególnych etapów realizacji zamówienia została przygotowana przez Centrum Doradztwa, a osobą uzgadniającą szczegóły w zakresie wyceny był pan M.B. wiceprezes zarządu ITMdoctor Sp. z o.o. – Odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu. Bezspornym jest fakt, że pan B. a co 42

za tym idzie i Centrum Doradztwa posiadał wiedzę dotyczącą wartości szacunkowej zamówienia o wiele wcześniej niż informacje te zostały przekazane do publicznej wiadomości. Podstawą szacowania wartości zamówienia jest wycena ekspercka przygotowana przez Centrum Doradztwa. Wiedza, jaką Centrum Doradztwa i pan B. posiadali na wiele przed ogłoszeniem postępowania o udzielenie zamówienia dotycząca założeń wyceny dla realizacji postępowania przetargowego na Opracowanie projektu logicznego ADE mogła znacząco wpłynąć na ukształtowanie ceny oferty złożonej w efekcie przez Odwołującego, jak pokazał ranking cenowy złożonych ofert. Odnosząc się do sposobu wyceny stawki za usługę nadzoru w Etapie II Zamawiający wskazuje, że nierzetelnie kalkulując koszty usługi nadzoru w ramach Etapu II i przenosząc je faktycznie do kosztów Etapu I, a w konsekwencji składając ofertę w takiej formie (abstrahując od jej niezgodności z SIWZ), Odwołujący naruszył dobre obyczaje zagrażając tym samym interesom Zamawiającego (a w przypadku podpisania umowy także je naruszając) oraz naruszając interesy innych Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Czyny utrudniające konkurencję, które występują w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą mieć różną postać, odbiegającą od czynów nazwanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby uznać określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą, działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami oraz doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (KIO/KD 28/16).

Zamawiający wskazał, że samo oświadczenie wykonawcy co do jego zamiarów należytego wykonania zamówienia nie może sanować opisów oferty niezgodnych z SIWZ, stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji jak i przede wszystkim oferty, która nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Zgodnie uchwałą KIO/DK 27/16 „Nawet przy wykonywaniu własnego prawa przedsiębiorca powinien zważać, czy postępując w ten sposób nie narusza interesów innych uczestników obrotu gospodarczego lub im nie zagraża.” Sam fakt, że Odwołujący powołuje się na swój profesjonalizm, nakazuje ocenić jego postępowanie wobec surowego reżimu zasady ryzyka, a jego działanie powinno być oceniane przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności w rozumieniu art. 355 ust. 2 Kodeksu cywilnego.

Ocenę taką należy odnieść do sytuacji tego konkretnego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, w kontekście opisów SIWZ, w tym ogólnych warunków umowy. W przedmiotowym przypadku Odwołujący dokonał niezgodnego z SIWZ przesunięcia 43

faktycznych kosztów pomiędzy pozycjami w ofercie w taki sposób, aby uprzywilejować swoją pozycję kosztem Zamawiającego (przez oczekiwanie zapłaty z góry za usługi jeszcze nie wykonane, a które być może w ogóle nie zostałyby wykonane, lub nie wykonane w zakładanym wymiarze – jak i przez uniknięcie obowiązku zapłaty dyscyplinujących kar umownych w razie nienależytego zrealizowania umowy), jak i kosztem innych wykonawców w postępowaniu (po pierwsze, sposób wyceny pozwala na uzyskanie korzystniejszej punktacji, po drugie, uniknięcie potencjalnych kar pozwala na pominięcie ryzyka, a w konsekwencji skonstruowanie oferty na niższym poziomie cenowym co stawia wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawcy, który prawidłowo i zgodnie z SIWZ wycenił ofertę). Wyrok KIO 1844/14 oraz wyrok z dnia 28 czerwca 2007 r. Sądu Apelacyjnego w Katowicach VAca 371/07.

Odwołujący wskazuje, że sposób w jaki prowadzi przedsiębiorstwo pozwala mu na zaferowanie ceny za roboczogodzinę wskazanej w ofercie, należy jednak pamiętać, że rzetelność ta nie została wykazana, a oferowanie świadczenia usług poniżej faktycznych kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z postępowania o udzielenie zamówienia spełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji (w szczególności czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k)).

Działanie wykonawcy w warunkach reżimu ustawy Pzp, przez składanie oferty pozornie najkorzystniejszej stanowi naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k, przez niezgodne z SIWZ skonstruowanie oferty, która będąc pozornie najkorzystniejszą cenowo nakazuje z góry zapłacić za usługi jeszcze niewykonane i nie znajdujące pokrycia w faktycznych kosztach wykonawcy (a być może nie zostaną wykonane w ogóle) oraz która nie pozwala na skuteczne egzekwowanie obowiązków wykonawcy za pomocą kar umownych. Przymus, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5, wyraża się w wywołaniu przez przedsiębiorcę stanu, w którym zachowujący się rozsądnie klient, w celu ochrony własnych interesów, po prostu nie może skorzystać z ofert konkurencyjnych (gdyż wskazywałoby to na naruszenie Pzp przez wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert). Innymi słowy wykonawca konstruuje ofertę, którą *wykonawca* w reżimie Pzp winien wybrać jako najkorzystniejszą punktowo. W tym przypadku jednak, oferta ta jest niezgodna z SIWZ i skonstruowana w sposób naruszający interesy Zamawiającego - uchwała KIO/KD 30/14, wyrok KIO 267/13.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że nie sprzedaje usług poniżej kosztów ich świadczenia. Wyroki KIO 1292/15, KIO 825/15.

44

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że Odwołujący naruszył dobre obyczaje kupieckie i złożył ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jako taka podlega odrzuceniu. Działania Odwołującego stoją w sprzeczności z obiektywnie pojmowaną uczciwością kupiecką rozumianą jako pozaprawne normy postępowania, którymi winni kierować się przedsiębiorcy w stosunkach gospodarczych, kształtowana przez ludzkie postawy uwarunkowane tak wartościami moralnymi jak i praktykami życia gospodarczego. Uchwała KIO/KD 17/15.

3. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 przez odtajnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa – Zamawiający wskazał, że zarzut ten jest nieprawdziwy i nie poparty żadnymi dowodami. Wskazał, że dokonał weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wszystkich złożonych ofertach, które te zastrzeżenia miały w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał odtajnienia w sześciu ofertach a wszystkie odtajnienia dotyczyły między innymi wykazów usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych oraz zobowiązań podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, jeżeli zobowiązania tych podmiotów dotyczyły udostępniania wiedzy i doświadczenia w zakresie usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych. Nieprawdą jest więc, że odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane wyłącznie w stosunku do oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że w obecnym stanie prawnym nie ma obowiązku wzywać wykonawcy do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (...) jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał weryfikacji uzasadnienia dla zastrzeżenia usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych i nie znalazł tam uzasadnienia ani wskazania okoliczności, dla których te usługi miałyby zostać utajnione.

Zamawiający nie może uznać, dokonanego zastrzeżenia za skuteczne, gdyż realizacja wykazanych zamówień była następstwem umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, które zgodnie z art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) o finansach publicznych są zobowiązane zawierać umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Powołał się na opinię UZP „Tajemnica przedsiębiorstwa” <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;679;tajemnicaprzedsiebiorstwa.html>

Ponadto nieprawdą jest, że Zamawiający ujawnił w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego dane, które nie były objęte zakresem odtajnienia w zakresie sposobu 45

wynagradzania pracowników. Zamawiający wskazuje, że przekazując informację o wyborze najkorzystniejszej oferty pozostałym wykonawcom w miejscu gdzie wskazano odpowiednie kwoty wstawił znak „X”, a informację z kwotami przekazał jedynie do Odwołującego, którego to zastrzeżona informacja dotyczy. Powyższy fakt znajduje swoje odzwierciedlenie

w dokumentacji postępowania i gdyby Odwołujący skorzystał z możliwości dokonania osobistego wglądu do dokumentacji postępowania jaką dał mu Zamawiający pismem z dn. 8 lipca 2016 r. wyznaczając termin wglądu do dokumentacji na dzień 12 lipca 2016 r. na godz. 12:00, przekonałby się, że tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie, na który się powołuje nie została udostępniona innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że Odwołujący sam nie zachowuje konsekwencji w zakresie ochrony tajemnicy swojego przedsiębiorstwa, gdyż w odwołaniu na str. 3 sam wskazał kwoty wcześniej przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie zastrzegając jednocześnie, że informacje te tajemnicą tą powinny być objęte. Zamawiający wskazuje, że przesyłając informacje o złożonym odwołaniu wraz z kopią tego dowołania, z ostrożności sam dokonał zacinania kwot wskazanych w odwołaniu, a objętych tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie wcześniejszych zastrzeżeń składanych w postępowaniu.

Reasumując, Odwołujący formułuje zarzuty nieprawdziwe, nie poparte rzetelną weryfikacją stanu faktycznego jednocześnie samemu postępując niekonsekwentnie w zakresie ochrony własnej tajemnicy.

4. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy – nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż ustawa Pzp precyzyjnie określa przesłanki w jakich Zamawiający jest zobowiązany do wzywania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określając w art. 90 ust. 1, że z ceną rażąco niską mamy do czynienia gdy oferta jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający dokonał oceny czy w postępowaniu ma do czynienia z rażąco niską ceną, Odwołujący złożył tu wyczerpujące wyjaśnienia przez pisma z dnia 18 kwietnia i 4 lipca 2016 r., sam Odwołujący wskazał także na wycenę etapów zamówienia, a więc odniósł się do kwestii „części przedmiotów zamówienia”.

Odnosnie wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1, Odwołujący nie wskazuje jakie elementy poza ceną miałyby ulec wyjaśnieniu. Cena stawki za roboczogodzinę w Etapie II realizacji zamówienia określona została jednoznacznie, Odwołujący nie powołuje żadnego rodzaju omyłek pisarskich czy rachunkowych, przeciwnie – potwierdza taką wycenę, zatem jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym zakresie prowadziłby co najwyżej do negocjacji treści oferty. Żadna ze stron postępowania co do faktu dokonania wyceny za roboczogodzinę na kwotę 13,30 zł netto wątpliwości nie podniosła. Z kolei przywołany art. 26 46

ust. 4 ustawy dotyczy wyjaśnień odnoszących się do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, więc związek z wyjaśnieniem ceny rażąco niskiej jest tu dla Zamawiającego niezrozumiały.

5. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy – Zamawiający podkreślił, że w toku postępowania przestrzegał zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. W szczególności Zamawiający potraktował identycznie wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej – to jest odrzucił wszystkie oferty, gdzie wykonawcy dokonali przeniesienia faktycznych kosztów Etapu II do Etapu I, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji jak również złożyli oferty niezgodne z SIWZ nie wyceniając należycie usług Etapu II zamówienia.

Zamawiający nie odnosił się w żaden sposób do procentowego rozłożenia kosztów obu etapów realizacji zamówienia oceniał zgodność ofert z SIWZ oraz złożenie ofert które mogło i stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

W kontekście powyższej argumentacji zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy należy uznać za całkowicie chybiony, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. W szczególności chybione jest podnoszone przez Odwołującego rzekome „dążenie do wyboru zawyżonych stawek jednostkowych Etapu II” i odnoszenie tu ceny swojej oferty w tym jednym elemencie do oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Należy zauważyć, że Zamawiający ocenia oferty jako całość, nie ogranicza oceny porównawczej do wybranych części oferty, a jako najkorzystniejszą wybiera ofertę zgodną z SIWZ, niepodlegającą odrzuceniu i najkorzystniejszą na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert.

Wykonawca ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza – zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – w piśmie złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołań, złożył załącznik nr 1: zestawienie ofert w postępowaniu. **Wykonawcy SoftwareHut Sp. z o.o. i Everop Sp. z o.o.** – zgłaszający przystąpienia po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołań konkurujących wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba uznała, że wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego w wyniku skutecznych przystąpień:

1. ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, SoftwareHut Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, Evertop Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie – po stronie zamawiającego w sprawie KIO 1295/16; 2. ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Evertop Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie – po stronie zamawiającego w sprawie KIO 1309/16; 3. ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – po stronie zamawiającego w sprawie KIO 1311/16 – zwani w dalszej treści „przystępującymi”.

Izba oddaliła opozycję odwołującego w sprawie KIO 1295/16 ITMdoctor Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przeciw przystąpieniom SoftwareHut Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, Evertop Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie – po stronie zamawiającego, w sprawie KIO 1295/16, wobec nieuprawdopodobnienia przez odwołującego, że wykonawcy przystępujący nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy w sprawie KIO 1311/16. Wniosek dotyczył w istocie oddalenia odwołania z powodu braku legitymacji czynnej wykonawcy Evertop Sp. z o.o. (*Dokonanie ponownej oceny ofert i uznanie oferty wykonawcy SoftwareHut Sp. z o.o. za korzystniejszą powodowałoby, że odwołujący nie uzyskalby zamówienia i nie poniósłby szkody*). Izba uwzględniła częściowo wniosek alternatywny i rozpoznała odwołanie na rozprawie (w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co oznacza rozpoznanie na rozprawie).

Izba uznała, że odwołujący spełniają przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy uprawniające ich do wniesienia odwołań, gdyż wnosząc odwołania, każdy w wykonawców mógł liczyć, że w wyniku uwzględnienia jego odwołania oraz powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert nie podlegających odrzuceniu, kolejność ofert ulegnie zmianie w sposób stwarzający ewentualność uzyskania zamówienia przez każdego z odwołujących.

Rozpoznając odwołania na rozprawie, Izba ustaliła.

Przedmiot zamówienia z podziałem na dwa etapy wraz z opisem czynności należących do każdego z etapów; opis sposobu obliczenia ceny oferty (*rozdz. XII SIWZ: 48*

1) *W ofercie, należy podać cenę za całość zamówienia zawierającą całkowity jego koszt wraz z należnym podatkiem VAT, wyliczony w sposób określony w Formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik Nr 7 do SIWZ. Ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT, zgodnej z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, należy do wykonawcy.* 2) *Całkowita cena oferty (brutto) musi zawierać wszystkie przewidywane koszty całkowitego wykonania zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów obciążają Wykonawcę – zobowiązany jest do w kalkulowania w cenę wszystkich okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę.* 3) *Cena musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.* 4) *Cena brutto oferty przez okres trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego jest stała i nie podlega negocjacji.* 5) *Do wyliczeń opisywanych w Rozdziale XIII SIWZ, zostanie wzięta pod uwagę cena brutto oferty), - ze wskazaniem ceny odrębnie dla każdego etapu: dla Etapu I cena ustalona w konkretnej zryczałtowanej kwocie, dla Etapu II cena 1 roboczogodziny (1 godziny pracy jednego pracownika)*

– opisane w SIWZ – zostały szczegółowo przedstawione w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, piśmie przystępującego, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

Załącznik nr 7 – Formularz oferty – zgodnie z żądaniem należało przedstawić cenę – odrębnie dla Etapu I (wykonanie projektu logicznego ADE wraz z analizą funkcjonalności), odrębnie dla Etapu II (cena 1 roboczogodziny nadzoru). Ustalono kryteria oceny ofert: cenowe – cena za Etap I - 40%, cena za Etap II - 50%; termin realizacji Etapu I - 10% (skrócenie terminu).

Wykonawcy zaoferovali dla dwóch etapów ceny, przedstawiając wypełnione załączniki nr 7, zgodnie z opisem zamawiającego, podając dla Etapu II cenę netto za 1 roboczogodzinę przy wskazaniu w tym załączniku 5000 roboczogodzin.

Wykonawcy zaoferovali: łącznie dla dwóch etapów, w tym Etap I i Etap II oraz za 1 roboczogodzinę – Etap II brutto (netto);
ITMdoctor Sp. z o.o. – 395 445,00 zł, Etap I - 313 650,00 zł, Etap II - 81 795,00 zł, - 16,36 zł (netto 13,30 zł);
SoftwareHut Sp. z o.o. – 853 005,00 zł, Etap I - 782 280,00 zł, Etap II - 70 725,00 zł, - 14,15 zł (netto 11,50 zł);
Evertop Sp. z o.o. – 635 370,50 zł, Etap I - 539 000,00 zł, Etap II - 96 370,50 zł, - 19,27 zł (netto 15,67 zł).

Istotę oceny ofert stanowiły dwa kryteria cenowe o zróżnicowanej wadze.

49

Odwolujący przeprowadził postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp odnośnie ofert wykonawców ITMdoctor Sp. z o.o. i Evertop Sp. z o.o.

Zamawiający odrzucił oferty czterech wykonawców (w tym trzech wnoszących odwołania), na takiej samej podstawie prawnej co do podstawowych zarzutów, różnicując uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty ITMdoctor Sp. z o.o. w stosunku do odrzucenia ofert wykonawców SoftwareHut Sp. z o.o. i Evertop Sp. z o.o.

Odrzucenie ofert trzech wykonawców, jako przykładowe zostaje przedstawione niżej pierwsze, ze skrótami oraz wyłączeniem cytatów z orzeczeń.

1. Oferta nr 1 – ITMdoctor Sp. z o.o.

Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

I. Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez brak faktycznej i prawdziwej wyceny elementu oferty ujętego jako realizacja etapu drugiego zamówienia (realizacja usług w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie według potrzeb zamawiającego w wymiarze nieprzekraczającym 5000 roboczogodzin). Wskazanie w zakresie ceny za wykonanie drugiego etapu przedmiotu zamówienia w formularzu oferty ceny symbolicznej i nierynkowej jest w istocie obejściem wymagań zamawiającego co do osobnej wyceny, stanowiącym, że będzie on musiał zapłacić faktyczną cenę usługi w zakresie nadzoru ukrytą w wycenie za wykonanie części pierwszej przedmiotu zamówienia i nie jest jakiegoś rodzaju "zwykłym" przeniesieniem wartości między pozycjami lecz ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Zamawiający określając wymagania związane z realizacją etapu drugiego określił maksymalny wymiar roboczogodzin, bez gwarancji udzielenia zamówienia w takim zakresie wykonawcy. Ukrycie ceny usługi w zakresie nadzoru w cenie za wykonanie prac związanych z realizacją etapu pierwszego naraża zamawiającego na ponoszenie nieuzasadnionych kosztów na etapie odbioru tych prac i płatności za ich wykonanie. Ponadto nie dokonanie rzetelnej wyceny elementów oferty (jednorazowej opłaty za opracowanie projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych wraz z analizą funkcjonalności ADE i świadczenia usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego) zgodnie z SIWZ, to jest faktycznie pozycja „usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu 50

teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie według potrzeb zamawiającego w wymiarze nieprzekraczającym 5000 roboczogodzin" nie została wyceniona zgodnie z wymaganiami SIWZ, powoduje niezgodność złożonej oferty z SIWZ (wyrok z dnia 14 sierpnia 2014 r., KIO 1543/14).

Skoro Zamawiający wymagał odrębnej wyceny opłaty za opracowanie projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych wraz z analizą funkcjonalności ADE i odrębnej wyceny świadczenia usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego, tak też kształtując wymagania odnośnie płatności, to brak tak

sporządzonej wyceny stanowi niezgodność oferty z SIWZ. Zamawiający nie musi wskazywać dodatkowo żądania, żeby wykazane ceny były realne, bo jest to oczywiste. Wskazanie w cenie opracowania projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych wraz z analizą funkcjonalności ADE faktycznych kosztów świadczenia usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego stanowi ewidentne obejście wymagań Zamawiającego (formalnie cena jest wyższa niż zakazane zero), ale nie niesie ona za sobą wartości majątkowej odpowiadającej, czy to warunkom rynkowym, czy to kosztom faktycznym wskazanym przez samego wykonawcę w ramach usługi z etapu opracowania projektu logicznego (wyrok z dnia 13 listopada 2013 r., KIO 2478/13).

II. Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca w złożonej ofercie wskazał cenę za realizację zamówienia w wysokości: 395 445,00 zł brutto jednocześnie wskazując za realizację etapu pierwszego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych wraz z analizą funkcjonalności ADE cenę 313 650,00 zł brutto, natomiast za realizację etapu drugiego zamówienia polegającego na świadczeniu usługi nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie według potrzeb zamawiającego w wymiarze nieprzekraczającym 5 000 roboczogodzin wykonawca zaoferował cenę 81 795,00 zł brutto wskazując cenę netto za 1 roboczogodzinę w wysokości 13,30 zł co stanowi 16,36 zł brutto za 1 roboczogodzinę. W ocenie zamawiającego zaoferowanie tak niskiej stawki za 1 roboczogodzinę w ramach realizacji etapu drugiego zamówienia wskazuje na przeniesienie kosztów związanych z realizacją etapu drugiego do wynagrodzenia należnego za realizację etapu pierwszego co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności w oparciu o przepis art. 3 ust 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47 poz. 211 z późn. zm.) dalej „u.z.n.k.” 51

Zamawiający nakazał w SIWZ osobne wycenienie usługi sporządzenia projektu logicznego systemu i osobne wycenienie usługi nadzoru nad realizacją tego projektu, przy czym etap pierwszy należało traktować jako gwarantowany, etap drugi określał tylko jego maksymalny wymiar - bez gwarancji udzielenia zamówienia w takim zakresie wykonawcy.

Zamawiający określił w SIWZ jako jedno z pozacenowych kryteriów oceny ofert „Cenę za 1 roboczogodzinę usługi nadzoru (etap 2)” o wadze 50%. Jednocześnie określając w Ogólnych warunkach umowy stanowiących załącznik nr 8 do SIWZ, że płatność za realizację poszczególnych etapów realizacji zamówienia będzie dokonywana etapowo (§ 3 Ogólnych warunków umowy). Przy czym Zamawiający zastrzegł w umowie, że realizacja usług nadzoru określonych w ramach realizacji etapu drugiego będzie każdorazowo zlecana przez zamawiającego wg potrzeb w tym zakresie aż do wykorzystania limitu 5000 roboczogodzin.

W ocenie Zamawiającego wykonawca celowo zaniżył stawkę za 1 roboczogodzinę i dokonał przeniesienia kosztów związanych z realizacją etapu drugiego do kosztów związanych z realizacją etapu pierwszego. W efekcie takie działanie wykonawcy zmierza do sztucznego zawyżenia punktacji, którą wykonawca spodziewała się uzyskać w kryterium oceny ofert „Cenę za 1 roboczogodzinę usługi nadzoru (etap 2)” o wadze 50% jednocześnie znacznie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zaoferowali realne rynkowe stawki za 1 roboczogodzinę, nie obarczając jednocześnie zamawiającego kosztami realizacji etapu drugiego, w wysokość ewentualnie naliczonych kar umownych będzie bardziej korzystna dla wykonawcy, a tym samym kary utracą swoją funkcję w szczególności jako mechanizm dyscyplinujący Wykonawcę. Zamawiający nie ma oczekiwanej przy konstruowaniu zamówienia gwarancji, że wykonawca będzie realizował zamówienie w sposób należyty gdyż wysokość ewentualnych kar umownych będzie w efekcie na tyle niska, że wykonawca może uznać, że brak należytej staranności w realizacji zamówienia nie stanowi dla niego faktycznego ryzyka biznesowego. Zamawiający faktycznie te koszty już by bowiem zapłacił, a suma naliczonych kar nie przewyższyłaby ostatecznego zysku jaki uzyskał wykonawca przenosząc koszty realizacji etapu drugiego do etapu pierwszego. Taka sytuacja w kontekście zastosowanego modelu liczenia kar umownych stwarza zagrożenie, że wykonawca wcale nie przystąpi do realizacji drugiego etapu zamówienia lub nie wykona go należyście. Przyjęcie, że Wykonawca oferuje swoje usługi po 13,30 zł netto za roboczogodzinę, czyli faktycznych kosztów świadczenia

usługi stanowiłoby potwierdzenie naruszenia przez Wykonawcę art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Natomiast praktyka polegająca na manipulowaniu przez Wykonawcę faktycznymi kosztami realizacji usługi w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego i faktycznymi kosztami 52

ich ponoszenia w danym etapie stanowi praktykę mającą na celu wymuszenie zakupu usługi przez Zamawiającego działającego w reżimie Pzp u tego wykonawcy i narusza art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że Wykonawca wraz z ofertą przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego – Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. do udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób. Firma Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. jest jednocześnie wykonawcą, który na podstawie umowy nr 51/2014/U z dn. 9 lipca 2014 r., której przedmiotem było przygotowanie „Studium wykonalności projektu Archiwum Dokumentów Elektronicznych” oraz umowy nr 28/2015/U z dn. 19 marca 2015 r., której przedmiotem było dokonanie modyfikacji „Studium wykonalności projektu Archiwum Dokumentów Elektronicznych” przygotował to studium wykonalności, które jest podstawą opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Ustawodawca zawarł w ustawie art. 24 ust. 2 pkt 1 zgodnie, z którym zamawiający wyklucza wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania (...) lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców nie utrudnia uczciwej konkurencji. Zgodnie z przywołanym przepisem gdyby firma Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę fakt, że przygotowane przez nią studium wykonalności stanowi podstawę opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu zamawiający byłby zobowiązany wykluczyć wykonawcę na podstawie przywołanego przepisu. Wykonawca dysponuje zasobami wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób firmy, która uczestniczyła w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia wykonując na zlecenie zamawiającego studium wykonalności do projektu, a jak wynika z przedłożonych referencji faktyczne doświadczenie w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia posiada wyłącznie podmiot udostępniający zasoby, gdyż sam wykonawca takiego doświadczenia nie ma. Pozyskanie takich zasobów stawia wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu oraz przeczy dobremu obyczajom, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą a co za tym idzie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności w oparciu o przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47 poz. 211, z późn. zm.) dalej „u.z.n.k.” W związku z powyższym oferta wykonawcy również 53

podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiąc sprzeczne z dobrymi obyczajami działanie naruszające interes innych przedsiębiorców będących oferentami w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający przedstawił analogiczne uzasadnienia odrzucenia ofert w zakresie: treść oferty nie odpowiada treści SIWZ; złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – pozostałym odwołującym: SoftwareHut Sp. z o.o. – oferta nr 11; Evertop Sp. z o.o. – oferta nr 5: -ze wskazaniem wynagrodzenia przedstawionego w załącznikach nr 7 do SIWZ w kwotach właściwych dla ofert tych wykonawców oraz z wyłączeniem: -nawiązania do wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wobec odwołującego SoftwareHut Sp. z o.o. (wykonawca ten nie był wzywany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy); i z wyłączeniem zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z powodu posługiwania się zasobem innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy, w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób – wobec obu wykonawców: SoftwareHut Sp. z o.o. i Evertop Sp. z o.o.; zarzut ten dotyczy wyłącznie wykonawcy: ITMdoctor Sp. z o.o.

Wskazane w postępowaniu odwoławczym orzecznictwo Izby jako istotne w sprawie – nie w każdym przypadku trafnie – oraz dodatkowe, stanowi:

1. Wyrok z dnia 13 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2478/13: „Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie 54

i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.”

2. W wyroku z dnia 29 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1062/15; KIO 1063/15, odnośnie treści oferty, Izba orzekła: „1. Oferta jest oświadczeniem na przyszłość, deklaracją spełnienia określonego świadczenia. Tego rodzaju oświadczenie, jeśli nie ma za przedmiot świadczenia obiektywnie niemożliwego, stanowi pełnowartościowe źródło stosunku zobowiązaniowego, to zaś nie stanowi twierdzenia o istniejącej rzeczywistości, które mogłoby być rozpatrywane przez pryzmat jego prawdziwości lub nie, ale ma charakter obligacyjny, skutkujący obowiązkiem określonego świadczenia. 2. Skoro w razie oferowania określonego przedmiotu mamy do czynienia z oświadczeniem woli, zobowiązaniem się do spełnienia określonego świadczenia, w czasie, miejscu i na warunkach określonych przez zamawiającego, to samo zobowiązanie się do świadczenia, jeśli w zakresie oferowanego przedmiotu koresponduje z wymaganiami zamawiającego, nie może być uznane za niezgodne z SIWZ w oparciu o przypuszczenia i spekulacje, że wykonawca, w momencie aktualizowania się obowiązku dostarczenia przedmiotu, nie będzie posiadał stosownego tytułu do jego sprzedaży. 3. Jeśli wykonawca zobowiązuje się do spełnienia określonego świadczenia, i to świadczenie spełnia wymagania zamawiającego, trudno zakładać niezgodność oferty z SIWZ. Nie mamy tu do czynienia ze świadczeniem obiektywnie niemożliwym.”

3. W wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII GA 117/09, Sąd Okręgowy w Krakowie wskazał okoliczności związane z wypełnieniem załącznika do oferty przedstawiającego ilość godzin pracy i cenę jednostkową, w kontekście zakwalifikowania takiego opisu jako treści oferty: „Obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem 55

wskazanych w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Następuje to jednak w przypadku, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony. (...) W załączniku do załącznika nr 4A podano bowiem jedynie ilość godzin pracy i cenę godzinową za poszczególne rodzaje prac bez wskazania podstaw kalkulacji godzinowej, czyli bez sprecyzowania źródła tak przyjętych stawek. Taka "informacja" sprowadza się wyłącznie do stwierdzenia faktu, ile według wykonawcy wynosi koszt pracy za godzinę, wobec czego nie zawiera danych umożliwiających ocenę realności takiej oferty. Brak bowiem

punktu odniesienia w postaci czy do cennika usług, czy zasad wyceny. Stąd też prawidłowa jest konkluzja Izby zawierająca się w stwierdzeniu, że de facto zamawiający żądał jakiegokolwiek informacji, której przeznaczenia w specyfikacji nie wskazał oraz że jego stanowisko uznające te informacje za uszczegółowienie wyceny zostało sformułowane na użytek procesu i stanowi niedopuszczalną zmianę wymagań dokonaną po upływie terminu składania ofert.

Wbrew stanowisku zamawiającego wycena poszczególnych opracowań nie mogła być w tej sytuacji potraktowana jako integralny i istotny element oferty, zwłaszcza że - jak wynika z powyższych rozważań - wycena kosztów poszczególnych opracowań w istocie nie miała dla zamawiającego znaczenia. Równocześnie bez punktu odniesienia, jakim jest np. cennik, nie było możliwe sprawdzenie kalkulacji pod kątem rażąco niskiej ceny. Należy tu nadmienić, iż nie budzi wątpliwości okoliczność, że cena była ceną ryczałtową. Oczywiście obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Następuje to jednak w przypadku, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony, a zatem nie dotyczy nin. przypadku, tym bardziej że załącznik 4A został przez wykonawcę wypełniony."

4. Z przywoływanego kilkakrotnie w postępowaniu odwoławczym i fragmentarycznie cytowanego wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 791/13, w sposób przedstawiający odmiennie stanowisko Izby, wynika: „Dla rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należało dokonać wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający ustalił kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Obecność w opisie przedmiotu zamówienia elementów rozliczanych na podstawie ryczałtu nie niweczy faktu, że wynagrodzenie wykonawcy a w konsekwencji i sposób obliczenia ceny oferty ustalane są na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (vide: art. 629 k.c.). Czytelna jest intencja zamawiającego, aby zarówno każda pozycja kosztorysu, jak i całość prac składających się na przedmiot zamówienia została wyceniona i aby cena ta była realna. Nie można obowiązku prawidłowego wypełnienia kosztorysu ofertowego sprowadzać wyłącznie do wymagania o charakterze formalnym. Ujęcie 56

w kosztorysach ofertowych wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert na porównanie ofert konkurujących wykonawców z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Natomiast w toku wykonywania prac prawidłowa wycena umożliwi zapłatę wykonawcy za prace, które rzeczywiście zostały wykonane. Jednocześnie zamawiający mając, w ocenie Izby, na względzie sprawność przeprowadzenia postępowania oraz chcąc ograniczyć ewentualne spory postanowił, że pozycje pominięte lub niewycenione uzna za uwzględnione przez wykonawcę w innych pozycjach kosztorysu.

Dostrzec trzeba przy tym, że zamawiający zarówno formułując dyrektywę wypełniania poszczególnych pozycji kosztorysu, jak i łagodzenia skutków jej braku, nie wskazał zakresu dopuszczalnej zmiany. Nielogiczne byłoby jednak przyjęcie, że każde odstępstwo do wymaganego sposobu wypełnienia kosztorysu jest poważnym błędem wykonawcy, albo że pominięcie pozycji kosztorysu lub ich wyceny może nastąpić przez wykonawcę w sposób całkowicie nieograniczony, ze skutkiem uznania, że zostały ujęte w innym (jakimkolwiek) miejscu kosztorysu. W przeciwnym razie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące sposobu wyceny i zasada zapłaty wyłącznie za prace wykonane stanowiłyby normy puste, co przekreślałoby sens kosztorysowego charakteru wynagrodzenia. Izba wyraża pogląd, że postanowienia dotyczące płatności, sposobu rozliczenia, mogą stanowić istotne wymagania zamawiającego – treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku kosztorysowego wynagrodzenia co do zasady taki przymiot posiadają. W konsekwencji zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba uznała jednak, że - niesporne między stronami - przeniesienie przez przystępującego wartości części pozycji kosztorysu do innych pozycji, nawet przy przyjęciu, że nie odpowiada ono wymaganiom zamawiającego, nie może automatycznie przynieść skutku w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten wskazuje wszakże, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ten z kolei przepis pozwala na poprawienie uchybień o nieistotnym charakterze. Z przywołanego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. wypływa dyrektywa mająca w okolicznościach sprawy znaczenie również dla interpretacji postanowień specyfikacji i rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Po pierwsze: przeniesienie wartości pozycji

jednostkowych jest dopuszczalne w sytuacji, gdy nie będzie miało istotnego znaczenia z punktu widzenia całości oferty wykonawcy. Po drugie: pominięcie pozycji kosztorysowych lub ich wyceny jest dopuszczalne jedynie w razie, gdy są one nieistotne przedmiotowo - z punktu widzenia zakresu oferowanego świadczenia lub wartościowo - z punktu widzenia 57

całości ceny oferty. Wreszcie – co było trafnie podniesione na rozprawie – wykonawca, który pominął część pozycji lub zaniechał ich wyceny, nie może być w sytuacji lepszej, niż wykonawca, który wycenił wszystkie pozycje kosztorysowe, lecz ich cenę przeniósł do innych pozycji, o ile przeniesienie takie pozbawione jest przymiotu istotności. Pogląd przeciwny rażąco naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący domagając się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp pomija kwestię istotności podnoszonych uchybień, a żądanie swoje formułuje wyłącznie wobec faktu dokonanego przeniesienia, co nadaje postawionemu zarzutowi charakter wyłącznie formalny. Już choćby z tego względu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest chybiony. Izba uznała nadto, że w okolicznościach sprawy przeniesienie przez przystępującego wartości pozycji kosztorysu ofertowego do innych pozycji nie ma charakteru istotnego. Przede wszystkim dotyczy nielicznej części pozycji - wątpliwości zamawiającego, które stały się podstawą wywodów odwołania dotyczą 185 z ponad 5.000 pozycji kosztorysu. Po wtóre: wycena prac nie została pominięta, ani przeniesiona przez przystępującego do innych pozycji w sposób całkowicie dowolny. Przystępujący wycenił pozycje, gdzie wskazał cenę 0,01 zł, co stało się przedmiotem wezwania do wyjaśnień, w innych pozycjach dotyczących tego samego obiektu. Zatem zapłata za nie zostanie dokonana przez zamawiającego na tym samym etapie wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z istotą wynagrodzenia kosztorysowego. Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prezentowana ocena uwzględnia całość normy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odpowiada również postulatowi wyrażanemu już w orzecznictwie, zgodnie z którym postanowienia specyfikacji podlegają takim samym regułom wykładni, jak przepisy prawa – to znaczy z zachowaniem prymatu wykładni językowej oraz szerokim zastosowaniem wykładni celowościowej.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba zgadza się z poglądem odwołującego, że przenoszenie wartości, które winny być przypisane konkretnej pozycji kosztorysowej do innej pozycji może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskazany w klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby sytuacja taka nie zaszła w okolicznościach sprawy. Przede wszystkim, jak Izba zważyła wcześniej, działanie odwołującego nie miało cech dowolności i w tym zakresie podtrzymuje ocenę wyrażoną w części uzasadnienia dotyczącej art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Rozpoznanie odwołania w granicach okoliczności faktycznych wskazanych w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp doprowadziło Izbę do przekonania, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia. 58

Przede wszystkim złożenie oferty z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia nie stanowi w każdym przypadku czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że wskazany czyn nieuczciwej konkurencji musi być nakierowany na eliminację z rynku innych przedsiębiorców, co nie zostało przed Izbą wykazane.”

5. W uchwale KIO z dnia z 14 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 30/14 przedstawiono następujące okoliczności: Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podał w 10 pozycjach formularza różne stawki pracy sprzętu, w niektórych niższe, w niektórych wyższe od pozostałych wykonawców.

Kontrolujący uznał, że podział kryterium cena (100%) na podkryteria, którym przyporządkowano różne wagi dla poszczególnych pozycji 1-8 waga 40% oraz pozycje 9-10 waga 60%, nie gwarantował wyboru oferty zawierającej najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza mogło doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę. Kontrolujący przywołał wyrok z dnia 26 września 2011 r., sygn. akt KIO 1958/11: „za niedopuszczalne należy uznać przypisanie przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert różnego znaczenia dla

poszczególnych składników ceny w wyliczeniu ostatecznej punktacji w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest de facto cena. (...) Niedopuszczalne jest odmienne (nieproporcjonalne) traktowanie podkryteriów cenowych wyodrębnionych w ramach jednego kryterium cenowego. Wszakże udział każdego ze składników ostatecznej jednostkowej ceny ofertowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy jest równoważny, gdyż w sposób jednakowy wpływa na wysokość ceny i kształt przyszłego wynagrodzenia. Powyższe powoduje, iż wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o tak ukształtowane zasady i proporcje arytmetyczne jest niemożliwy, bez naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy". Konkludując, kontrolujący podniósł, że przy tak skonstruowanym kryterium, ocenie podlega w istocie sposób skalkulowania ceny a nie rzeczywista wartość prac oferowanych przez wykonawcę. Zatem, opis sposobu obliczenia ceny oraz kryteria i sposób oceny ofert nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosnie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazano: ceny jednostkowe mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych pozycji składających się na zamówienie. Wobec powyższego wskazane ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty powinny być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danej pozycji z formularza ofertowego (wskazał wyrok z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1734/12). 59

6. Uchwała KIO/KD 27/16 z dnia 5 maja 2016 r.

„Zdaniem Izby, tylko łączna analiza kilku wzajemnie przenikających się okoliczności może stanowić podstawę do postawienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Pierwszą dostrzeżoną okolicznością było istnienie związku małżeńskiego między przedsiębiorcami. Drugą - wystąpienie układu zależności pomiędzy podmiotami, z których jeden wystąpił w roli podmiotu nadzorującego, a drugi nadzorowanego, co było dodatkowo wzmocnione szerokimi, w ocenie Izby, kompetencjami podmiotu nadzorującego nad nadzorowanym. Trzecią dostrzeżoną okolicznością były zależności między zasobami osobowymi obu podmiotów, które przejawiały się zarówno we wzajemnych występowaniu tych samych osób na stanowiskach kierowniczych i wykonawczych (saperskich) u obu podmiotów, jak też powiązania krzyżowe, tj. sytuacje, w których kierownik prac saperskich występował w jednym postępowaniu, jako szef zespołu wykonawczego, w innym zaś jako szef zespołu nadzorującego. Czwartą okolicznością były niektóre wspólne dane teleadresowe firm. Piątą - szczególne kompetencje małżonka przedsiębiorcy w odniesieniu do ogólnego zarządzania materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do jego żony, nałożone decyzją administracyjną wojewody. Okoliczności te dowodziły bardzo bliskich relacji między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą, co było sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi niezależność pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną i w konsekwencji zagrażało interesowi klienta, czyli zamawiającego, tj. zagrażało należytej realizacji zamówienia.”

Tak samo w uchwale KIO/KD 28/16 z dnia 28 maja 2016 r. – kontrola dotyczyła takiego samego zakresu zamówienia.

7. W uchwale z dnia 2 kwietnia 2015 r. KIO/KD 17/15 wskazano: „Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na określenie przez niego stawki za roboczogodzinę w wysokości 0,50 zł brutto, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W Informacji o wynikach kontroli stwierdzono, że wskazanie w ofercie stawki 0,50 zł brutto stanowiło „manipulowanie” kryteriami oceny ofert w celu uzyskania zamówienia, co także zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę za 1 roboczogodzinę i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, a co z kolei utrudniło im dostęp do rynku mimo zaferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Jak wynika z ustaleń faktycznych, wykonawca zaferował wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ stawkę roboczogodziny na poziomie 0,50 zł brutto. Ceny zaferowane w tym zadaniu przez pozostałych dwóch wykonawców kształtowały się na poziomie: 9,84 zł brutto oraz 12,50 zł brutto.” 60

8. Uchwała z dnia 29 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 67/15: „Podkreślić również należy, że nieprawidłowości wynikają ze sposobu kalkulacji ceny określonej przez wykonawcę w treści oferty, będącej częścią dokumentacji postępowania przetargowego. Sposób zaś realizacji umowy potwierdził jedynie pierwotną manipulację cenami jednostkowymi w ten sposób, że wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie

określonej czynności” wykonawca wycenił na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym i stanowiły podstawę wyceny oferty, natomiast pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone.”

Oceniając postępowanie dowodowe przeprowadzone na rozprawie, z uwzględnieniem faktu, że zakres rozpoznania Izby stanowią zarzuty przedstawione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy), natomiast zarzuty odwołania, to naruszenie przepisów ustawy przez czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu bądź zaniechanie czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy) – Izba uznała, że odwołania podlegają uwzględnieniu.

Ad 1. Odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W stanie faktycznym sprawy, zamawiający żądał przedstawienia cen za dwa etapy przedmiotu zamówienia odrębnie obliczonych z uwzględnieniem zakresów etapów, ale bez wskazania cenników, czy zasad wyceny. Przepisy ustawy precyzując wymagania co do kosztów pracy osób zatrudnionych, zobowiązują wykonawców do uwzględnienia w cenie oferty kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Aktualnie ustawowym minimalnym kosztem pracy przyjętym do kształtowania ceny oferty jest kwota 1850 zł. Jeżeli zamawiający nie konkretyzuje żądania co do kosztów pracy przez wskazanie w opisie sposobu obliczenia ceny oferty kosztów na innym poziomie niż wynikający z ustawy, brak jest podstaw do zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ, skoro w SIWZ nie zamieszczono takiej treści.

W przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty, zamawiający ma ustawowe możliwości, przekształcające się w stosownych okolicznościach w obowiązek – żądana od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (z zastosowaniem 61

ograniczeń wynikających z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy), na które wykonawca może nie reagować, bez jakichkolwiek następstw z tego tytułu, lub wezwania do złożenia wyjaśnień z dowodami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które powoduje skutki określone w ustawie łącznie z odrzuceniem oferty (art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy). Przy czym zakres wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy) nie podlega ograniczeniom, o których stanowią przepisy: art. 25 ust. 1 Pzp (ograniczenie wyłącznie do oświadczeń lub dokumentów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz art. 87 ust. 1 (ograniczenie wyłącznie do treści oferty).

Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10 orzekł: „Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał.”

Procedura wyjaśniająca elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny jest obligatoryjna w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o wskazane w przepisie progi procentowe (30%) od wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Mając na uwadze odrębny sposób obliczenia ceny oferty: Etap I – jednorazowa opłata za wykonanie zakresu objętego zamówieniem, Etap II – wynagrodzenie za jedną roboczogodzinę za sukcesywnie pełniony nadzór w ilości 5000 roboczogodzin (w załączniku nr 7 do SIWZ zostało zamieszczone oświadczenie wykonawcy co do stawki za 1 roboczogodzinę w odniesieniu do ilości 5000 godzin)

– Izba podzieliła stanowisko przedstawione w wynikach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, mających swój wyraz w przywołanych w uzasadnieniu uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej – o zasadności oceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy odrębnie dla każdego z dwóch etapów realizacji przedmiotu zamówienia.

Okoliczności te jednoznacznie wynikają z pisma zamawiającego z dnia 6 lipca 2016 r. – zawiadomienia o odrzuceniu ofert, odpowiedzi na odwołania, pisma procesowego przystępującego złożonego na rozprawie (z dnia 4 sierpnia 2016 r.), w szczególności z załącznika nr 1 przedstawiającego zestawienie i porównanie ofert, z uwypukleniem procentowych relacji: -udział wynagrodzenia z Etapu II w cenie; -Relacja ceny za II Etap do średniej ceny; -Relacja ceny za 1 rbh do średniej ceny. 62

Z zawiadomienia o odrzuceniu ofert, którego treść jest podstawą i wyznacza zakres oceny czynności zamawiającego, wynika że przypisując niezgodność treści ofert z treścią SIWZ, zamawiający w istocie oceniał ceny za 1 roboczogodzinę wskazane dla Etapu II przedmiotu zamówienia.

Słuszne jest stanowisko odwołującego w sprawie KIO 1295/16, że zamawiający nie przedstawił rzeczywistej przyczyny odrzucenia oferty odpowiadającej treści wskazanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, natomiast w uzasadnieniu decyzji odwoływał się do informacji uzyskanych na podstawie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), w sytuacji, gdy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ decyduje ocena zawartości odnoszącej się do treści oferty i ewentualnie wyjaśnienia złożone w granicach oferty na wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

Z treści wskazanego w piśmie z 6 lipca 2016 r. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, orzecznictwa przywołanego w postępowaniu odwoławczym, oceny ofert dokonanej przez zamawiającego przedstawionej w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i ofertach odrzuconych oraz wykonawcach wykluczonych, wynika że zamawiający odrzucił oferty nie na podstawie merytorycznej niezgodności zobowiązania wykonawców przedstawionego w ofertach co do zakresu i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia odpowiadającego wymaganiom przedstawionym w SIWZ, lecz z powodu cen ofert za 1 roboczogodzinę zaoferowanych dla Etapu II przedmiotu zamówienia; podstawa prawna odrzucenia ofert nie odpowiada podstawie faktycznej (okolicznościom przedstawionym w informacji zamawiającego).

Izba podzieliła interpretację przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jednolitą w orzecznictwie, że: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, to niezgodność merytoryczna, co do istoty zobowiązania oferowanego w ofercie w stosunku do opisanego w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 ustawy stanowiący katalog podstaw odrzucenia oferty, przedstawia systematykę podstaw, poczynając od niezgodności treści oferty z ustawą (pkt 1), przez niezgodność z treścią SIWZ (pkt 2), czyn nieuczciwej konkurencji (pkt 3), cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4), błędy w obliczeniu ceny (pkt 6), itd. Słusznie podniósł odwołujący w sprawie KIO 1311/16, że uzasadnienie zamawiającego może odnosić się do okoliczności dotyczących ceny odpowiadających innym przesłankom, ale nie określonym w pkt 2.

Ad 2. Odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazane w piśmie zamawiającego przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to: art. 3 ust. 1 63

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta; art. 15 ust. 1 pkt 1
Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby, okoliczności faktyczne wskazane jako odpowiadające przesłankom, o których mowa w przepisach art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, stanowiącym podstawy zarzutów: odrzucenie oferty z tego powodu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający odpowiednio na: sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia oraz niedozwolonej manipulacji cenami w poszczególnych kryteriach oceny ofert w celu zwiększenia oceny punktowej – stanowią domniemanie faktyczne.

Zamawiający przez przyjęcie dwóch cenowych kryteriów oceny ofert: 40% dla Etapu I i 50% dla Etapu II (cena za 1 roboczogodzinę dla Etapu II stanowi kryterium cenowe), w świetle omówionego wyżej orzecznictwa – niedopuszczalne różnicowanie kryterium

cenowego – doprowadził do sytuacji przedstawionej w odwołaniu KIO 1295/16, a mianowicie – przekazując w SIWZ informację, że wynagrodzenie za 1 roboczogodzinę (o innym znaczeniu – przed zmianą SIWZ), będzie korzystniej punktowane dla Etapu II (niższa cena), wręcz zachęcił do takiego sposobu przedstawienia oferty, by skutecznie mogła konkurować o maksymalną ilość punktów w kryterium cena dla tego etapu zamówienia. Istotą konkurowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia jest kształtowanie ofert w sposób stwarzający szanse na uzyskanie zamówienia, a więc uzyskania największej ilości punktów w kryteriach przyjętych do oceny ofert.

Odwolujący w sprawie KIO 1295/16 przyznał, przedstawiając w logiczny sposób uzasadnienie, że dla Etapu II przyjął stawkę, która odpowiada wymaganiom ustawowym oraz pozwoli na uzyskanie możliwie najkorzystniejszej punktacji. Cena oferty tego wykonawcy i tak jest najniższa ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Przedstawił na rozprawie dowód – w postaci „po symulacji przesunięcia nadwyżki kwoty z Etapu I do Etapu II” wykazując, że dla uzyskania najkorzystniejszej oceny w łącznym kryterium cena i termin wykonania, jakiegokolwiek przesunięcia ceny nie mają znaczenia.

Co do domniemania faktycznego, Sąd Apelacyjny w Lublinie orzekł w wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 134/13, że możliwość zastosowania domniemania faktycznego przewidzianego w art. 231 k.p.c., nie może być interpretowana jako złagodzenie obowiązku udowodnienia faktu przez stronę, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 64

k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.). Oznacza to, że wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji musi być udowodnione, jako spełniające przesłanki wskazane w przywołanych przepisach.

Dla wyczerpania dyspozycji przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk niezbędne jest wykazanie dokonania sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, co doprowadza do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować warunkiem realizacji przesłanki o której mowa kumulatywnie. Dodatkowo celu, w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07 orzekł, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu (np. próba wejścia na rynek).

Powołanie się na przepis art. 3 ust. 1 uznk wymaga wskazania normy prawnej, a także dobrych obyczajów, które zostały naruszone czynnościami wykonawcy. *„Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie konkurencji poprzez rzetelne i niezakłócone funkcjonowanie niezafałszowane współzawodnictwo”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28.06.2007 r., sygn. akt V ACa 371/07).

W świetle warunków zastosowania przywołanych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, trudno jest uznać, że ceny 1 roboczogodziny podane w ofertach wykonawców, wyczerpują przesłanki naruszenia niesprecyzowanych przez zamawiającego dobrych obyczajów, czy sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Należy podkreślić, że we wskazanym orzecznictwie, przede wszystkim w uchwałach, stwierdzone naruszenia są skutkiem oferowania przez wykonawców groszowych cen 65

(przykładowo 0,01 zł; 0,50 zł.) za jednostkę stanowiącą podstawę wyceny; przesunięcia cenowe w pozycjach kosztorysowych liczących ok. 5000 pozycji były dozwolone przez zamawiającego – KIO 791/13; zrzuty naruszenia przepisów w takich przypadkach (wskazane

w uchwałach) były uzasadnione; w wyroku 791/13 Izba nie uznała zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

W rozpoznawanej sprawie występują dwie pozycje cenowe, jednorazowa opłata oraz wynagrodzenie za 1 roboczogodzinę. Zamawiający nie odniósł się do przedstawionego w odwołaniu KIO 1311/16 wpływu zmienionego opisu roboczogodziny na cenę 1 roboczogodziny. Ceny netto (wg zestawienia przedłożonego na rozprawie) za 1 roboczogodzinę kształtują się ze znacznym zróżnicowaniem – od 11,50 zł do 178,86 zł, podobnie podział całościowych cen ofert na 2 etapy.

Rękojmia należytego wykonania zamówienia i funkcja kar umownych zostały podniesione marginalnie jako skutek cen za 1 roboczogodzinę dla Etapu II zamówienia; nie stanowią zarzutu skutkującego odrzuceniem ofert, nie stanowią też zarzutów odwołań.

Izba nie podzieliła oceny zamawiającego, że oferta wykonawcy ITMdoctor Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy wobec sprzeczności z dobrymi obyczajami z powodu korzystania z zasobów firmy Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. (na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy), która przygotowała studium wykonalności – stanowiącego podstawę opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. W piśmie z 6 lipca 2016 r. zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia potwierdzającego naruszenie przepisów uznk, załączył natomiast do odpowiedzi na odwołanie plik wydruków korespondencji elektronicznej w tej sprawie, niewskazującej związku z podstawą odrzucenia oferty.

Ad 3. Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy (dotyczy oferty odwołującego ITMdoctor Sp. z o.o.).

Na podstawie przedłożonej kopii oferty, Izba ustaliła, że odwołujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa składając oświadczenie o zastrzeżeniu oraz uzasadnienie zastrzeżenia – str. 25-28 (zastrzeżenie); str. 29-52: wykaz usług (z potwierdzeniem należytego wykonania usług); wykaz osób (dane personelu wykonawcy – potwierdzenie wymagania względem potencjału kadrowego wykonawcy); zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Zamawiający utrzymał tajemnicę przedsiębiorstwa str. 29-40; odtajnił str. 41-52:
1. Zobowiązanie innego podmiotu – udostępniony zasób wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia (nazwa odpowiadająca przedmiotowi zamówienia, nazwa odwołującego, data 8 66

marca 2016 r.; 2. Wykaz usług wykonanych przez odwołującego – łącznie na rzecz 7. podmiotów sektora publicznego; 3. Częściowe protokoły odbioru z 02.10.2014 r., z 01.06.2015 r.; 4. Protokół odbioru zadania 1 z 30.09.2013 r.; 5. Protokół odbioru wykonania przedmiotu umowy z 20.10.2015 r.; 6. Załącznik nr 4 do umowy – protokół odbioru produktu 09-15.10.2013 r. – 2 egz.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z tego faktu wywodzi skutki prawne. Zamawiający uzyskał w szczególności możliwość ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są. Zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności zastrzeżenia w oparciu o przepisy u.z.n.k. Ocena zamawiającego w tym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do wpływu składania ofert. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów u.z.n.k.,

zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. (...). Zachowuje aktualność stanowisko Sądu Najwyższego (uchwała z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05), aprobujące możliwość dokonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, w przypadku wątpliwości co do wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty – na podstawie opinii UZP: „*Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.*” (www.uzp.gov.pl) 67

Z powyższego wynika, że zamawiający udostępnił informacje objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli nie zostały zastrzeżone w sposób wskazany w art. 8 ust. 3 ustawy lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.nk.

Z cytowanej opinii nawiązującej do uchwały Sądu Najwyższego wynika, że zamawiający powinien wystąpić do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości. Nieuzasadnione odtajnienie zastrzeżonych informacji może spowodować konsekwencje, o jakich stanowi przepis art. 23 u.z.nk.

Ad 4. Naruszenie przepisów art. 90 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy (ITMdoctor Sp. z o.o.); zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty (SoftwareHut Sp. z o.o.).

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy uprawnia zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w każdej sytuacji powzięcia wątpliwości co do realności ceny oferty, natomiast w przypadku gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, wezwanie jest obligatoryjne. Zamawiający wzywał dwukrotnie odwołującego ITMdoctor Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, nie przedstawił stanowiska jako negatywnej oceny wyjaśnień, natomiast odwołujący SoftwareHut Sp. z o.o. nie był wzywany w tym trybie do złożenia wyjaśnień. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy nie stanowił podstawy odrzucenia ofert. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie ma zastosowania do czynności badania ceny oferty.

Ad 5. Zamawiający przesłał uzasadnienie odrzucenia oferty skutecznie zakwestionowane w odwołaniu.

Ad 6. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy doznaje naruszenia, jeżeli oferta nie została wybrana zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Ad 7. Naruszenie przepisów art. 7 ust. 1-3 ustawy jako zasad udzielania zamówień publicznych, jest skutkiem naruszenia przepisów szczególnych związanych z prowadzonym postępowaniem.

Izba uznając, że naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – oferty odwołujących z najniższymi cenami dla Etapu II zostaną poddane ponownemu badaniu, uwzględniła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

68

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpisy uiszczone przez odwołujących w kwocie 45 000 zł oraz zasądziła na rzecz odwołujących uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań (po 15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocników (po 3 600 zł), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

69