

Sygn. akt KIO 512/18

Sygn. akt: KIO 512/18

WYROK

z dnia 29 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 marca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2018 r. przez odwołującego: ISCG Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Sprawiedliwości Al. Ujazdowskie 11; 00-567 Warszawa

przy udziale wykonawcy: ASSECO Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża ISCG Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ISCG Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa tytułem wpisu od odwołania:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie

Pismem z dnia 19 marca 2018 r do Prezesa KIO wpłynęło odwołanie, które złożył ISCG sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 178 02-486 Warszawa zwany dalej „odwołującym”.

Odwołanie złożono w postępowaniu, które prowadzi Ministerstwo Sprawiedliwości Al-Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”.

Ogłoszenie o zamówieniu Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: Dz.Urz.U.E. 3017/S 167-343889 z dnia 01.09.2017.

Przedmiot zamówienia: Wsparcie techniczne rozwiązań informatycznych opartych o technologie firmy Microsoft znak sprawy: BA-F-II-3710-34/17.

Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, wniesiono odwołanie na czynności zamawiającego obejmujące: 1.badanie i ocenę ofert, 2.niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i bezpodstawne uznanie, że złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, 3. bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, że zawiera rażąco niską cenę,4. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Asseco Poland S.A. Powyższym czynnościami zarzucił naruszenie: 1.art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, 2.art.89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, 3.a w ich wyniku naruszenie art. 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i odrzucenia oferty Odwołującego, 2. dokonanie ponownej oceny ofert a w jej wyniku wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie Odwołujący wnosi o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w niniejszym odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody, w przypadku utrzymania decyzji Zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego to oferta Odwołującego, jako najwyższej punktowana w obu kryteriach oceny ofert, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego prowadzi do możliwości powstania szkody po stronie Odwołującego.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał wiadomością e-mail na adres poczty Odwołującego w dniu 09.03.2017 r. Mając na uwadze art. 185 ust 8 ustawy Pzp. odwołujący wskazuje, że odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem przepisane terminu.

Z uwagi na okoliczność, iż w uzasadnieniu odwołania znajdują się informacje zawarte w wyjaśnieniach zastrzeżone jako TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zatem Odwołujący podtrzymuje swoje zastrzeżenie i wnosi o nieujawnianie ich innym podmiotom i wyłączenie jawności rozprawy przed KIO w tym zakresie (zmiana stanowiska na posiedzeniu co do wyłączenia jawności rozprawy - odwołujący zrezygnował z wyłączenia jawności rozprawy ale pod warunkiem nie ujawniania takich danych jak - imiona nazwiska, kwoty wynagrodzenia z umów z pracownikami - vide

protokół z rozprawy).

W związku z tym przedstawiając uzasadnienie nie zawiera ono informacji mogących naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

W dniu 09.03.2018 r., Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty i wyborze w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. Po dokonaniu analizy uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, Odwołujący powziął

uzasadnione wątpliwości w zakresie prawidłowości oceny dokonanej przez Zamawiającego i uznaje, że Zamawiający naruszył tym samym przepisy ustawy Pzp.

W dniu 20.12.2017 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia szczegółowej kalkulacji i złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia łącznej ceny oferty, w szczególności w zakresie:

oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265); wskazania, czy łączna cena brutto oferty obejmuje całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia wymagany w SIWZ, w szczególności czy obejmuje koszt związany ze świadczeniem wsparcia technicznego dla: Active Directory, PKI, MS Exchange, MS SCOM, MS SCCM, MS SQL, MS Orchestrator, serwery proxy (TMG/UAG) oraz usług na systemach Microsoft: MS Windows 2008 Server, MS Windows 2008 R2 Server, MS Windows 2012 Server, MS Windows 2012 R2 Server, MS SharePoint, w wymiarze 8000 osobogodzin przez okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy.

Odwołujący w dniu 02.01.2018 r. przesłał do Zamawiającego wyjaśnienia wraz z dowodami na okoliczności w nich wskazane. Dowód: wezwanie Zamawiającego z dnia 20.12.2017 r. i wyjaśnienia Odwołującego z dnia 02.01.2018 r. W dniu 24.01.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonych wyjaśnień w zakresie wątpliwości wyrażonych w treści wezwania. Odwołujący w dniu 31.01.2018 r. przesłał do Zamawiającego szczegółowe wyjaśnienia w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Dowód: wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień z dnia 24.01.2018 r. i wyjaśnienia Odwołującego z dnia 31.01.2018 r. W dalszej części odwołania znajdują się informacje wskazane w wyjaśnieniach zastrzeżone jako **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA** w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16.04.1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.). zatem

Odwołujący podtrzymuje swoje zastrzeżenie i wnosi o nieujawnianie ich innym podmiotom.

Część uzasadnienia obejmująca **TAJEMNICĘ PRZESIEBIORSTWA** - w związku z tym usunięto elementy chronione tajemnicą przedsiębiorstwa

Zamawiający negatywnie ocenił wyjaśnienia Odwołującego, wskazując w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na następujące okoliczności: 1., (...) Wykonawca nie przedstawił wystarczających i wyczerpujących wyjaśnień potwierdzających jednoznacznie kalkulację ceny składającą się na cenę oferty. W przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnieniach podano kalkulacje elementów cenotwórczych oferty, które nie są kompatybilne i spójne z podanymi przez Wykonawcę wartościami w formularzu ofertowym oraz w załączonych dowodach. Zamawiający w dniu 20 grudnia 2017 r., działając na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia łącznej ceny oferty. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych kalkulacji w stosunku do ceny oferty oraz załączenia na ich potwierdzenie stosownych dowodów. Wykonawca przedstawiając swoje stanowisko, przedłożył dowody w postaci umów osobowych. Informacje zawarte w tych umowach w żaden sposób nie korelują ze stawkami zawartymi w formularzu ofertowym. Z przekazanego stanowiska nie wynikało, w jaki sposób podane tam wartości wpłynęły na kalkulację określonej ceny oferowanej za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może zgodzić się z tym twierdzeniem wskazując, iż w obu złożonych wyjaśnieniach szczegółowo opisał Zamawiającemu sposób obliczania ceny oferty, przyjęty z uwagi na sposób w jaki Zamawiający opisał przedmiot zamówienia. Zgodnie z pkt 5.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wsparcie techniczne rozwiązań informatycznych opartych o technologie firmy Microsoft o łącznej pracochłonności do 8.000 osobogodzin, obejmujące zadania określone w Załączniku nr 1 do umowy — Opisie Przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie wsparcia technicznego dla rozwiązań informatycznych opartych o technologie firmy Microsoft, w wymiarze 8000 osobogodzin przez okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy. Zakres wsparcia będzie obejmował: obsługę, budowę, rozbudowę, konfigurację, rozwiązywanie incydentów, monitoring, analizę, poprawę bezpieczeństwa, zapewnienie ciągłości i niezawodności działania oraz usuwanie awarii. W ramach wsparcia Wykonawca przeprowadzi analizę bieżącego stanu środowiska i dokona optymalizacji pod względem niezawodności, dostępności i zapewnienie bezpieczeństwa wspieranych systemów. Wsparcie świadczone przez Wykonawcę powinno również obejmować wdrożenie nowych wersji systemów objętych

wsparciem, przygotowywanie dokumentacji projektowych, utrzymaniowych, procedur

administracyjnych i odtworzeniowych środowisk objętych wsparciem z użyciem narzędzi będących w posiadaniu Zamawiającego firmy Microsoft. W ramach świadczenia przez Wykonawcę wsparcia technicznego, Zamawiający przewiduje bezpośrednie wsparcie w siedzibie Zamawiającego przy ul. Czerniakowskiej 100 w Warszawie. W szczególnie uzasadnionych przypadkach losowych Zamawiający dopuszcza wsparcie zdalne po każdorazowym wyrażeniu zgody przez Zamawiającego. Wsparciem technicznym objęte będą:

Active Directory, PKI, MS Exchange, MS SCOM, MS SCCM, MS SQL, MS Orchestrator, serwery proxy (TMG/UAG) oraz usług na systemach Microsoft: MS Windows 2008 Server, MS

Windows 2008 R2 Server, MS Windows 2012 Server, MS Windows 2012 R2 Server, MS

SharePoint(...)" Zarzut Zamawiającego jest w tym zakresie bezpodstawny z uwagi na to, że Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkulacje i wyjaśnił skąd biorą się rozbieżności pomiędzy kwotami z załączonych umów a stawkami przyjętymi w kalkulacji. W wyjaśnieniach pierwotnych wskazał, iż: „ (...) Kwota podana w Formularzu Ofertowym (954.480,00 zł brutto) wynika z kalkulacji kosztu 1 roboczogodziny świadczonej usługi, w której uwzględniono poniższe koszty pośrednie ponoszone przez Wykonawcę oraz maksymalną liczbę godzin świadczenia usługi przewidzianą przez Zamawiającego tj. 8000h wraz z uwzględnieniem planowanego zysku. Po uwzględnieniu kosztów wskazanych poniżej Wykonawca przyjął maksymalną stawkę za 1 roboczogodzinę świadczonej usługi, co w sumie daje określoną kwotę brutto. Pozostała kwota stanowi zakładany zysk Wykonawcy. Dla takiego poziomu zysku założyliśmy, że w ramach umowy pracują osoby tylko z grupy o (...). Jest to grupa (...). Jednocześnie jeden z pracowników nie jest w stanie świadczyć usług dla większej liczby

godzin niż (...) w ramach całego przewidzianego zakresem umowy okresu, czyli umowę, aby

ją zrealizować w pełni muszą świadczyć min. (...) osoby. Koszty osobowe dla stawki godzinowej podano przy założeniu „h pracy w miesiącu”. W wyjaśnieniach dodatkowych Odwołujący podniósł następujące: (...) Wykonawca w celu dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, przyjął założenie oszacowania maksymalnej stawki roboczo godziny, która będzie uwzględniać wszystkie koszty realizacji usługi rozłożone w maksymalnym czasie 36 miesięcy. Wynika to ze sposobu i zakresu opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia tj. maksymalnie 8000 h w terminie maksymalnie 36 miesięcy, przy konieczności zapewnienia specjalistów z każdego obszaru zapotrzebowania tj. Active Directory, PKI, MS Exchange, MS SCOM, MS SCCM, MS SQL, MS Orchestrator, serwery proxy (TMG/UAG) oraz usług na systemach Microsoft: MS Windows 2008 Server, MS Windows 2008 R2 Server, MS Windows 2012 Server, MS Windows 2012 R2 Server, MS SharePoint. Ponieważ Wykonawca dysponuje osobami wymaganymi przez Zamawiającego na podstawie zawartych umów o współpracy/o pracę, i w przypadku uzyskania zamówienia może oddelegować danego specjalistę do pracy na rzecz Zamawiającego zgodnie z jego aktualnym zapotrzebowaniem, nie ponosi kosztów dodatkowego zaangażowania takiego personelu konkretnie pod ten projekt(...). W tabeli nr 1 koszty osobowe dla wszystkich grup specjalistów Wykonawca wskazuje na miesięczne średnie wartości które różnią się od kwot wynagrodzenia wskazanych osób podanych w umowach o pracę/współpracę. Ponieważ w przypadku grup Specjalistów AD, Exchange System Center, Zamawiający wymaga przedstawienia po 2 specjalistów, a wskazane w wykazie przez Wykonawcę osoby mają wynagrodzenie w różnej wysokości, do oszacowania stawki godzinowej pracy w ramach przedmiotowego zamówienia Wykonawca przyjął średnie wynagrodzenie dla danej grupy specjalistów (suma miesięcznego wynagrodzenia obu specjalistów/2). O ile Zamawiający decyduje o zapotrzebowaniu specjalistów z danego obszaru, to Wykonawca może oddelegować osobę przez siebie wyznaczoną do tych prac(...). Jednocześnie wyjaśniamy, że powyższe zestawienie (tabela nr 1) miało na celu oszacowanie stawek godzinowych danych członków personelu wynikających z warunków zatrudnienia -a załączone umowy potwierdzać ich realność". Dodatkowo w kwestii zarzutu dotyczącego braku korelacji kwot wynikających z załączonych do wyjaśnień umów personelu Odwołujący wskazuje, że nie odnosi się on do stanu faktycznego niniejszej sprawy, bowiem Zamawiający mógł odnosić wyjaśnienia złożone przez Odwołującego jedynie do kwoty wskazanej przez Wykonawcę w pkt.3 Formularza oferty. Zgodnie bowiem z pkt 14. SIWZ OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY 14.1. Wykonawca w Formularzu Ofertowym określi łączną cenę oferty brutto za realizację przedmiotu zamówienia. 14.2. Wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. W związku z tym nieuprawnionym jest twierdzenie Zamawiającego, że kwoty wskazane przez Wykonawcę w wyjaśnieniach miały odpowiedniki stawek podanych w formularzu oferty Odwołującego, z uwagi na to, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał podania jakichkolwiek stawek czy to osobowych czy też innych z wyjątkiem ceny za cały przedmiot zamówienia. Ponadto twierdzenie, że w wyjaśnieniach Odwołujący wskazał elementy ogólnikowe również nie może zostać uznane za adekwatne do stanu faktycznego, bowiem Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację wszystkich elementów

uwzględnionych przy wycenie oferty, opisując w jaki sposób przyjął koszty wskazane w tabeli nr 4 podsumowującej składniki przyjęte w wycenie oferty, zatem trudno stwierdzić jakie jeszcze inne aspekty wyjaśnień Zamawiający oczekiwał do wskazania. Ogólnikowość wyjaśnień mogłaby zostać stwierdzona gdyby Odwołujący poprzestał na wskazaniu jednej globalnej stawki za roboczo godzinę, bez wyszczególnienia kosztów składających się na taką stawkę, co w niniejszym stanie faktycznym nie miało miejsca.

3. Zamawiający w uzasadnieniu podnosi, że: () Z uwagi na różnice cenowe wskazane w wyjaśnieniach w stosunku do pierwotnej oferty Zamawiający w dniu 26 stycznia 2018 r. wystąpił także do Wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia, które pozwoliłyby Zamawiającemu na dokonanie oceny. W przedstawionych wyjaśnieniach sam wykonawca potwierdza, że przyjęte wartości kosztów osobowych różnią się od wynagrodzenia osób wskazanych w umowach o pracę/współpracę(...). Zgodnie z wyjaśnieniami w pkt. 1 i 2 Odwołania, Odwołujący wskazuje, że niezrozumiałym i nieuzasadnionym jest twierdzenie Zamawiającego o różnicach cenowych wskazanych w wyjaśnieniach w stosunku do pierwotnej oferty, skoro cena oferty podana w Formularzu ofertowym jest tożsamą z ceną wynikającą z kalkulacji przyjętej w wyjaśnieniach, natomiast stawki za poszczególne elementy kosztów cenotwórczych nie były wymagane przez Zamawiającego w SIWZ do wskazania w Formularzu oferty. W złożonych dodatkowych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał Zamawiającemu z czego wynikają różnice pomiędzy kwotami wynagrodzeń dla personelu załączonymi do wyjaśnień a kwotami przyjętymi do kalkulacji ofertowej. W tabeli nr 1 koszty osobowe dla wszystkich grup specjalistów Wykonawca wskazuje na miesięczne średnie wartości które różnią się od kwot wynagrodzenia wskazanych osób podanych w umowach o pracę/współpracę.

Ponieważ w przypadku grup Specjalistów AD, Exchange System Center, Zamawiający wymaga przedstawienia po 2 specjalistów, a wskazane w wykazie przez Wykonawcę osoby mają wynagrodzenie w różnej wysokości, do oszacowania stawki godzinowej pracy w ramach przedmiotowego zamówienia Wykonawca przyjął średnie wynagrodzenie dla danej grupy specjalistów (suma miesięcznego wynagrodzenia obu specjalistów/2). O ile Zamawiający decyduje o zapotrzebowaniu specjalistów z danego obszaru, to Wykonawca może oddelegować osobę przez siebie wyznaczoną do tych prac. W tabeli załączonej w wyjaśnieniach Wykonawca wskazał koszty średnie dla dwóch specjalistów w danej grupie, tak aby móc przyjąć średnią stawkę godzinową dla danej grupy specjalistów. Takie założenie podyktowane zostało sposobem jakim Zamawiający opisał rozmiar przedmiotu Zamówienia, tj. maksymalnie 8000 roboczogodzin bez wyszczególnienia puli godzin poszczególnych specjalistów. Ponadto dla obu Specjalistów Exchange nie ujęto kwoty ... zł, która obejmuje koszty ponoszone przez osoby związane z używaniem samochodu do podróży służbowych -koszt ten nie wlicza się do założeń realizacji przedmiotowego zamówienia z uwagi na to, że nie jest to kwota wynagrodzenia, a przedmiot realizowany będzie na terenie Warszawy -czyli bez konieczności wyjazdów służbowych dla tych specjalistów. Na potwierdzenie tej okoliczności załączamy kopie umów na korzystanie z samochodu. Dla dwóch osób w tabeli przyjęto stawkę wynagrodzenia za pełen etat obliczoną dla całego etatu—tj. . x ... zł -oba są zatrudnieni na % etatu stąd na umowach widnieją kwoty odpowiadające temu wymiarowi”. W ocenie Odwołującego Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę złożonych w tym zakresie wyjaśnień, bowiem poprzestaje na stwierdzeniu nie odnoszącym się do informacji złożonych w w/w za kresie. 4. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż: C..) Wykonawca w udzielonych dodatkowych wyjaśnieniach wskazuje także na omyłkowo przyjęte kwoty wynagrodzenia oraz na brak możliwości oszacowania miesięcznego danego specjalisty. Zatem załączone dowody nie są spójne z kalkulacją ceny oferty i nie potwierdzają w sposób matematyczny zawartych tam danych, co w istotny sposób nie pozwala uznać takiej kalkulacji za właściwą, sporządzoną bez naruszenia zasad rynkowych dotyczących kalkulacji ceny bez czynników wpływających na jej obniżenie znajdujących faktyczne uzasadnienie. Nie przedstawiono zatem żadnych szczegółowych informacji pozwalających na zweryfikowanie zaoferowanej ceny i uznanie, że nie jest ona rażąco niska. Wykonawca tym samym nie udowodnił, że oferta jego nie zawiera rażąco niskiej ceny, i tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny() Odwołujący w dodatkowych wyjaśnieniach wskazał, że w złożonej kalkulacji omyłkowo przyjął do wyliczeń kosztów biura (nie związanych wprost z zaangażowaniem ekspertów wymaganych w ofercie) kwotę wyższą dla Koordynatora niż wynikała z jego umowy, przy czym różnica ta była na korzyść Odwołującego i pomyłka ta nie ma wpływu na realność ceny ofertowej, gdyż faktycznie po zmianie tej kwoty Wykonawca powinien przyjąć mniejszy koszt obsługi Koordynatora.

Zwracamy uwagę, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał określenia ani stawek

godzinowych ani tym bardziej miesięcznych dla personelu zaangażowanego w realizację zamówienia. Z uwagi na to w jaki sposób Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, określając jedynie maksymalny limit godzin świadczenia usług w okresie 36 miesięcy, nie wskazując przy tym ile godzin w danym miesiącu będzie wymagał do realizacji od wykonawcy, zatem bezpodstawnie na tym etapie postępowania oczekuje takowych wyliczeń. Odwołujący miał prawo do przyjęcia własnej metodyki kalkulacji oferty i o ile w przypadku kosztów stałych (biuro, wadium, gwarancja należytego wykonania umowy) jest w stanie wyliczyć koszty miesięczne w oparciu o 36 miesięczny okres świadczenia usług, o tyle w przypadku kosztów osobowych -tj. zaangażowania poszczególnych specjalistów w danym miesiącu -nie jest to możliwe, z uwagi na to że Zamawiający nie określił ile maksymalnie godzin danego specjalisty w danym miesiącu będzie angażował. Dlatego Odwołujący w oparciu o stawki wszystkich specjalistów wyliczył stawkę średnią dla danej grupy cenowej specjalistów i spośród wszystkich grup specjalistów przyjął maksymalną stawkę średnią jako bazowa do wyliczenia ceny za 8000 roboczogodzin, czyli maksymalną pulę wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia. W obu złożonych wyjaśnieniach kwestia ta została Zamawiającemu wskazana. Twierdzenie o braku przedstawienia szczegółowych informacji pozwalających na zweryfikowanie za oferowanej ceny jest bezpodstawne, bowiem Odwołujący zarówno w pierwszym wyjaśnieniu, w którym opisał szczegółowo elementy kalkulacji, które przyjął do wyceny, jak również w wyjaśnieniach dodatkowych przedstawił tabelę uwzględniającą wszystkie wskazane wcześniej elementy z rozbiciem na ceny jednostkowe, co zostało wskazane w Tabeli nr 3, zgodnie z założeniami wskazanymi w wyjaśnieniach :v(...)W tabeli nr 3 chodziło o pokazanie wszystkich czynników cenotwórczych przyjętych przez Wykonawcę do oszacowania wartości 1 roboczogodziny w maksymalnym okresie 36 miesięcy.

Przy czym kwota zł została podana jako bazowa do wyliczenia stawki

godzinowej dla specjalisty z najdroższej grupy cenowej. Faktyczny koszt wynagrodzenia miesięcznego dla specjalistów nie jest możliwy do oszacowania bo jest to wynik zapotrzebowania Zamawiającego w maksymalnym zakresie 8000 h.

Dlatego aby lepiej zobrazować przyjęty sposób wyliczenia ceny poniżej przedstawiamy zmodyfikowaną Tabelę nr 3. Tabela 1. Podsumowanie kosztów dla

max kwot kosztów osobowych Opis pozycji kosztowych Okres trwania Umowy

(.....)

Kwota podana w Formularzu Ofertowym (954 480,00 zł brutto) wynika z kalkulacji kosztu 1 roboczogodziny świadczonej usługi, w której uwzględniono poniższe koszty pośrednie ponoszone przez Wykonawcę oraz maksymalną liczbę godzin świadczenia usługi przewidzianą przez Zamawiającego tj. 8000 h wraz z uwzględnieniem planowanego zysku. Po uwzględnieniu kosztów wskazanych poniżej Wykonawca przyjął maksymalną stawkę za 1 roboczogodzinę świadczonej

usługi w wysokości.....zł brutto , co w sumie daje kwotę kosztów.....zł brutto

(tabela 3)".W związku z powyższym zarzuty wskazane w tym zakresie przez Zamawiającego w ocenie Odwołującego są bezpodstawne i nie odnoszą się w ogóle do złożonych wyjaśnień.

5. Odwołujący wskazał w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach na czynniki, które pozwalają mu na przyjęcie wymienionych kosztów na poziomie wskazanym w przedstawionych kalkulacjach tj. wykonawca dysponuje zespołem wysoko wykwalifikowanych specjalistów, obniżone koszty pracy, specjalizacja Wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia niskie koszty działania. Jako dowody na realność stawek dla poszczególnych specjalistów Odwołujący załączył umowy z nimi zawarte, przy czym kwoty wynagrodzeń w załączonych umowach są kwotami za świadczenie usług w określonym wymiarze zatrudnienia. Nie ma w nich stawek godzinowych, bo Odwołujący nie zatrudnia personelu w oparciu o taki sposób wynagradzania. W niektórych umowach wskazane są dodatkowe koszty (opisane w wyjaśnieniach), nie ujęte w kalkulacji, bowiem nie mają przełożenia na zakres świadczonych usług w przedmiotowym postępowaniu. Chodziło jedynie o pokazanie że kwoty te są realne i nie ma podstaw do uznania że zostały wymyślone na potrzeby kalkulacji ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu.

KONIEC TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

Mając na uwadze powyższe w pełni zasadne są żądania odwołania opisane w jego petitum i wnosimy jak na wstępie.

Stanowisko zamawiającego

Pismem z dnia 26 marca 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie przedstawił stanowisko w sprawie jak poniżej.

Wykonawca zaoferował łączną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 954480,00 zł.

W dniu 20.12.2017 r. z uwagi, iż oferta Odwołującego była niższa o 55,91% w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i niższa o 35,73% w stosunku do średniej wartości cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający działając zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy w związku z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy wystąpił do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia łącznej ceny oferty i wyznaczył 11 dniowy termin na złożenie stosownych wyjaśnień.

W dniu 02.01.2018 r. wpłynęły do Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę. Odwołujący odnosząc się do treści wezwania stwierdził, powołując się na wyrok KIO 722/13, z którego wynika między innymi „konieczność odrzucenia ofert z rażąco niską ceną została wprowadzona do ustawy po to, aby wykluczyć nieuczciwych wykonawców”.

Po złożeniu wyjaśnień Zamawiający przeprowadził badanie i ocenę przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień pod kątem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający podnosi, że w przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnieniach, powołuje się on na ogólnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych konkretnych elementów, które można byłoby uznać za zastrzeżone dla tegoż Wykonawcy, wskazujące na sytuację bardziej korzystną od innych Wykonawców, u umożliwiającą mu zrealizowanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Tym samym nie można uznać przedstawionej przez Wykonawcę w wyjaśnieniach argumentacji za wiarygodną i potwierdzającą, że oferta ISCG nie zawiera rażąco niskiej ceny. Takie stanowisko zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO 817/16 z dnia 30 maja 2016 roku, gdzie Izba wskazała, że „Odwołujący w sposób lakoniczny i bardzo ogólnikowy przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia, z których nie sposób wywieść w jaki sposób Odwołujący dokonał kalkulacji ceny oferty, jakie specyficzne czynniki, niedostępne innym Wykonawcom, pozwoliły na oszacowanie przedmiotu zamówienia w sposób w jaki dokonał tego Odwołujący”.

Równocześnie, należy również podnieść, że treść wyjaśnień przedłożonych przez Wykonawcę sformułowana jest w sposób wariantowy, tj. Odwołujący podaje różne warianty (dwa) oszacowania przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego taki sposób kalkulowania ceny oferty budzi u Zamawiającego wątpliwości również w kontekście wymagań postawionych w SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Zamawiający podnosi, że przedstawiona w wyjaśnieniach wariantowość kalkulacji może potwierdzać na niewłaściwy sposób interpretacji treści SIWZ przez ISCG, a co się z tym wiąże zaoferowanie ceny brutto oferty nieodpowiadającej niezbędnym nakładom na realizację przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 2 stycznia 2018 r. wskazują, że skalkulował cenę oferty przy zaangażowaniu specjalistów w wymiarze 8000 godzin na kwotę 918 072,00 zł brutto, zaś w drugim wariantcie, potwierdzonym w postaci załączonych dowodów - umów o pracę/współpracę skalkulował wartość zaangażowania specjalistów na kwotę 778 334,96 zł brutto.

Wskazać należy, iż Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przedstawił kalkulację kosztów osobowych, która w żaden sposób nie jest spójna z załączonymi dowodami w postaci kopii umów o pracę/współpracę oraz kosztami obsługi biura. Wykazane przez Odwołującego w wyjaśnieniach koszty osobowe specjalistów nie są zgodne z wartością kosztów osobowych przyjętych przez Odwołującego do kalkulacji ceny oferty. Zamawiający dokonał zestawienia tych kosztów w podziale na osoby wyznaczone przez Odwołującego do realizacji umowy oraz koszty osobowe wynikające z zawartych przez Odwołującego umów.

Jak wynika z przedstawionych w tabeli informacji dla pozycji „Pracownik biurowy” oraz „Koordynator” dane wynikające z wyjaśnień i dane wynikające z dowodów nie są spójne i nie pokrywają się, co uniemożliwia Zamawiającemu ustalenie w jaki sposób odwołujący dokonał kalkulacji ceny oferty.

Sposób przedstawienia przez Odwołującego kalkulacji kosztów budziło poważne wątpliwości co do potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dlatego też Zamawiający, mając na uwadze fakt, iż być może omyłkowo (przez nieuwagę pracowników) załączono niewłaściwe dowody, pismem z dnia 26 stycznia 2018 r. zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, wskazując dokładnie rozbieżności pomiędzy dowodami oraz wartościami podanymi w kalkulacji, które budziły jego wątpliwości. Dowód (wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 26 stycznia 2018 roku).

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia dodatkowe datowane na 31.01.2018 r. nie wykazały, że podana kalkulacja została wykonana w sposób rzetelny i należałyby zgodnie z prawami matematyki. Tym samym nie potwierdziła, że zaoferowana przez Odwołującego łączna cena oferty nie jest rażąco niska.

Wykonawca w złożonych w dniu 31 stycznia 2018 roku kolejnych wyjaśnieniach wskazuje jedynie, iż omyłkowo przyjęto kwoty wynagrodzenia w zakresie kosztów prowadzenia biura, pracownika biurowego i koordynatora pracy inżynierów. Wykonawca nie odniósł, się zaś zupełnie do rozbieżności we wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 2 stycznia 2018 r. kosztach osobowych dla wszystkich grup specjalistów w porównaniu do dowodów w postaci umów.

Wykonawca argumentował, iż ta pomyłka nie miała wpływu na realność ceny ofertowej oraz wskazywał, że faktyczny koszt wynagrodzenia specjalistów nie jest możliwy do oszacowania, bo jest wynikiem zapotrzebowania Zamawiającego w maksymalnym zakresie 8000 godzin.

Wobec takiego stanowiska Wykonawcy Zamawiający stwierdził, że nadal nie otrzymał od Wykonawcy informacji o podstawach rozbieżności pomiędzy poszczególnymi elementami wskazanymi w pierwotnych wyjaśnieniach i dowodach, jak też które ze wskazanych elementów stanowią podstawę ustalenia ceny oferty przez Wykonawcę.

Wykonawca nie przedstawił wystarczających i wyczerpujących wyjaśnień potwierdzających jednoznacznie kalkulację ceny potwierdzającą łączną cenę oferty. W przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnieniach podano kalkulację elementów cenotwórczych oferty, które nie są spójne z podanymi przez Wykonawcę wartościami wynikającymi z zawartych umów stanowiących dla Zamawiającego materiał dowodowy, co więcej zawierają w niektórych pozycjach np. zysku inne niż podane w ramach poprzednich wyjaśnień wartości. W pierwotnych wyjaśnieniach zysk wskazywany był na poziomie 36 408,00 zł lub 176 145,04 zł — zależnie od przyjętego wariantu, zaś w drugich wyjaśnieniach Wykonawca wykazuje zysk na poziomie 89 028,33 zł.

Zamawiający podnosi, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia i zastosowane tam stawki powinny w oczywisty matematyczny sposób przekładać się na łączną cenę oferty, a w przypadku przedstawionych dowodów i wyjaśnień przez Wykonawcę nie sposób

przyporządkować wartości do zakresów i dowodów w sposób dający matematycznie w rezultacie koszt - cenę oferty. Odwołujący nie potwierdził, nie udowodnił podanych w wyjaśnieniach wartości oszacowanych elementów cenotwórczych.

Zamawiający jednocześnie potwierdza, że badanie oferty Odwołującego dokonywane było przy uwzględnieniu cen wskazanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach dotyczących łącznej

ceny oferty brutto.

Analizując przedstawione wyjaśnienia i dowody wskazać należy, iż z załączonych dokumentów nie wynika także zakres realizowanych przez personel zadań, co w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzałoby, że osoby te za wskazane w umowach wynagrodzenie będą realizować zadania na rzecz Wykonawcy, w tym objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający w tym miejscu podał przykłady konkretnych osób. Ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa Izba nie przedstawia argumentacji w tym zakresie.

Wobec treści wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Wykonawcę, Zamawiający nie miał wątpliwości, iż przedstawiona kalkulacja jest nierzetelna, niespójna i nie może być przyjęta jako właściwa. Takie stanowisko znalazło także potwierdzenie w orzecznictwie KIO 722/16 z dnia 19 maja 2016 rok, gdzie Izba wskazała, iż „sytuacja prawna Wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania Zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo jest taka sama jak sytuacja prawna Wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu”.

Co więcej, wskazać należy, iż zgodnie z orzeczeniem KIO 1282/16 z dnia 29 lipca 2016 roku „Zamawiający dokonuje oceny zaoferowanej w postępowaniu przez Wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego Wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególnie przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy- informacje jakie przedstawił Wykonawca- powinny umożliwiać Zamawiającemu podjęcie decyzji co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego Wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie” .

Zamawiający wskazują, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, to na Odwołującym jako Wykonawcy składającemu ofertę w odpowiedzi na warunki określone w SIWZ ciąży obowiązek dokonania odpowiedniej kalkulacji ceny oferty.

Wobec powyższego, zarzuty wskazane przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego Zamawiający wnosi i wywodzi jak na wstępie.

Stanowisko w sprawie zajął przystępujący po stronie zamawiającego, który w dniu 27 marca 2018 roku przedstawił następującą argumentację popierającą stanowisko zamawiającego, odnosząc się do następujących zagadnień.

Brak udowodnienia przez Odwołującego, iż cena oferty nie jest rażąco niska

1) Wewnętrzna niezgodność między wyjaśnieniami, a także sprzeczność pomiędzy treścią wyjaśnień a dowodami przedstawionymi na ich poparcie; Ogólnikowość wyjaśnień, brak dowodów na twierdzenia dotyczące szczególnie korzystnej sytuacji;

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szczegółowo omówił niezgodności, które wystąpiły w wyjaśnieniach. Zgadzając się z tą argumentacją Przystępujący wskazuje na wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. (KIO 681/17) , cyt.: „Zamawiający nie ma podstawy do akceptacji wyjaśnień tylko na tej podstawie, że wykonawca złożył w odpowiednim terminie. Znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień; istotne jest, czy pozwalają one na rzeczywiste ustalenie, dlaczego właśnie ten wykonawca mógł zaoferować cenę na niższym poziomie, niż pozostali, przy czym nie tylko należy wskazać czynnik(czynniki) umożliwiające obniżenie ceny, ale konieczne jest wyliczenie realnego kosztu”.

2) Niemożność zgłaszania nowych argumentów i dowodów w toku postępowania odwoławczego. Należy uznać, iż przesądzająca dla oceny czy wykonawca udowodnił realność i rzetelność zaoferowanej ceny jest treść wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 16 października 2017 r. (KIO 1995/17) cyt.: Wykonawca, wobec którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny nie może prezentować nowych okoliczności, nowych założeń w kontekście ustalenia ceny ofertowej, lecz winien dowodzić, że

na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sprostą ciążącym na nim obowiązkiem wynikającym z wezwania". Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 października 2016 r. (KIO 1947/16), cyt.: „Mocą przepisu art. 90 ust 3 p.z.p. o tym, czy wykonawca zaoferował rażąco niską cenę przesądza treść wyjaśnień. Zamawiający nie ma uprawienia do dokonania oceny w oparciu o inne okoliczności niż wynikające ze złożonych wyjaśnień.

Brak uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty wszystkich składowych kosztów w projekcie informatycznym oraz odniesienia do tych kosztów w wyjaśnieniach.

Z udostępnionej treści odwołania oraz odpowiedzi Przystępujący wnioskuje, iż Odwołujący dokonywał wyliczenia bazując jedynie na „kosztach osobowych” (wynagrodzeniach Personelu projektowego oraz osób z zaplecza biurowego). Przystępujący wskazuje, że tak zbudowana kalkulacja nie jest właściwa. Koszty osobowe, które - co należy podkreślić - powinny wynikać z przełożenia kosztów wynikających z umów o pracę na koszty związane z wykonywaniem określonych funkcji projektowych, stanowią jedynie część kosztów w projekcie informatycznym, takim jak w przedmiotowym postępowaniu.

Koszty w projekcie informatycznym można podzielić na następujące grupy:

1) Koszty pracownicze/koszty zapewnienia Personelu oraz odpowiedniego zaplecza dla Personelu zaangażowanego w projekt, w tym:

a. wynagrodzenia stałe pracowników/współpracowników (ważne by ujęci byli wszyscy wymagani specjaliści i w wymaganej liczbie, a kalkulacja dokonana jednoznacznie i rzetelnie w oparciu o dane wynikające z umów o pracę/współpracę), b. wynagrodzenia zmienne pracowników — premia zadaniowa, c. narzuty na wynagrodzenia stałe i zmienne pracowników, d. pozostałe koszty pracy, e. koszty delegacji (związane z wymogiem świadczenia usług w siedzibie Zamawiającego), f. koszty utrzymania majątku, w tym koszty nieruchomości, sprzętu, licencji, materiałów biurowych i eksploatacyjnych oraz ubezpieczenia, g. koszty telekomunikacyjne, h. koszty utrzymania samochodów służbowych, koszty usług prawnych i bankowych b. koszt zarządzania projektem; c. koszt przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do przekazanych Zamawiającemu i objętych danym protokołem odbioru produktów powstałych w wyniku świadczenia usług objętych Umową — zgodnie z Tom II SIWZ Wzór Umowy, par. 7 ust. 9 oraz par. 11 ust. 1 d. koszty związane z utrzymywaniem przez cały okres trwania projektu oraz okres gwarancyjny (łącznie 48 m-cv) odpowiednich kompetencji oraz zdolności do świadczenia wysoce specjalistycznych usług (np. zapewnienie wsparcia technicznego Microsoft)

3) Rezerwy związane z ryzykami biznesowymi i prawnymi umowy: a. ryzyko związane ze zmianami składu osobowego zespołu specjalistów Wykonawcy (z przyczyn naturalnych/obiektywnych/losowych oraz na żądanie Zamawiającego uprawnienie Ministerstwa wynikające z umowy); j. koszty marketingu, k. koszty ogólnego zarządu, 2) Koszty związane z obsługą konkretnego projektu: a. koszty finansowe umowy - zgodnie z pkt. 20.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: Wykonawca, przed podpisaniem umowy, zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 7% łącznej ceny podanej w ofercie w jednej lub kilku formach określonych w art. 148 ustawy Pzp.; b. ryzyko związane z naliczeniem kar umownych oraz odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego; c. koszty wynikające z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa informacji oraz bezpieczeństwa teleinformatycznego, w szczególności wynikające z Polityki Bezpieczeństwa Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Umowy o Powierzenie Przetwarzania Danych Osobowych (wysoka odpowiedzialność, znaczące koszty, zmiana przepisów z zakresu ochrony danych osobowych w toku realizacji projektu); d. ryzyko zlecenia przez Zamawiającego napraw gwarancyjnych, bez wynagrodzenia świadczonych w okresie 12-miesięcznej gwarancji po zakończeniu realizacji zasadniczego przedmiotu umowy;

4) Złożony poziom zysku.

Przystępujący podkreśla, że wszystkie wskazane powyżej pozycje mają wpływ na końcową cenę oferty i nawet jeśli W SIWZ nie było wymogu przedłożenia pełnego kosztorysu, a cena ofertowa ma charakter ryczałtowy — to by mówić o rzetelnym skalkulowaniu oferty muszą one być przez Wykonawcę uwzględnione na etapie konstruowania oferty, a co za tym idzie przywołane w późniejszych wyjaśnieniach, które odwzorować powinny sposób wyliczenia ceny (ze wskazaniem jaki wpływ mają na oferowaną przez danego Wykonawcę cenę łączną czy też cenę za roboczogodzinę usług). Niedopuszczalne jest tworzenie sztucznych konstrukcji dopiero na etapie wyjaśnień. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 lipca 2016 r. (KIO 1237/16: KIO 1269/16), cyt.: „Obowiązkiem wykonawcy, składającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust.

1 p.z.p., w przedmiocie ceny ofertowej jest udowodnienie, że kalkulując cenę dokonał tego na rentownym poziomie przed złożeniem oferty, a nie w dostosowaniu do wezwania zamawiającego."

Przystępujący dokonał zestawienia ofert.

Ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zestawienie ofert:

Oferent;Łączna cena oferty brutto;Stawka za RBH brutto;Stawka za RBH; netto % budżetu

APN Promise	964320	120,54 98	44,55%
ISCG	954480	119,31 97	44,09%
Sansec	2447700	305,9625	248,75
Asseco	1574400	196,8 160	72,73%

Budżet postępowania: 2164 800

Wykonawca APN Promise, którego oferta zawierała podobną ceną sam stwierdził, że, cyt.: "ponowna kalkulacja ceny oferty ujawniła omyłkę, która prowadzi do uznania, że zaoferowana Zamawiającemu cena jest rażąco niska.

W ocenie Przystępującego Odwołujący znajduje się w analogicznej sytuacji jak APN Promise. Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na korzystniejsze w stosunku do innych Wykonawców położenie czy dostępność tylko dla niego szczególnych elementów umożliwiających tańsze świadczenie usług. Cena jego oferty w stosunku do innych ofert oraz budżetu zamówienia ma zatem charakter rażąco niskiej.

Stawki godzinowe oferowane przez Odwołującego w niedawnych postępowaniach o zbliżonym przedmiocie i zakresie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w 2017 r. na „Usługi konserwacji i serwisu rozległej sieci teleinformatycznej w warstwie usługi katalogowej poczty elektronicznej i usług związanych” znak: 17/3/18/17/ (766.html), którego przedmiotem były:

Część 1 - Usługi dla produktów Microsoft: AD, Poczta, SCCM, Bezpieczeństwo

Część 2 - Usługi dla produktów Microsoft: AD, SCCM, VPN, PKI, HyperV, DHCP, Azur
Część 3 - Usługi dla produktów Microsoft: SharePoint
Odwołujący zaoferował następujące stawki za roboczo-godzinę usług: Dla części 1-233 zł Dla części 2 -143 zł Dla Części 3 — 370 zł
W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zaprojektowanie i wytworzenie na infrastrukturze Zamawiającego, skalowalnego, wysokowydajnego i wysokodostępnego klastra bazodanowego opartego o Microsoft SQL Server 2014” w 2015 roku przez Ministerstwo Sprawiedliwości (znak sprawy: BA-F-II-3710-39/15)(

publiczne/zakończone/rok-2015/news.7313,ba-f-ii-3710-3915.html), którego przedmiotem było: Etap 1 — Opracowanie projektu technicznego budowy skalowalnego, wysokowydajnego i wysoko wydajnego klastra bazodanowego MSSQL 2014 Etap 2 — Wdrożenie skalowalnego, wysokowydajnego i wysokodostępного klastra bazodanowego MSSQL 2014, przygotowanie planów utrzymaniowych realizowanych procedurami T-SQL, sporządzenie dokumentacji powykonawczej, oraz instruktaż Etap 3- Wsparcie

Jak już wskazywano powyżej, brak jest dowodów by w niniejszym postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości Odwołujący znajdował się w szczególnie korzystnej sytuacji - ani w porównaniu do innych wykonawców, ani w odniesieniu do swoich wcześniejszych warunków.

Nie ma zatem szczególnych powodów by stawki ofertowe tak znacząco odbiegały od tych oferowanych przez Odwołującego w postępowaniach o zbliżonym przedmiocie i zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów, znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, wskazanych przez uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Wsparcie techniczne rozwiązań informatycznych opartych o technologie firmy Microsoft na

podstawie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w dniu 01.09.2017r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 3017/S 167-343889.

W dniu 9 marca 2018 roku zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego w sprawie, jak o odrzuceniu oferty odwołującego.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyło oferty czterech wykonawców, którzy zaoferowali następujące ceny:

Oferent; Łączna cena oferty brutto; Stawka za RBH brutto; Stawka za RBH; netto% budżetu

APN Promise	964.320;	120,54 98;	98; 44,55%
ISCG	954.480;	119,31;	97; 44,09%
Sansec	2.447.700;	305,9625;	248,75; 113,07%
Asseco	1.574.400;	196,8;	160; 72,73%

Budżet postępowania: 2.164 .800 złotych

Wskutek badania i oceny ofert odrzucono oferty z najniższą ceną to jest oferty: odwołującego i Sansec.

Zamawiający przed podjęciem czynności odrzucenia oferty odwołującego dwukrotnie wzywał go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w myśl art.90 ustawy Pzp. to jest w dniach 20 grudnia 2017 roku i następnie w dniu 24 stycznia 2018 roku używając formuł wezwania wynikających z art.90 a w szczególności wykazania, że jego cena obejmuje koszt związany ze świadczeniem

wsparcia technicznego dla: Active Directory, PKI, MS Exchange, MS SCOM, MS SCCM, MS SQL, MS Orchestrator, serwery proxy (TMG/UAG) oraz usług na systemach Microsoft: MS Windows 2008 Server, MS Windows 2008 R2 Server, MS Windows 2012 Server, MS Windows 2012 R2 Server, MS SharePoint, w wymiarze 8000 osobogodzin przez okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy. Również „Zamawiający oczekuje przedstawienia szczegółowych kalkulacji w stosunku do ceny oraz załączenia na ich potwierdzenie dowodów - o ile jest to możliwe.

Odwołujący w dniu 19 marca 2018 roku wniósł odwołanie zarzucając naruszenie przepisów ustawy Pzp. na podstawie, których odrzucono jego ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę to jest naruszenie art. 90 ust. 3 w związku z art.89 ust.1 pkt 4 oraz art.7 ustawy Pzp. Składając odwołanie zażądał unieważnienia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny ofert a w jej wyniku wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający jak również przystępujący po jego stronie wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Szczegółowe stanowiska jak i żądania odwołującego, zamawiającego oraz uczestnika przedstawione zostały w powyższej części uzasadnienia wyroku.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska i w szczególności podnosiły i argumentowały jak poniżej.

Odwołujący w związku z zastrzeżeniem, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji ujętych w dwukrotnie złożonych wyjaśnieniach Zamawiającego w kierunku RNC (rażąco niskiej ceny) oświadczył, że nie żąda, jak to uczynił w odwołaniu wyłączenia jawności rozprawy i wyraża zgodę, żeby na sali byli obecni przedstawiciele Przystępującego. Nie mniej wnosi o nieprzedstawianie przez strony, jak i też przez Izbę podawania nazw, stanowisk, form zatrudnienia czy współpracy, imion i nazwisk personelu, jak również ich wynagrodzeń, czy to netto, czy brutto.

Zamawiający:

Pan Kazimierz Konieczny oświadcza, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest wsparcie techniczne dla systemu Microsoft, czyli szereg czynności takich jak konfiguracja systemu, instalowanie uaktualnień. Ogólnie ustalono 8 tysięcy godzin do dyspozycji Zamawiającego w tym również od usuwania awarii. Określono systemy, których obsługa dotyczy. Wsparcie techniczne dla produktów Microsoft ma być świadczone co do zasady w dni robocze w godz. 7:30 - 16:30. Chodzi o systemy takie jak KRS, KRK, księgi wieczyste i inne systemy wewnętrzne wykorzystywane przez Zamawiającego - systemy strategiczne dla Zamawiającego. Co do zasady usługa ma być świadczona w siedzibie Zamawiającego, według miejsca oznaczonego w SIWZ, a w szczególnych przypadkach po uprzednim wyrażeniu zgody usługa może być świadczona zdalnie. Zamawiający podkreślił, że ze względu na szczególny charakter prowadzonych rejestrów dostępnych o powszechnym zasięgu, istotne znaczenie ma jego bezawaryjność w obsłudze, dlatego też postawił wysokie wymagania dla osób, które będą świadczyły usługi. Ponieważ są to centralne rejestry. Najistotniejszym elementem świadczenia usługi jest czynnik ludzki i dlatego też określono w SIWZ, że wykonawca ma zagwarantować w ramach tej usługi 8 tys. godzin przez personel, któremu w SIWZ postawiono ściśle określone wymagania, co do kwalifikacji i doświadczenia zawodowego. Powyższe ma istotny wpływ na kalkulację, którą sporządza wykonawca. Zamawiający w celu oszacowania zamówienia tj. jego wartości, 5 lipca 2017 r., na stronie internetowej MS opublikował ogłoszenie, celem złożenia ofert wstępnych przez zainteresowanych potencjalnie wykonawców, co do kwoty oraz na podstawie innych postępowań w oparciu również o informacje, które posiadał Zamawiający w związku z prowadzeniem tego rodzaju postępowań oraz w szczególności na podstawie złożonych ofert wstępnych ustalił wartość zamówienia na brutto 2 164 800 zł brutto. Powyższa kwota została ustalona dnia 12 lipca 2017 r. na podstawie między innymi ogłoszenia z dnia 5 lipca 2017 r. - zaproszenia wykonawców do zaproponowania ceny. W takich sytuacjach z reguły podaje się wykonawcom opis przedmiotu zamówienia, umowę, istotne elementy, które służą wykonawcom do podania propozycji ich cenowej. Okazano treść ogłoszenia 05072017 z podanym tytułem „Wsparcie techniczne rozwiązań informatycznych opartych o technologię firmy Microsoft - planowana ilość 8 tys. osobogodzin w okresie 36 miesięcy” opis w załączniku nr 1. Zamawiający po otwarciu ofert dokonując ich badania stwierdził, że dwie spośród 4 złożonych ofert noszą znamiona RNC, tj. zaoferowane ceny były niższe od ponad 50% od wartości szacunkowej zamówienia i od średniej ceny złożonych ofert o ponad 30%. W związku z tym w dniu 20.12. posługując się formułą określoną w art. 90 ust. 1 zażądał złożenia wyjaśnień w tym szczegółowych kalkulacji w ściśle określonym terminie. W części jawnej wykonawca w piśmie z dnia 02.01. 2018 roku zawarł szereg oświadczeń, z których wynika, że gwarantuje wykonanie zadania, że jego cena nie jest RNC, że nie sprzedaje usługi poniżej kosztów, i że nie jest jego zamiarem utrudnienie dostępu do zamówienia innym wykonawcom.

W dalszej części wyjaśnień oprócz złożonych dokumentów znajduje się również część opisowa, w której podane są kwoty wartości roboczogodziny i kalkulacje tej roboczogodziny dla poszczególnych osób, mających wykonywać zamówienie tj. dla grup specjalistów. Wariantowość dotyczy podania ogólnej stawki roboczogodziny w dwóch różnych wysokościach. Natomiast, jeżeli chodzi o wycenę poszczególnych stanowisk, to Odwołujący podaje dla każdego stanowisko jedną kwotę. Jedynie w przypadku, gdy wymaganych jest 2 specjalistów o tych samych kwalifikacjach to wykonawca wyceniając ich prace podaje dwie różne stawki. W tabeli podaje jedną średnią dla wszystkich specjalistów. Generalnie w związku ze złożonymi w dniu 2.01.2018 roku wyjaśnieniami nie wnosimy zastrzeżeń, co do formy ich przedstawienia, ponieważ jest to formuła, w którą nie ingerujemy. Natomiast naszym celem zwrócenia się do wykonawcy było poznanie czy bardziej szczegółowe kalkulacje i wyliczenia nie wynikające z formularza ofertowego mają odpowiednie przełożenie na funkcjonujące na rynku ceny. Jeśli chodzi o warianty, to pierwszy wariant dotyczył maksymalnej stawki za roboczogodzinę - maksymalne stawki roboczogodziny świadczonej przez wszystkich pracowników, w 2 wariantach przedstawiono uśrednioną cenę roboczogodziny wszystkich specjalistów. (...) Jeżeli chodzi o dokumenty, tołączono takie rodzaje dokumentów jak umowy o pracę, współpracę - są to umowy gdzie wymienia się konkretne osoby. To umowy już zawarte przez wykonawcę np. 2016 r., w których określa się ogólnie przedmiot wykonywanych obowiązków. (...) Nasze wątpliwości, które zrodziły się na podstawie przedłożonych dokumentów części zastrzeżonej dotyczą tego, że nie wynika z tych umów, ani załączników, że te osoby będą wyznaczone do obsługi naszego zamówienia. (...) Komisja przetargowa dokonując oceny przedłożonych wyjaśnień i dokumentów stwierdziła między innymi, że stawki które są podane w części opisowej w postaci roboczogodzin dla poszczególnych specjalistów nie odpowiadają stawkom, które wynikają z miesięcznego wynagrodzenia zawartych umów. (...) Wskazuje na naszą odpowiedź na odwołanie, gdzie jest tabela, w której ujęliśmy występujące rozbieżności między stawkami podanymi w części opisowej i z umów o pracę. (...) W tym stanie rzeczy Zamawiający otrzymując wyjaśnienia pierwsze stwierdził, że nie może dokonać oceny, co do wiarygodności zaproponowanej wyceny pod kątem RNC. Z tych też powodów Zamawiający w dniu 26.01.2018 roku ponownie wezwał wykonawcę do wyjaśnień. Stwierdza, że formułując wezwanie do wykonawcy mieliśmy na uwadze, że zarówno w części jawnej, jak i tajnej części opisowej są ogólne sformułowania o sytuacji wykonawcy w związku z wyceną zamówienia i poprosiliśmy o ich doprecyzowanie, także w tym wezwaniu wskazaliśmy na 3 tabele w dotychczasowych wyjaśnieniach, które zupełnie są rozbieżne z załączonymi umowami, rozbiegają się. Komisja przetargowa dokonując badania złożonych wyjaśnień powziła wątpliwość czy czasem te rozbieżności nie wynikają wprost z pomyłek osoby, która sporządzała wyjaśnienie. (...) W dniu 31.01.2018 r. wykonawca złożył kolejne wyjaśnienia, które zawierają bardzo lakoniczną część jawną, w którym opisuje się, że zastrzega się tajemnicą przedsiębiorstwa dla złożonych wyjaśnień i kolejno następuje część tajna opisowa i dokumentacyjna. Odnosząc się do części opisowej ponownie zamieszcza się tabele jak przy pierwszym wyjaśnieniu. Kierując drugie wezwanie prosiliśmy o wyjaśnienie swojej szczególnej sytuacji, która była tak ogólnie opisana. Przechodząc do tabeli z 1 wyjaśnień zauważyliśmy, że następuje rozbieżność między kwotami podanymi w pierwszych wyjaśnieniach i aktualnie, np. dla 2 osób - specjalistów system center podano jedną wartość średnią wynagrodzenia, która różniła się od tej w pierwszych wyjaśnieniach. (...) Odnosząc się do kosztów obsługi biura tj. tabela nr 2 Odwołujący w drugich wyjaśnieniach podaje inne kwoty wskazując, że pomylił się w pierwszych wyjaśnieniach. To stwierdzenie znajduje się na 3 stronie drugich wyjaśnień. Przy czym korygując koszty obsługi biura w drugich wyjaśnieniach nie wskazuje na przyczyny pomyłki.

Kwitując tylko, że taka pomyłka nastąpiła. Z kolei na 4 stronie drugich wyjaśnień Odwołujący stwierdza, że faktyczny koszt wynagrodzenia dla specjalisty nie jest możliwy do oszacowania, bo jest zależne od całkowitego zapotrzebowania Zamawiającego, które ma charakter maksymalny. Z kolei w tabeli nr 3 podaje maksymalną stawkę godzinową, a dokonując pod tą tabelą opisu poniżej podaje inną kwotę, kwotę mniejszą niż wynikająca z tabeli. Podkreślam, że w samej tabeli są niezgodności, to już są przeliczenia matematyczne, gdzie podaje Odwołujący maksymalną stawkę godzinową, liczbę godzin i iloczyn tych dwóch kwot jest nieprawidłowy do tych kwot. Co przedstawia dokonany pod tą tabelą również opis. Z kolei też dalsze rozbieżności między pierwszymi a drugimi wyjaśnieniami odnoszą się do kwoty zysku. Znajduje się to na drugiej stronie tajnych wyjaśnień na górze, nad tabelą „koszty osobowe”. Tam podana wartość zysku odbiega od kwoty zysku podanej w pierwszych wyjaśnieniach, tj. wysokość zysku jest podana w różnej wysokości w pierwszych i drugich wyjaśnieniach. Ponadto o zysku w drugich wyjaśnieniach wspomina się dwukrotnie i tak inna kwota zysku wynika ze strony 4, a inna ze strony 5, a dotyczy to drugich wyjaśnień. Ponadto stwierdzam też, że zysk z pierwszych i 2 wyjaśnień różni się dwukrotnie tj. wyższy w drugich wyjaśnieniach. W sumie biorąc pod uwagę obydwa wyjaśnienia Odwołujący podaje 3 różne kwoty wartości zysku. (...). Sformułowanie użyte w części końcowej drugich wyjaśnień wskazuje na to, że podając kwotę wynagrodzenia w ofercie odnosi je do łącznego wynagrodzenia specjalistów z najwyższą stawką. Ja odczytuję równie z tych wyjaśnień, że w tej kwocie mieści się też zysk wykonawcy. Zwracam uwagę, że do drugich wyjaśnień wykonawca złożył dwa załączniki tj. 2 umowy przekazania samochodu do użytku pracownika. Odnosząc się do złożonych wyjaśnień wskazuje, że Zamawiający wzywając do wyjaśnień nie narzucił formuły tych wyjaśnień, w tym

również formy przedłożonych dowodów. Nie mniej dowody miały wpływ na ocenę złożonych wyjaśnień. Generalnie stwierdza się brak spójności matematycznej, zarówno złożonych kolejnych wyjaśnień, jak i dowodów w związku ze złożonymi wyjaśnieniami. Przejawia się to w tym, że dane zawarte w dowodach nie potwierdzają kwot podawanych w tabelach. Również podkreślam, że 2 wyjaśnienia są niespójne z pierwszymi wyjaśnieniami. Oceniając złożone wyjaśnienia dochodzę do wniosku, że nie przedstawiają one kalkulacji kwoty, która została podana w ofercie. Również odnosząc się do wariantowości podanych wycen stwierdzam, że przyjęcie takiej formuły wyjaśnienia jest niedopuszczalne, bo wykonawca miał wykazać sposób wyliczenia ceny podanej w ofercie w związku z wezwaniem do wyjaśnień. (.) Analiza tych wyjaśnień wskazuje na ich ogólnikowość, lakoniczność oraz rozbieżność w wyliczeniach ceny. Przede wszystkim nie wyjaśniały one jak cena została skalkulowana. Wskazywane czynniki do wyceny w kolejnych wyjaśnieniach nie dawały podstaw Zamawiającemu do stwierdzenia, że miały one wpływ na cenę podaną w ofercie Odwołującego. Oceniając złożone wyjaśnienia na kolejne wezwania Zamawiającego stwierdzam, że podjął on nieudolną próbę wyliczenia ceny, którą podał w ofercie. Daje to podstawę do stwierdzenia, że cena podana w ofercie przez Odwołującego nie została wyliczona. Wskazuje chociażby podawane różne kwoty zysku, które zmieniają się w kolejnych wyjaśnieniach, jak i w samych wyjaśnieniach. (.)

Przystępujący:

Popierając stanowisko Zamawiającego zwraca uwagę na takie aspekty wyceny, jak nie można czynić znaku równości między stawką za osobogodzinami, a łącznym wynagrodzeniem. Bowiem łączne wynagrodzenie to nie stawka za osobogodzinę pomnożona przez liczbę godzin przewidzianą do wykonania usługi. Powołując się na złożone w dniu dzisiejszym pismo procesowe zwracam uwagę, że oprócz wynagrodzeń pracowników wskazaliśmy na około 20 czynników kształtujących koszt wynagrodzenia. W tym miejscu zwracam uwagę na okres gwarancji po wykonaniu umowy, tj. okres 12 miesięcy, gdzie Zamawiający oczekuje pełnej kompetencji po stronie wykonawcy we wsparciu technicznym. Okres 12 miesięcy tj. okres 1/3 całości trwania umowy, a o tych kosztach w wyjaśnieniach w ogóle nie było mowy. Nadmieniam, że jest to okres bez wynagrodzenia, w tym czasie gwarancji wykonawca musi reagować na ewentualne wezwanie Zamawiającego. Odnosząc się do dodatkowych kosztów oprócz wynagrodzenia pracowników zwracam uwagę, że jeżeli chodzi o dalsze koszty wynikające z obowiązku świadczenia usługi, to w wyjaśnieniach pojawia się tylko zagadnienie umów o pracę, czy współpracy i tylko, jako ten dodatkowy koszt umowa leasingu pojazdów wspomina o kosztach zakwaterowania, kosztach biurowych, czy księgowych. (.) Podsumowując odnosimy wrażenie, że kalkulacja ceny tworzona była na etapie wezwania do wyjaśnień, a nie na etapie sporządzania oferty.

Odwołujący:

Radca prawny popierając odwołanie i odnosząc się do wypowiedzi Zamawiającego oraz Przystępującego, po pierwsze stwierdza, że w jego ocenie nastąpiło błędne szacowanie wyceny przedmiotu zamówienia przez zamawiającego tj. dokonano go na podstawie ofert wstępnych, w mojej ocenie zawyżonych. Co do innych zamówień na podstawie, których ustalono wartość szacunkową zamówienia to również zaprzeczam, iż wykonano to prawidłowo, bo wykonawca Odwołujący świadczył już na rzecz Zamawiającego dwa zamówienia i cena była na poziomie 5 zł na godzinę, a na drugiej 100 zł na godzinę. Zwracam uwagę, że oferta najdroższa złożona w tym postępowaniu to oferta rażąco wysoka, przekracza budżet Zamawiającego. Gdyby brać pod uwagę pozostałe 3 oferty w tym postępowaniu, to nasze odstępstwo od średniej z tych ofert byłoby na poziomie 18%. (.) Stwierdzam, że nie postawiono żadnego wymogu doświadczenia dla wykonawcy, a tylko dla personelu. Tak, więc można wykonywać to ktoś, kto ma tylko pomieszczenie a nie biuro. Zresztą z SIWZ wynika, że Zamawiający chce, aby usługa była wykonywana u niego na miejscu. Odnosząc się do wezwań to ja twierdzę, że nie były precyzyjne tylko standardowe. Jedynie konkretny wymóg, jaki się pojawił w wezwaniu to szczegółowa kalkulacja. Co do 8 tys. godzin to błędne jest przekonanie Zamawiającego w kontekście SIWZ, że kupuje 9 osób w pełnym wymiarze przez okres 36 miesięcy, bowiem z OPZ wynika, że kupuje usługę 9 osób w łącznym wymiarze 8 tys. godzin przez 36 miesięcy. Co do zarzutu braku kalkulacji na etapie sporządzania oferty, to przeczy temu twierdzeniu Zamawiającego fakt, że posiadamy już umowy zawarte. Co do wariantowości to wynika ona z tego, że przyjęto, że umowy mogą realizować najdrożsi specjaliści i zysk wtedy będzie mniejszy, a drugim wariantem przyjęliśmy uśredniony koszt personelu specjalistycznego i wtedy nasz zysk będzie większy, stąd pojawiły się te dwa warianty wyliczeń naszego wynagrodzenia. Odnosząc się do pierwszego wezwania to było ono ogólne, ale wskazaliśmy wszelkie koszty w tym biuro koordynatora, obsługi administracyjno-księgowej. Pokazaliśmy też w tym wyjaśnieniu koszty gwarancji, wadium, były wskazane tam koszty transportu i zakwaterowania, zaś w drugim wyjaśnieniu już tych dodatkowych kosztów nie pokazano, bo tylko wyjaśnialiśmy tylko to, o co nas wezwano. To

chodziło o wyjaśnienie różnicy wynagrodzenia między załączonymi umowami a tabelami. Różnice w wynagrodzeniu koordynatora i kwestia tabeli nr 3 w naszej ocenie nie ma rozbieżności pomiędzy poszczególnymi wyjaśnieniami. Koszt z umów załączonych do pierwszego wyjaśnienia, a koszt w tabelach spowodowany jest, że w tabelach są koszty pracownicze leżące po stronie pracodawcy, czyli np. ZUS, co w konsekwencji dało wyższą kwotę w tabeli, niż z umowy o pracę. Zwracam uwagę, że Zamawiający w żadnym punkcie nie wskazał, że stawki w umowie są nierealne w stosunku do stawek rynkowych. W drugim wyjaśnieniu odpowiedziano na każde pytanie i wyjaśniono rozbieżności. Co do omyłki, to jest to koszt koordynatora. Wykazaliśmy, że koszty te są mniejsze, niż w pierwszym wyjaśnieniu. My w drugim wyjaśnieniu nie wskazywaliśmy innych kwestii niż te, o których wyjaśnienie prosił nas Zamawiający w drugim wezwaniu. (.) Jeszcze raz, co do dwuwariantowości to zaznaczam, że to dochodzenie do jednej kwoty, ale z różnych pułapów, to jest różnej klasy specjalistów. Personel wskazaliśmy w JEDZ. Stawki wielokrotnie przewyższają najniższe wynagrodzenie. (.) Co do przedłożonego przez Przystępującego dzisiaj pisma procesowego, że w innych postępowaniach stosujemy wyższe stawki, to zwracam uwagę, że były tam inne wymogi, a tutaj Zamawiający postawił takie warunki wobec braku doświadczenia dla wykonawcy, iż można posłużyć się stwierdzeniem, że występuje tu body leasing. (.) Odwołujący nie zgadza się z zarzutem Zamawiającego o ogólnikowości dwuwariantowości, braku spójności między kwotami z umów a kwotami w tabelach w związku z oceną naszych wyjaśnień. Twierdzi, że wyjaśnienia były bardzo szczegółowe, umowy dotyczy osób już współpracujących, nie zgadza się z stwierdzeniem ad hoc, co do robienia kalkulacji na potrzeby wyjaśnień, nie na potrzeby sporządzenia oferty. Dwuwariantowość z kolei to pokazanie jak wykonawca wychodzi na jedną cenę, ale używając różnej klasy specjalistów.

Drugi wariant wynika z tego, że Zamawiający nie określił dla poszczególnych specjalistów ile będą oni godzin świadczyć usługę. Co do braku spójności jest kwestia osób, ich umów o pracę, a w tabelach dodano koszty po stronie pracodawcy w związku z tym te kwoty nie są jednoaktowe, ale obejmują pełen koszt z zatrudnieniem tych osób. (.)

Zamawiający jest zobowiązany do żądania wyjaśnień. Nie może przyjąć oferty z RNC. Zamawiający przecież dwukrotnie występował o wyjaśnienia zaznaczając, jakie są rozbieżności w pierwszym wyjaśnieniu, ale Odwołujący ich nie wyjaśnił. Odwołujący w wyjaśnieniach nie wskazał szczególnych warunków, które uprawniały go wskazania takiej a nie innej ceny w ofercie. Nieprawidłowy jest zarzut, że Zamawiający nie dokonał wyjaśnień, trudno bowiem dokonać oceny wyjaśnień, które są sprzeczne także wobec nie odniesienia się do wymogów wyjaśnienia RNC. Umowy z personelem są sprzed kilku lat, a rynek informatyczny jest dynamiczny, dlatego nie są one miarodajne. Co do zarzutu złego szacowania przez Zamawiającego, to nie podaje na czym ono polega. (.) Co do wykonywania usług na naszą rzecz przez Odwołującego to zarówno usługa bezpiecznego laptopa, jak i usługa wsparcia bazodanowego to są zupełnie inne usługi, niż przedmiotowa. To usługi nieporównywalne z naszym zamówieniem, my też ustalając wartość próbowaliśmy porównywać z innymi naszymi usługami, ale stwierdziliśmy, że ich zakresy były inne, niż przedmiotowe zamówienie. (.) Uważam, że nie ma podstaw jak sugeruje wykonawca, aby ustalać średnią cen z trzecim podmiotami bez 4 oferty. W mojej ocenie stanowisko Odwołującego sprowadza się do tego, że nie powinno go w ogóle wzywać do wyjaśnień. Odnosząc się do wypowiedzi na temat posiadanego personelu i jego kwalifikacji przez Odwołującego to wyjaśnienia, że jest to procedura odwrócona i w JEDZ nie podawano personelu. Jeżeli chodzi o podnoszoną kwestię wymagań doświadczenia personelu i dokonywanych przez nas zmian ilości użytkowników z 10 na 5 tys. to wysłuchaliśmy uwag, rozważyliśmy kwestię, i dla większej konkurencji postępowania uznaliśmy, że doświadczenie przy zmniejszonej ilości użytkowników nie będą miały wpływu na bezpieczeństwo postępowania. Istotne są kwalifikacje, czyli wiedza osób jest najważniejsza. (.) Chcąc wybrać ofertę najkorzystniejszą wyczerpaliśmy dwa wezwania, to dowód na nasz obiektywizm, co do wyjaśnienia treści złożonych ofert. Pierwsze wezwanie z swej natury miało charakter ogólny, ale był ono formułowane w myśl ustawy. Komisja jak otrzymała wyjaśnienia długo je badała, odczytywała wobec braku spójności tych wyjaśnień. Ilość godzin wskazana na 51 tysięcy to wynika z wyjaśnień Odwołującego nr 1 strona 4 (zapis pod tabelą). Koszty ogólne wbrew twierdzeniu Odwołującego mają charakter marginalny. Uważam, że kuriozalnym stwierdzeniem jest przez Odwołującego, że my interpretujemy wymóg SIWZ, iż 9 osób ma pracować przez 36 miesięcy na pełnym etacie. Z naszej strony nigdy nie było to tak interpretowane. Zaprzeczam też również, że ujęte są w wyjaśnieniach koszty gwarancji, jako świadczone po wykonaniu umowy. Co do twierdzenia Odwołującego, że w tabelach doliczył koszty leżące po stronie pracodawcy w związku z zatrudnieniem osób. Zwracam uwagę, że tylko 2 osoby mają umowę o pracę, a pozostałe osoby to podmioty gospodarcze. Co do omyłki podanej, jako groszowa nie była ona dosłownie taką, ale w sumie była ona w górę, a nie w dół, jak podał Odwołujący. (.) Oświadczam, że to postępowanie ma charakter szeroki jeżeli chodzi o zakres usług i jest nieporównywalne w stosunku do prowadzonych przez nas postępowań informatycznych. Zamawiający dogłębnie analizował wyjaśnienia Odwołującego i nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, ponieważ generalnie należy stwierdzić, że są one nienależyte, brak korelacji, brak symbiozy, brak dowodów, a Zamawiający jako szanujący się podmiot badał bardzo szczegółowo te wyjaśnienia. Na

rozprawie Odwołujący nie odniósł się do wskazanych przez Zamawiającego rozbieżności cenotwórczych jego ofertach w jego wyjaśnieniach.

Przystępujący:

Nie zgadzamy się ze stwierdzeniem, że to zamówienie ma charakter tzw. bodyleasing. Uważamy że to stwierdzenie jest niezasadne. Przedmiotem usługi są usługi wsparcia technicznego. Chciałbym podkreślić, że nie jest to świadczenie tylko osób na ryzyko Zamawiającego, ale ryzyko wykonawcy. Jest to projekt informatyczny i wchodzi w grę dostarczenie zespołu i odpowiedzialność za ten zespół. Z dzisiejszych wyjaśnień na rozprawie, co do zawartości udzielonych wyjaśnień wynika, że są rozbieżności w wyjaśnieniach i nie wykazują przyczyny takiej a nie innej stawki, a wykonawca ma pretensje do Zamawiającego, że nieprawidłowo go wezwał do wyjaśnień. Podkreśla, że zostały ujęte wszystkie koszty oprócz kosztów personelu w związku z zakresem przedmiotu zamówienia tj. projektem informatycznym i odpowiedzialnością przez okres 12 miesięcy po rozwiązaniu umowy. Postanowienia SIWZ wbrew twierdzeniu Odwołującego nieformułowane są w taki sposób, że wskazuje na zamówienie o charakterze body leasing.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień są niepodważalne a to z uwagi na następujące okoliczności sprawy. W myśl art.90 ust.1 a ustawy Pzp. zamawiający w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa co najmniej o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art.35 ust.1 i ust.2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust.1 chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W niniejszej sprawie rozbieżność po stronie odwołującego kształtowała się na poziomie ok.30% (w stosunku do średniej arytmetycznej złożonych ofert) i ok. 50 % (w stosunku do wyceny wartości szacunkowej zamówienia przez zamawiającego).

W związku z wyjaśnieniem zamawiającego na rozprawie co do sposobu i okoliczności sporządzenia wyceny wartości zamówienia, odwołujący podniósł w trakcie rozprawy zarzut niewłaściwej wyceny wartości szacunkowej zamówienia. Izba do tej kwestii nie odnosi się, ponieważ takiego zarzutu odwołujący nie sformułował w odwołaniu a Izba jest związana zarzutami zgodnie art.192 ust.7 ustawy Pzp (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Przechodząc do zarzutów, które były zawarte w odwołaniu to bezspornie ustaloną okolicznością o czym wspomniano już powyżej, był fakt wypełnienia przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny (RNC) w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 20 grudnia 2017 roku na podstawie art.90 ust.1 w związku z art.90 ust.1 a pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zresztą co do zasady nie zakwestionował wystosowanego wezwania przez zamawiającego ani też jego treści i w dniu 2 stycznia 2018 roku złożył wyjaśnienia, jak i dodatkowe wyjaśnienia. Izba w tym miejscu stwierdza, że zamawiający wzywając odwołującego wskazał podstawę prawną wezwania to jest art.90 ust.1 w związku z art.90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, który stwierdził w toku postępowania odwoławczego, że wezwanie miało charakter ogólny a nie jak powinno być szczegółowe, ponieważ zamawiający powołał się na obowiązujące w tym zakresie przepisy oraz je cytując jak i przywołując treść opisu przedmiotu zamówienia. Z kolei co do zasady przepisy te mają charakter obligatoryjny, jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych a jeżeli chodzi o dyspozycję co do przedmiotu wyjaśnień przepisy wskazują na ich minimalny zakres posługując się formułą (w szczególności w zakresie). Podsumowując Izba dokonując oceny treści wezwania nie stwierdza w tym zakresie uchybień. Niemniej Izba zauważa, że zamawiający co prawda w akapicie pierwszym wezwania posłużył się formułą ustawową co do obligatoryjności złożenia dowodów w związku

z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień („zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia łącznej ceny oferty, w szczególności w zakresie:). Niemniej po wyliczeniu zakresu objętego wyjaśnieniem używa formuły co do części obligatoryjnej („szczegółowych kalkulacji”) a w pozostałej części używa zwrotu fakultatywnego co do dowodów (oraz załączenia na ich potwierdzenie dowodów - o ile jest to możliwe). Jest to wyraz niekonsekwencji zamawiającego nie tylko w kontekście ustawy, która dowód traktuje jako obowiązek wykonawcy do jego przedłożenia w związku z wyjaśnieniami ale również stanowi niekonsekwencję samego zamawiającego. Bowiem w pierwszym akapicie wezwania zamawiający wskazuje na konieczność złożenia dowodów („zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia łącznej ceny oferty”) a w drugim akapicie tegoż wezwania formułuje oczekiwanie przedstawienia szczegółowych kalkulacji w stosunku do ceny oferty ale już co do załączenia na ich potwierdzenie dowodów wskazuje w sposób nieuprawniony - o ile jest to możliwe („oraz załączenia na ich potwierdzenie dowodów - o ile jest to możliwe”). Niemniej to uchybienie w pierwotnym wezwaniu (dnia 20 grudnia 2017 roku) nie ma wpływu na rozstrzygnięcie sprawy, ponieważ zamawiający wezwał dwukrotnie odwołującego do złożenia wyjaśnień (drugie wezwanie w dniu 24 stycznia 2018 roku) a poza tym odwołujący już do pierwszego wyjaśnienia załączył dowody (wyjaśnienie z dnia 2 stycznia 2018 roku). Formułując drugie wezwanie zamawiający użył formuły obligującej do złożenia dowodów i tak „zwraca się do Wykonawcy o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny”.

Odpowiadając na to drugie wezwanie odwołujący nie załącza dowodów osobowych na poparcie prawidłowości wyliczenia ceny w sposób nie budzący wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art.90 ust.1 ustawy), poza umowami najmu samochodu z 2016 roku.

Istota sporu jaka zawiśła między stronami sprowadza się do zgodności wyliczeń kalkulacyjnych ceny ofertowej czynionych w zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa wyliczeniach tabelarycznych zamieszczonych w wyjaśnieniach złożonych przez odwołującego. Odwołujący przedstawił zamawiającemu wariantowe wyliczenia powołując się na brak określenia w SIWZ jaki udział w wymaganych 8 tysiącach godzin będą mieli poszczególni specjaliści informatycy. Taka sytuacja zdaniem odwołującego uprawnia go do wariantowości przedstawiania zamawiającemu wyliczeń kalkulacyjnych ceny stąd też w konsekwencji pojawiły się różne wysokości zysku. W ocenie Izby co do zasady nie można odmówić wykonawcy prawa do wariantowego kalkulowania ceny ale raczej na użytek wewnętrzny niż do przedstawiania zamawiającemu kalkulacji ceny w trybie art.90 ustawy Pzp. Należy zgodzić się z zamawiającym, że wezwanie do przedłożenia szczegółowej kalkulacji zobowiązuje wykonawcę się złożenia jednej ostatecznej kalkulacji a nie kilku (wariantowe kalkulacje), ponieważ zamawiający ma prawo wymagać wyliczenia ceny lub kosztu celem jego sprawdzenia pod kątem możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

W ocenie Izby istotą sporu jest brak dowodów wskazujących na to, że zaoferowana cena jest realną do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonych w SIWZ. Należy się zgodzić zarówno z zamawiającym jak i odwołującym, że głównym kosztem tego zamówienia są koszty osobowe. Świadczenie usługi wsparcia technicznego ma być wykonywane co do zasady w siedzibie zamawiającego. Charakter tej usługi w przeważającej jej większości ma charakter niematerialny czyli nosi cechy w przeważającej większości kosztów osobowych. Kwestia skalkulowania kosztów wykonania usługi może być zarówno w odniesieniu do osobogodziny zawierającej wszystkie koszty to jest osobowe jak i materialne jak i może być skalkulowana z wyodrębnieniem rodzajów kosztów osobowych oraz kosztów pośrednich inaczej nazywanych też zarządu lub administracyjnych. Należy zgodzić się z zamawiającym, że wyjaśnienia zawierające kalkulacje nie są poparte dowodami, na okoliczność przedstawionych danych w kalkulacji. Sam fakt, że odwołujący ma zatrudnionych pracowników nie oznacza, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Czym innym jest umowa o pracę a czym innym jest zobowiązanie do wykonania zamówienia tego konkretnego zamówienia. Każda z przedstawionych umów może być w każdej chwili rozwiązana na co zwrócił uwagę zamawiający podnosząc, że są to umowy z 2016 roku a rynek usług informatyczny jest rynkiem dynamicznym. Reasumując z przedstawianych dowodów powinny wynikać zobowiązania do realizacji przedmiotowego zamówienia a nie tylko potwierdzać okoliczność zawartych umów z potencjalnymi osobami, które mogą wykonać zamówienie.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że odwołujący po pierwsze nie przedstawił jednej kalkulacji usługi wsparcia informatycznego tylko wariantowe kalkulacje jak i nie przedstawił dowodów gwarantujących wykonanie przedmiotowego zamówienia za określone wynagrodzenie przez określone osoby. Bowiem przedstawione umowy o pracę/ współpracę dotyczą zatrudnienia, które nie zostało przetransportowane na przedmiotowe zamówienie i zaoferowaną cenę, której koszty w zdecydowanej większości mają charakter osobowy.

W tym stanie rzeczy odwołujący nie udowodnił, że jego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej wobec złożonych ofert konkurencyjnych w tym postępowaniu jak i w kontekście wyceny szacunkowej zamówienia przez zamawiającego. Zatem słuszne jest stanowisko zamawiającego, że w wyjaśnieniach odwołującego podano kalkulacje elementów cenotwórczych oferty, które „nie są kompatybilne i spójne z podanymi przez Wykonawcę wartościami w formularzu ofertowym oraz w załączonych dowodach”. Zamawiający w dniu 20 grudnia 2017 r., działając na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia łącznej ceny oferty. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych kalkulacji w stosunku do ceny oferty oraz załączenia na ich potwierdzenie stosownych dowodów. Wykonawca przedstawiając swoje stanowisko, przedłożył dowody w postaci umów osobowych. Informacje zawarte w tych umowach w żaden sposób nie korelują ze stawkami zawartymi w formularzu ofertowym. Nawet przy przyjęciu, że Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkulacje i wyjaśnił skąd biorą się rozbieżności pomiędzy kwotami z załączonych umów a stawkami przyjętymi w kalkulacji to nie udowodnił, że za wskazane stawki w kalkulacji jest w stanie wykonać umowę, ponieważ na tę okoliczność nie przedstawił dowodów, które potwierdziłyby realność zaproponowanej ceny. Odrębnym zagadnieniem jest posiadanie pracowników czy też osób współpracujących i umów z nimi zawartych a czym innym jest wykazanie, że za pomocą posiadanych mocy przerobowych własnych czy też cudzych zostanie przedmiotowe zamówienie wykonane. Słusznie zamawiający podkreślał, że umowy pochodzą z 2016 roku czyli na rynku informatycznym zawarte w odległym czasie i obowiązki w nich ustalone na rzecz pracodawcy nie odnoszą się do przedmiotowego zamówienia. Zresztą sam odwołujący w wyjaśnieniach w trybie art.90 wskazywał, że do zamówienia przeznaczają jednego lub dwóch pracowników a załączone umowy wskazują inną ich ilość osób.

W związku z powyższym odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy wymienionych w odwołaniu a przez to ich wpływu na wynik postępowania, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania na mocy art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Pełnomocnik zamawiającego nie złożył wniosku kosztowego.

Przewodniczący: