



Warszawa, dnia 28 lutego 2020 r.

**Prezes**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

**Akademia Pomorska w Słupsku**  
**ul. Arciszewskiego 22a**  
**76-200 Słupsk**  
**faks: (59) 840 53 80**  
**e-mail: [zampub@apsl.edu.pl](mailto:zampub@apsl.edu.pl)**

**Odwołujący:**

**SIMPLE S.A.**  
**ul. Bronisława Czecha 49/51**  
**04-555 Warszawa**  
**reprezentowana przez**  
**Mateusza Brzezińskiego**  
**Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp.p.**  
**al. J. Ch. Szucha 8**  
**00-582 Warszawa**  
**nr faks: (22) 745 14 01**  
**adres e-mail: [m.brzezinski@cwik.pl](mailto:m.brzezinski@cwik.pl)**

**Odwołanie**

**Odwołujący**, SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z przepisem art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) (dalej: „ustawa Pzp”), składa odwołanie od czynności i zaniechań

Zamawiającego (wskazanego powyżej) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Usługa wdrożenia nowego lub modernizacja posiadanego systemu dziekanatowo-dydaktycznego obsługi studiów dla Akademii Pomorskiej w Słupsku wraz z dostawą niezbędnego sprzętu IT i oprogramowania oraz szkoleniem użytkowników systemu*” (nr referencyjny: ZP/777/2019) (dalej: „Postępowanie”) polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy KALASOFT sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje ewentualnie na naruszenie obowiązku wezwania do uzupełnienia wykazu usług w oparciu o przepis 26 ust. 3 ustawy Pzp;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KALASOFT sp. z o.o. z uwagi na to, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KALASOFT sp. z o.o. z uwagi na to, że jej złożenie (w zakresie cen) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KALASOFT z uwagi na to, że zaoferował on przedmiot zamówienia niezgodny z treścią SIWZ, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;

3. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy KALASOFT sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy KALASOFT, odrzucenie oferty wykonawcy KALASOFT sp. z o.o. jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji a także jako niespełniającej wymagań w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji nakazanie uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

*Przesłanki materialno-prawne dla wniesienia odwołania:*

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w postępowaniu, doznał uszczerbku.

Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która w procesie badania i oceny ofert została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert, a wyłącznie w wyniku dokonania ww. naruszeń przez Zamawiającego oferta Odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta Odwołującego zostanie sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a tym samym Odwołujący ma szansę uzyskać niniejsze zamówienie.

*Termin na wniesienie odwołania:*

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu się w dniu 18 lutego 2020 r. W związku z tym, termin na składanie odwołania na tę czynność upływa w dniu 28 lutego 2020 r. Odwołanie zatem zostało złożone w terminie zgodnym z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

## UZASADNIENIE

### **Zarzut nr 1**

Zamawiający, w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, zamieścił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę:

*„Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał należycie, (a w przypadku świadczenia usług okresowych lub ciągłych również wykonuje) minimum 2 (dwa) zamówienia polegające na dostawie, instalacji wdrożeniu i serwisowaniu zintegrowanego systemu informatycznego (bez dostawy sprzętu) służącego do zarządzania tokiem studiów w szkołach wyższych obejmujących co najmniej wymienione obszary funkcjonalne: rekrutację, dziekanat, wyliczanie pensum, obsługa domu studenta o łącznej wartości usług co najmniej 500 000,00 złotych (słownie: pięćset tysięcy zł) brutto.*

*Wykonawca wskaże dokładną nazwę zrealizowanej dostawy lub usługi, która pozwoli na jednoznaczną identyfikację dostawy lub usługi, ze szczegółowym wskazaniem zakresów funkcjonalnych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”.*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia stosownego wykazu, w dniu 24.10.2019 r. KALASOFT złożył wykaz usług. Wykaz ten zawiera 11 pozycji. Każda z tych pozycji jest umową „licencyjno-serwisową”. Już sama ta kwestia powinna wzbudzić

uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Przypomnieć bowiem należy, że warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie usług referencyjnych polegających na „dostawie, instalacji, wdrożeniu i serwisowaniu zintegrowanego systemu informatycznego (bez dostawy sprzętu) służącego do zarządzania tokiem studiów w szkołach wyższych obejmujących co najmniej wymienione obszary funkcjonalne: rekrutację, dziekanat, wyliczanie pensum, obsługa domu studenta”.

Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany był (i to wykonał) uczynić to w sposób jasny i precyzyjny, tak, aby wykonawcy weryfikujący czy są w stanie spełnić warunki i złożyć ofertę w postępowaniu, nie mieli trudności z odczytaniem wymogów Zamawiającego, a także, aby na etapie badania i oceny ofert ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień. Następstwem ustalenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, była konieczność wskazania jakie środki dowodowe, w postaci oświadczeń i dokumentów, należy złożyć w celu wykazania spełniania określonego warunku. W oparciu o te informacje wykonawca KALASOFT winien złożyć dokumenty potwierdzające fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odnosi się do konieczności wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie jedynie do wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Konieczność wykluczenia wykonawcy uzależniona jest od tego, czy wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia. Konstrukcja omawianego przepisu wskazuje, że to na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności, tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. Fakt ten musi wynikać bezspornie z dokumentów złożonych przez wykonawcę, bowiem to na ich podstawie następuje wykazanie że wykonawca spełnienia wymagane warunki udziału lub nie podlega wykluczeniu.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania, wskazać należy, że wykonawca KALASOFT takiemu obowiązkowi nie uczynił zadość, w związku z czym winien zostać wykluczony z postępowania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że postawione warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny korespondują z przedmiotem niniejszego zamówienia. Wskazać bowiem należy, że przedmiotem zamówienia jest:

- 1) dostawa – pkt I.1.3 OPZ;
- 2) instalacja – pkt I.1.3 OPZ;
- 3) wdrożenie – pkt I.1.1., I.1.2, I.1.3, I.1.4, I.1.7 OPZ;
- 4) serwis – pkt 6.3.5. OPZ.

Szczegółowy opis poszczególnych elementów znajduje się w punktach 3 i 6 OPZ. W związku z tym, oczywistym i niezaprzeczalnym jest, że właśnie do tych elementów należy odnosić warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia** oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców,

którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia” (wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1500/19). Oznacza to, że w sposób jasny warunki udziału w postępowaniu trzeba powiązać z przedmiotem zamówienia i do jego elementów właśnie odnosić.

Dla przykładu należy wskazać kilka umów, które wykonawca wskazał w wykazie usług, a które to nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu:

- 1) Poz. 1, 5 i 11 – z samych treści referencji wynika, że przedmiotem umowy było „udzielenie licencji i wykonywanie usług serwisowych”. Oznacza to, że niespełniony został warunek udziału w postępowaniu dotyczący DOSTAWY, INSTALACJI I WDROŻENIA. Niespełnienie całego warunku udziału w postępowaniu nie może być podstawą do uznania, że wykonawca KALASOFT spełnia ten warunek, co prowadzi do wniosku, że oferta tego wykonawcy nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący dotarł do umów, na które wskazuje wykonawca KALASOFT.

Umowa z 2016 r.

1. Przedmiotem niniejszej umowy jest:

- 1) udzielenie bezterminowej licencji dla nielimitowanej liczby stanowisk,
  - 2) serwis oprogramowania przez okres 36 miesięcy,
- dla modułów zintegrowanego systemu informatycznego HMS wymienionych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, zwanych dalej „Oprogramowaniem”, w zakresie zadań częściowych nr 2, 3, 4, 5, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, na warunkach zgodnych ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i ofertą Wykonawcy z dnia 25.03.2016 r. złożoną do postępowania numer KA-2/004/2016, które stanowią integralną część umowy.

Umowa z 2019 r.

84

Przedmiotem niniejszej umowy jest:

1. serwis oprogramowania przez okres 36 miesięcy, który dotyczy zadań częściowych (modułów zintegrowanego systemu informatycznego HMS):

Z powyższego jasno wynika, że wskazywana umowa nie spełnia postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Za karygodne należy również uznać wskazywanie umowy, która dopiero jest w początkowej fazie realizacji (poz. 11) z całą kwotą, jaka miałaby zostać przeznaczona na wynagrodzenie wykonawcy.

- 2) Poz. 2, 4, 6, 8, 9 i 10 – z samych treści referencji wynika, że przedmiotem umowy było „udzielenie licencji oraz wykonywanie usług serwisowych”. Oznacza to, że niespełniony został warunek udziału w postępowaniu dotyczący DOSTAWY, INSTALACJI I WDROŻENIA. Niespełnienie całego warunku udziału w postępowaniu nie może być podstawą do uznania, że wykonawca KALASOFT spełnia ten warunek, co prowadzi do wniosku, że oferta tego wykonawcy nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący dotarł do przedmiotowych umów na udzielenie licencji i serwis – poniżej zakres przedmiotu umowy.

### **§3. Postanowienia wstępne.**

Niniejsza umowa określa prawa i obowiązki stron w związku z udzieleniem licencji na korzystanie z oprogramowania HMS Solution (dalej: oprogramowanie) oraz określa zasady jego serwisowania

---

Z powyższego jasno wynika, że wskazywana umowa nie spełnia postawionych warunków udziału w postępowaniu.

- 3) Poz. 3 i 10 – z samych treści referencji wynika, że przedmiotem umowy było „udzielenie licencji oraz wykonywanie usług serwisowych”. Oznacza to, że niespełniony został warunek udziału w postępowaniu dotyczący DOSTAWY, INSTALACJI I WDROŻENIA. Niespełnienie całego warunku udziału w postępowaniu nie może być podstawą do uznania, że wykonawca KALASOFT



spełnia ten warunek, co prowadzi do wniosku, że oferta tego wykonawcy nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący dotarł do przedmiotowych umów na udzielenie licencji i serwis – poniżej zakres przedmiotu umowy.

Umowa z 2014 r.

1. Niniejsza umowa określa prawa i obowiązki Stron w związku z udzieleniem licencji na korzystanie z oprogramowania HMS Solution (dalej: oprogramowanie) oraz zasady jego serwisowania.
2. Umowa niniejsza zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia **22 października 2014 do 21 października 2017.**

Umowa z 2017 r.

### 3.11.1. Umowa wstępna

1. Niniejsza umowa określa prawa i obowiązki Stron w związku z udzieleniem licencji na korzystanie z oprogramowania HMS Solution (dalej: oprogramowanie) oraz zasady jego serwisowania.
2. Umowa niniejsza zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia **30.10.2017r.** roku do dnia **30.10.2020** roku

Z powyższego jasno wynika, że wskazywana umowa nie spełnia postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo wskazać należy, że żadna z przedkładanych usług nie spełnia w całości również wymogu obszarów funkcjonalnych, tj. rekrutacji, dziekanatu, wyliczanie pensum, obsługi domu studenta.

Mając na uwadze treść zawartych umów i wystawionych referencji, nie sposób uznać, ażeby wykonawca KALASOFT potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w

postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Przepis ten zakłada aktywne zachowanie wykonawcy wyrażające się jego dążeniem do wykazania Zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie oznacza on, że wykonawca ma prawo do biernego zachowania uniemożliwiającego Zamawiającemu zbadanie spełniania warunków podmiotowych. W niniejszej sprawie, jasno wynika już z samego wykazu usług, że wykonawca KALASOFT nie posiada wymaganego doświadczenia. Zamawiający jednak bezrefleksyjnie zaakceptował wykaz złożony przez wykonawcę KALASOFT.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane” (wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2444/16).

Wskazać w tym miejscu należy, że to na Wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w niniejszym postępowaniu nie wykazał spełnienia tych warunków, wobec czego winien zostać wykluczony z postępowania.

Dlatego też, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy KALASOFT z postępowania, ewentualnie o nakazanie wezwania do uzupełnienia treści wykazu usług.

## **Zarzut nr 2**

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 29 października 2019 r. (sygn. akt KIO 2057/19) „każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na uwadze to, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć całkowitej ceny lub kosztu oferty jak i ich istotnych części składowych, za które należy między innymi uznać ceny jednostkowe według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty”. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, bez cienia wątpliwości można stwierdzić, że wykonawca KALASOFT nie sprostał konieczności udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Biorąc pod uwagę ugruntowaną linię orzeczniczą KIO (np. wyrok z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt KIO 1834/19, gdzie Izba wskazała, że „wyjaśnienia wymagane od przedsiębiorców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska a dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów”) nie sposób uznać, aby możliwe było, w jakimkolwiek przypadku, uznanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę KALASOFT za wystarczające. Przeciwnie, wyjaśnienia te są lakoniczne i nie wskazują na ewentualne okoliczności uzasadniające aż tak drastyczne obniżenie ceny przez wykonawcę KALASOFT.

Wskazać w tym miejscu należy, że sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy. W związku z tym, w przedmiotowym postępowaniu, wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne i spójne. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Z wyjaśnień złożonych przed wykonawcą KALASOFT nie można jednak tego wywnioskować. Nawet jeśli wysokość ceny wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy KALASOFT spoczywał obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował i co w niej uwzględnił.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1392/18, „wystąpienie o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które powinno być oparte na obiektywnych przesłankach powstania wątpliwości, co do realności ceny oferty, służy do uzyskania konkretnych informacji celem rozwiania uzasadnionych wątpliwości zamawiającego czy zaoferowana cena umożliwi realizację zamówienia bez straty dla wykonawcy, czy została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, z zapewnieniem zysku dla wykonawcy z danego zadania. Zamawiający przy ocenie wyjaśnień winien kierować się zasadami logiki, posiadaną wiedzą i znajomością rynku, w zakresie którego udziela zamówienia”.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „okoliczność, że ceny jednostkowe w postępowaniu mają charakter wynagrodzenia ryczałtowego, nie zwalnia wezwanego wykonawcy od przedstawienia kalkulacji ceny oferty, przynajmniej w zakresie głównych czynników cenotwórczych oraz przedstawienia bezpośrednich dowodów ich ponoszenia na wskazanym poziomie. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 p.z.p. posiadała walor wystarczających wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - musi być w miarę szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę. Stopień ogólności podanych informacji przez wybranego wykonawcę i ich niekompletność powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien, bowiem wskazać, co

spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych” (wyrok KIO z dnia 16 maja 2018 r., sygn. akt KIO 861/18). W innym zaś wyroku KIO wskazała, że „złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.” (wyrok KIO z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 393/18).

KALASOFT w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 23.12.2019 wyjaśniał min. wartość stawki dot. wsparcia technicznego którą zaoferował na poziomie 30 zł/h (formularz cenowy poz. 15).

W przedstawionej w wyjaśnieniach argumentacji KALASOFT próbuje dowieść, że z uwagi na to, że wsparcie techniczne będzie świadczone zdalnie i jest to rzekoma tylko gotowość do świadczenia takich usług. Pozwoliło to, biorąc pod uwagę, że w tym samym czasie obsługują jeszcze inne podmioty, zaproponować wyjątkowo korzystną stawkę.

Jest to jednak nieprawda i tu należy **zarzucić Zamawiającemu, że nie odrzucił oferty wykonawcy KALASOFT z uwagi na rażąco niską cenę.**

Wsparcie techniczne opisane w OPZ obejmuje:

„6.3.5. **ETAP V: Wsparcie techniczne**

Bezpośrednio po wdrożeniu systemu. **Jest to wsparcie stanowiskowe dla poszczególnych użytkowników i na konkretnych stanowiskach.** Wykonawca udostępni Zamawiającemu portal do obsługi zgłoszeń serwisowych, który zapewni:

- Szyfrowany dostęp dla użytkowników do treści zamieszczonej na portalu.
- Nieograniczoną liczbę użytkowników podzielonych na grupy wg uprawnień.
- Komunikację z użytkownikami w języku polskim.
- Prosty i przyjazny interfejs dla użytkownika końcowego.
- Możliwość śledzenia statusów zgłoszenia serwisowego w ramach wskazanego modułu.
- System raportów umożliwiających analizę realizacji poszczególnych zgłoszeń serwisowych.

**Wykonawca zapewnieni utrzymania Systemu** (usunięcie przyczyn awarii, naprawę błędów, aktualizacje, **konsultacje**) oraz **jego rozwój** (drobne prace programistyczne, mające na celu dostosowanie programu do potrzeb Zamawiającego) przez okres 24 miesięcy od przyjęcia przez Zamawiającego Systemu (...)

Nawet gdyby pominąć naprawę błędów, awarii – które w skrajnym przypadku mogą wystąpić u wszystkich obsługiwanych klientów w jednym czasie i koszty tego mogą zostać podzielone na wszystkich klientów, to nie można pod tę teorię podciągnąć konsultacji i usług rozwojowych świadczonych na rzecz Zamawiającego. Takie usługi są wykonywane na rzecz Zamawiającego i w tym samym czasie dany konsultant nie realizuje ich jednocześnie na rzecz innego klienta.

Ponadto, Zamawiający na świadczenie usług wsparcia przewidział (jak wynika to z formularza cenowego) 672 h, w związku z czym przy kalkulacji ceny całego zamówienia należało założyć, że Zamawiający będzie oczekiwał przepracowania właśnie dla niego takiej liczby godzin a nie na jednocześnie rzecz Zamawiającego innych Klientów w tym samym czasie.

Jednocześnie analizując aktualną umowę serwisową która została zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą KALASOFT w dniu 18 lipca 2016 r. i obowiązuje do 17 lipca 2020 r. a obejmuje podobny zakres świadczeń o Wsparcie Techniczne, można stwierdzić, że:

1. Cena za 1 miesiąc świadczenia umowy serwisowej wynosi 7.666,67 zł netto.
2. Cena ta obejmuje usuwanie awarii, błędów, usterek oprogramowania, udostępnianie nowych wersji (bez ich instalacji), helpdesk i 8 h udzielania odpowiedzi na pytania Zamawiającego.
3. Pozostałe prace związane min ze świadczeniem konsultacji, wprowadzaniem nowych modyfikacji w systemie, instalacji są rozliczane oddzielnie wg stawki 150 zł/h netto i stawki za dojazd 501,58 zł netto.

Odwolujący podkreśla jednocześnie, że wykonawca KALASOFT nie skalkulował w swojej wycenie wsparcia kosztów/ryzyka związanych z ewentualną potrzebą świadczenia usług wsparcia w siedzibie Zamawiającego, a takiej sytuacji jak wynika to z opisanego zakresu usług wsparcia, Zamawiający nie wykluczył.

Jednocześnie należy wskazać, że warunki umów serwisowych/utrzymeniowych podpisanych pomiędzy wykonawcą KALASOFT a innymi jego Klientami są podobnie skonstruowane, a ich wartości (przedstawione również w wykazie usług w tym postępowaniu w ofercie wykonawcy KALASOFT) znacząco odbiegają od zaoferowanej ceny za Wsparcie Techniczne w niniejszym postępowaniu (są dużo wyższe).

Dodatkowo należy podkreślić jeszcze fakt, że warunki świadczenia usług serwisowych (np. czasy reakcji lub czasy naprawy) opisane w zawartych przez Kalasoft umowach z Zamawiającym i z pozostałymi Klientami, są dużo mniej korzystne dla Klientów niż warunki wsparcia technicznego opisane w niniejszym postępowaniu.

Tym samym nie sposób się zgodzić z argumentacją przedstawioną przez wykonawcę KALASOFT w wyjaśnieniach.

Uznać zatem należy, że zaistniała także podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy KALASOFT z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem wykonawca KALASOFT nie sprostął ciężarowi wykazania elementów mających wpływ na cenę oferty. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przepisu obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp było zasadne i celowe. Przywołany przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje możliwość badania nie tylko całkowitej ceny oferty, ale też jej istotnych elementów składowych.

Jak już zostało podkreślone, w orzecznictwie KIO wskazuje się, że dla „wykazania”, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu niewystarczające są same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca musi nie tylko wyjaśnić, ale też udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Złożone



przez wykonawcę KALASOFT w toku postępowania wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny, nie podają żadnych konkretnych okoliczności faktycznych popartych dowodami, które pozwoliłyby uznać, że ceny za Wsparcie Techniczne są stawkami realnymi. Okoliczności wskazane przez wykonawcę KALASOFT nie są wystarczające dla uznania, że zaoferowane ceny pokrywają koszty związane z rzetelną realizacją danego zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, oferta wykonawcy KALASOFT winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Dlatego też, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy KALASOFT z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

### **Zarzut nr 3**

Wskazać w tym miejscu należy, że cena za Wsparcie Techniczne była jednym z kryteriów oceny ofert. Oznacza to, że działaniem takim, jak wskazano w zarzucie nr 2, wykonawca KALASOFT, niejako automatycznie, mógł otrzymać (i otrzymał) maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium. A każdy inny wykonawca, który chciałby zaoferować realną stawkę za Wsparcie Techniczne, mógł liczyć ewentualnie na ułamkową część punktu. Zatem, zaoferowanie takiej ceny za Wsparcie Techniczne miało wyłącznie na celu zapobieżenie możliwości uzyskania zamówienia przez inny podmiot niż wykonawca KALASOFT, co stoi w jawnej sprzeczności z zasadami panującymi na rynku, a przez to wypełnia przesłankę nieuczciwej konkurencji, wskazaną w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.), dalej jako „UZNK”.

Argumentacja wykonawcy KALASOFT, iż zamierza on pokryć koszty realizacji tego zamówienia z odpowiedniego łączenia wykonywania zadań innych klientów, nie znajduje żadnego uzasadnienia. W tym zakresie Odwołujący wskazuje na stanowisko

wyrażone w wyroku KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt 2088/17, w którym Izba wyraziła pogląd, iż „pokrywanie zaś kosztów danego zamówienia z przychodów od innych odbiorców, stanowi tzw. subsydiowanie skrośne - zakazane przez prawo. Sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk”.

KIO wielokrotnie w orzecznictwie podkreślała, że zachowaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami jest manipulowanie cenami polegające na celowym przyjmowaniu rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty. W orzecznictwie Izba oceniała jako naganne prowadzenie przez wykonawców tzw. „inżynierii cenowej”, mającej na celu jedynie zdobycie przewagi punktowej i prowadzącej w konsekwencji do wyboru oferty najkorzystniejszej, które jest jednocześnie ofertą najdroższą. Dla przykładu należy powołać orzeczenia o sygn. akt KIO 1934/12 czy też sygn. akt: KIO 640/11. W tym drugim wyroku stwierdzono, że „okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc <<manipulowanie>> proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ”. Podobne stanowisko wyrażano np. w wyroku o sygn. akt KIO 7/13.

Działanie wykonawcy KALASOFT polegające na celowym i znacznym zaniżeniu opłat za Wsparcie Techniczne wyczerpuje, w ocenie Odwołującego, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) UZNK. Zamawiający w tym postępowaniu o zamówienie publiczne przyznał cenom za Wsparcie Techniczne odrębny i istotny charakter, o czym świadczy to, że ceny za Wsparcie Techniczne podlegały odrębnej ocenie w kryteriach oceny ofert.

Każda z cen jednostkowych jako element wynagrodzenia wykonawcy winna być zatem rozpatrywana oddzielnie.

Pod uwagę należy wziąć okoliczność, iż wykonawca KALASOFT celowo zaoferował wartości ceny za Wsparcie Techniczne poniżej realnych kosztów wykonania usługi.

W ten sposób działanie wykonawcy KALASOFT polegające na świadomym wykorzystaniu przyjętych przez Zamawiającego zasad przyznawania punktów doprowadziło do sytuacji, w której oferta wykonawcy KALASOFT uzyskałaby największą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. A zatem świadome wykorzystanie przez wykonawcę KALASOFT ustalonych kryteriów oceny ofert i sztuczne zaniżenie realnych kosztów usług Wsparcia Technicznego spowodowało wybór oferty realnie droższej. Wskazać zatem należy, że działanie wykonawcy KALASOFT stanowi utrudnienie dostępu do zamówienia dla innych przedsiębiorców, którzy przy kalkulacji swoich ofert uwzględnią realne koszty poszczególnych usług. W konsekwencji oznacza, że działanie takie miało na celu dążenie do wyeliminowania konkurencji.

Dlatego też, Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy KALASOFT z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy KALASOFT z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

#### **Zarzut nr 4**

Zgodnie z punktem 5.4 OPZ istnieje wymaganie, aby „Moduł nie może limitować jednoczesnych połączeń poprzez licencję”.

Dodatkowo, w punkcie 5.4.5. OPZ Zamawiający wskazał, że

typ licencji	EDUKACYJNA
Wymogi równoważności	
Licencja na relacyjną bazę danych dostosowaną do wdrażanego systemu dziekanatowo-dydaktycznego. Musi spełniać wszystkie wymagania systemu. Wyboru bazy dokonuje Wykonawca który następnie ją zainstaluje i skonfiguruje na systemie wirtualizacji z pkt. 7.	

Baza będąc dostosowaną do wdrażanego systemu nie może ograniczać ilości obsługiwanych użytkowników.

Wymaganie dodatkowo sugeruje dostawę bazy na 6 procesorów (lub Core) – rdzenie – czyli sposób który faktycznie nie limituje liczby użytkowników.

Wykonawca KALASOFT, w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wskazał, że korzystać będzie z licencjonowania dostępów do bazy w oparciu o Access Agent (na 8 szt).

Podkreślić należy, że sposób ten nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w OPZ.

Zgodnie z informacją dotyczącą sposobu licencjonowania zamieszczoną na stronie internetowej „producenta” (<https://www.progress.com/legal/license-agreements/openedge>), wynika jednoznacznie, że Access Agent to użytkownik (lub urządzenie nie zarządzane przez człowieka), który nie może być zidentyfikowany i/lub może mieć dostęp do Produktu lub aplikacji z dostępem do Produktu przez mniej niż 2 godziny w tygodniu (punkt 4.1.1.).

Nie jest zatem zgodne z OPZ, aby wybrany sposób przez wykonawcę KALASOFT realizował w pełni te wymagania. Wskazać bowiem należy, że w OPZ zostało wskazane,

że zarówno użytkownik systemu musi być identyfikowalny w systemie, jak i nie może być ograniczeń godzinowych w zakresie korzystania z systemu.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, „zakres zobowiązania wykonawcy wynikający z treści oferty w reżimie zamówień publicznych musi być bowiem określony i sprecyzowany w terminie składania ofert. Oczywiście jak każde oświadczenie woli, oferta podlega wykładni, nie może być to jednak wykładnia wprowadzająca do oferty treści w niej niewyrażone, a wręcz stojąca w opozycji do pewnych literalnie wyrażonych oświadczeń, i w konsekwencji prowadząca do niepewności co do możliwości wyegzekwowania od wykonawcy zobowiązań składających się na realizację przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 29 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2314/19).

To Zamawiający określił w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Porównanie zatem tak skonkretyzowanej treści oferty (opisanej w wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny) z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej niezgodności.

Dlatego też, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy KALASOFT z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

#### Załączniki:

1. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego

2. Pełnomocnictwo
3. Dowód wniesienia opłaty
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
5. Dokumentacja postępowania