

Sygn. akt: KIO 918/19
KIO 976/19
KIO 984/19

WYROK

z dnia 17 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniu 12 czerwca 2019 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 maja 2019 r. przez wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A (KIO 918/19),
- B. w dniu 30 maja 2019 r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (KIO 976/19),
- C. w dniu 30 maja 2019 r. przez wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A (KIO 984/19),

w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie przy Al. Jana Pawła II 70,

przy udziale:

- wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14,

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 918/19 i KIO 984/19 po stronie Zamawiającego,

wykonawcy DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania

odwoławczego o sygn. akt: KIO 976/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 918/19,
- B. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 976/19,
- C. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 984/19.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A (KIO 918/19 i KIO 984/19) oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (KIO 976/19) i:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną odpowiednio przez wykonawców: 1. DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A (KIO 918/19 i KIO 984/19) w kwocie 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) 2. Asseco Poland

S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (KIO 976/19) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisów od odwołań;

1.2. zasądza od wykonawcy DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A (KIO 918/19 i KIO 984/19) na rzecz Zamawiającego kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

1.3. zasądza od wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (KIO 976/19) na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:

Sygn. akt: KIO 918/19
KIO 976/19
KIO 984/19

UZASADNIENIE

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie przy Al. Jana Pawła II 70 (dalej: „Zamawiający” lub „ARiMR”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) -

zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZK, IACSplus, GIS, SIŁ, PZSiPlus, PA oraz eWniosekPlus na okres 47 miesięcy”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2018 r. pod numerem 2018/S174-395011.

W dniu 20 maja 2019 r. wykonawca DXC Technology Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A (dalej: „Odwolujący” lub „DXC”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności zaniechania ujawnienia części oferty złożonej przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (dalej: „Asseco” lub „Przystępujący”) w zakresie:

a) pkt 10 formularza ofertowego („podanie zakresów oraz firm Podwykonawczych”) stanowiącego część 6 oferty;

b) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) wykonawcy Asseco w części dotyczącej udziału podwykonawców - Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, Sekcja D JEDZ,

c) uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Asseco (str. 45) oraz załącznikach do uzasadnienia zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (str. 47, 48),

d) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem

5B do SIWZ (część 8 oferty) w zakresie rubryk „Imię i Nazwisko”, „Posiadane

4

doświadczenie” - w całości, „Posiadany certyfikat” - w zakresie numeru certyfikatu oraz rubryki „Podstawa dysponowania osobą”,

e) złożonego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy „Wykazu osób na warunek udziału w postępowaniu”, sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5a do SIWZ, w zakresie rubryk „Imię i Nazwisko”, „Posiadane doświadczenie” - w całości, „Posiadany certyfikat” - w zakresie numeru certyfikatu oraz rubryki „Podstawa dysponowania osobą”;

f) uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Asseco wraz z załącznikami, w zakresie w jakim wyjaśnienia dotyczą lit. e powyżej,

- które to dokumenty zdaniem Odwołującego nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej: „u.z.n.k.”), zaś wykonawca Asseco nie wykazał przesłanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i informacje te winny podlegać ujawnieniu, co stanowi naruszenie art 7 ust 1 w zw. art 8 ust 1, 2 i 3 ustawy oraz w zw. z art. 11 ust 2 u.z.n.k.

2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na uniemożliwieniu

Odwolującemu zapoznania się z całością oferty wykonawcy Asseco, która powinna podlegać ujawnieniu w całości, co stanowi naruszenie art 7 ust 1 Pzp w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art 11 ust 2 u.z.n.k.

Odwolujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Asseco jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie:

a) pkt 10 formularza ofertowego („podanie zakresów oraz firm Podwykonawczych”) stanowiącego część 6 oferty;

b) JEDZ wykonawcy Asseco w części dotyczącej udziału podwykonawców - Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, Sekcja D JEDZ,

c) uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Asseco (str. 45) oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (str. 47, 48),

d) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 5B do SIWZ (część 8 oferty) - dalej: „Wykaz osób z załącznika 5B” - w zakresie rubryk „Imię i

Nazwisko”, „Posiadane doświadczenie” - w całości, „Posiadany certyfikat” - w zakresie numeru certyfikatu oraz rubryki „Podstawa dysponowania osobą”,

e) złożonego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy „Wykazu osób na warunek udziału w postępowaniu”, sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5a do SIWZ (dalej: „Wykaz osób z załącznika 5A”), w zakresie rubryk „Imię i Nazwisko”, „Posiadane doświadczenie” - w całości, „Posiadany certyfikat” - w zakresie numeru certyfikatu oraz rubryki „Podstawa dysponowania osobą”;

f) uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Asseco wraz z załącznikami, w zakresie w jakim wyjaśnienia dotyczą lit. e) powyżej.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca DXC wyjaśniał m. in., że wskazywane powyżej informacje zostały zastrzeżone przez Asseco jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia a właściwie uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez Odwołującego. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne. Zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu do wglądu dokumenty, których ujawnienia Odwołujący żąda w niniejszym odwołaniu. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Bezpodstawne utrzymywanie tajemności wadliwie zastrzeżonych dokumentów może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ” lub „specyfikacja”), na które to okoliczności uwagę Zamawiającego mógłby zwrócić Odwołujący, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów.

Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach postępowania brak jest podstaw prawnych do uznania informacji o podwykonawcach, którym wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia objętego postępowaniem, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, który jednocześnie podlega ocenie w ramach jednego z kryteriów oceny ofert oraz tym bardziej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu u.z.n.k.

Odwołujący wskazywał, że choć w ostatnich latach rynek usług IT znacznie się rozwinął, w dużej części postępowań mających za przedmiot takie usługi, wykonawcy konkurencyjni na ogół korzystają z tych samych podwykonawców, którzy wyrobili sobie określoną markę na rynku. Korzystanie z usług takich podwykonawców nie stanowi więc

żadnej wyjątkowej wiedzy wykonawcy Asseco, której ujawnienie doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami. Podwykonawcy na rynku usług IT są na ogół dobrze znani wykonawcom konkurencyjnym, z uwagi na wąską specyfikację tego segmentu usług i stosunkowo małą podaż na polskim rynku IT. Ponadto, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie dowodzi zawarcia żadnego stosunku prawnego pomiędzy Asseco a podwykonawcą, skoro postępowanie nie zostało rozstrzygnięte, a zamówienie nim objęte nie zostało udzielone na rzecz wykonawcy Asseco. Z kolei fakt zawarcia umowy o poufności pomiędzy wykonawcą Asseco a podwykonawcą jest kwestią wewnętrzną pomiędzy tymi podmiotami, bez wpływu na tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem DXC również w zakresie zastrzeżenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert jak i wykazu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający niesłusznie odmówił ujawnienia informacji rzekomo stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Asseco. Odnosząc się do argumentu ewentualnego ryzyka „podkupowania” pracowników wykonawcy Asseco przez konkurencyjnych wykonawców, co w efekcie mogłoby pogorszyć sytuację wykonawcy Asseco na rynku usług informatycznych, Odwołujący zauważał, że teza ta nie została w żaden sposób wykazana, w szczególności chociażby poprzez udowodnienie istnienia takich prób w przeszłości. W ocenie Odwołującego wykonawca Asseco podał także lakoniczne uzasadnienie indywidualnego charakteru organizacyjnego i wartości gospodarczej wykazu osób, co miałoby uzasadnić zastrzeżenie go jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Asseco ograniczył się jedynie do informacji, że dzięki tym osobom i ich kwalifikacjom jest w stanie pozyskać i wykonać przedmiotowe zamówienie oraz, że ich ujawnienie mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której wykonawcy konkurencyjni podjęliby działania zmierzające do pozyskania osób wchodzących w skład zespołu stworzonego przez

wykonawcę Asseco na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Zdaniem Odwołującego uszło jednakże uwadze wykonawcy Asseco i Zamawiającego to, że każdy wykonawca składa własny wykaz osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, a skoro podlegają one ocenie w ramach kryterium oceny ofert, stanowią część oferty wykonawcy, a zatem nie mogą ulec zmianie na etapie realizacji zamówienia. A zatem informacje zawarte w wykazie osób nie mają takiego znaczenia dla innych wykonawców w postępowaniu, jak sugeruje wykonawca Asseco, skoro każdy z wykonawców skompletował już swój zespół.

Zdaniem Odwołującego wątpliwa wydaje się zasadność uznania wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, składanego zarówno wraz z ofertą, jak i na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, jako informacji mającej charakter organizacyjny

oraz gospodarczy dla przedsiębiorstwa wykonawcy, mając na uwadze, że wykonawca Asseco

7

nie podał, jakiego rodzaju stosunek łączy je ze specjalistami wymienionymi w ww. wykazie osób. Wątpliwość w tym zakresie tym bardziej wywołuje informacja podana przez wykonawcę Asseco w punkcie 2 części 5 oferty („Uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych we wskazanych częściach oferty), zgodnie z którą zespół wymieniony w wykazie osób został skompletowany na etapie przygotowania oferty, co może wskazywać na nietrwałość stosunku łączącego wykonawcę Asseco ze wskazanymi w jego ofercie specjalistami, co również podważa organizacyjny charakter i wartość gospodarczą takich informacji dla przedsiębiorstwa Asseco.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że wykonawca Asseco sam podał, że ujawnienie imion i nazwisk lub samych kwalifikacji pozwalałoby na zidentyfikowanie takich specjalistów w serwisach społecznościowych typu LinkedIn. Zdaniem Odwołującego powyższe pokazuje, że informację o takich specjalistach stanowią na ogół informacje powszechnie znane osobom zajmującym się realizacją zamówień na rynku IT, a specjaliści tacy sami dążą do możliwie jak najszerszego rozpowszechnienia informacji o swoich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, co pozwala im na współpracę z jak największą liczbą wykonawców. Podważa to jednocześnie uzasadnienie wyjątkowego charakteru organizacyjnego i gospodarczego takich informacji dla przedsiębiorstwa Asseco. Wobec powyższego również argument o czasochłonności i kosztowności skompletowania zespołu specjalistów wskazanych przez wykonawcę Asseco w wykazie osób w ocenie Odwołującego - należy uznać za chybiony. Uzyskanie przez specjalistów certyfikatów oraz innych dokumentów potwierdzających ich kompetencje wiązało się z zaangażowaniem czasowym oraz finansowym samej osoby, która takie kwalifikacje nabyła. Wykonawca Asseco nie wykazał bowiem, że finansowało uczestnictwo osób wskazanych w ww. wykazie w szkoleniach dotyczących uzyskania takich certyfikatów, a poza tym nawet jeżeli doszłoby do opłacenia przez wykonawcę Asseco takich kursów lub szkoleń, nie wyklucza to realizacji zamówienia przez takich specjalistów na rzecz innego wykonawcy niż wykonawca Asseco.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie dotyczące spełnienia ostatniej z przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., dotyczącej środków, jakie wykonawca Asseco podjął w celu utrzymania w tajemnicy wykazu osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, zostało przedstawione w sposób zbyt ogólny aby uzasadniało zastrzeżenie tego wykazu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca Asseco w uzasadnieniu podkreśla jedynie o zobowiązaniu wszystkich osób uczestniczących w przygotowaniu oferty, jak i samych specjalistów wskazanych w przedmiotowym wykazie osób, do zachowania poufności. Ponadto, wykonawca Asseco przedłożył Zamawiającemu jako dowód jedynie wyciąg ze wzoru umowy o pracę zawieranej ze swoimi pracownikami (który to załącznik stanowi część 7.1 oferty

i również nie został ujawniony przez Zamawiającego). Należy stwierdzić, że opisana

8

okoliczność nie potwierdza, że taka klauzula została faktycznie zawarta w umowach z pracownikami odpowiedzialnymi za sporządzenie ww. wykazu oraz w umowach ze specjalistami wymienionymi w tym wykazie.

Zdaniem Odwołującego nie można także zgodzić się z twierdzeniem wykonawcy Asseco, jakoby identyfikacja osób skierowanych do realizacji zamówienia mogłaby nastąpić także na podstawie opisu kwalifikacji i doświadczenia, bez ujawniania imion i nazwisk. Kwalifikacje w dziedzinie zarządzania projektami informatycznymi i programowania są w dobie dzisiejszej gospodarki rzeczą naturalną, a nie unikatową w skali kraju, o czym świadczy chociażby coraz większy stopień informatyzacji sfery zarówno publicznej jak i prywatnej. Zamawiający niesłusznie nie ujawnił Odwołującemu części uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji objętych niniejszym odwołaniem. W ocenie Odwołującego w powyższym zakresie wykonawca Asseco nie przedstawił wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia takiej tajemnicy, w związku z czym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do utrzymania w poufności powyższej treści pozostałym wykonawcom. W zakresie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zdaniem wykonawcy DXC należy wskazać, że wykonawca Asseco

jedynie powierzchownie wskazał, że ww. załącznik również objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż jest specyficzny dla spółki i nieznany ogółowi, zaś jego opracowanie wiązało się z poniesieniem konkretnych kosztów. Zdaniem Odwołującego wykonawca Asseco w powyższym zakresie nie wykazał ziszczenia się wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w związku z czym Zamawiający nie miał podstaw do utrzymania w poufności części uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji objętych niniejszym odwołaniem.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśniał m. in., że każdorazowo poddawał dokładnemu badaniu treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przede wszystkim pod kątem przedstawionych przez wykonawcę argumentów i dowodów, nie zaś ogólnikowych wywodów wyrażających stanowisko doktryny i orzecznictwa. Po dokładnej, trwającej od dnia 29 marca 2019 r. do dnia 30 kwietnia 2019 r., analizie przedstawionych przez wykonawców argumentów oraz dowodów, Zamawiający doszedł do przekonania, że w przypadku każdego z wykonawców, treść Wykazu osób z załącznika 5B należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., ale jedynie w ograniczonym zakresie, tj. w zakresie imienia i nazwiska osoby skierowanej do realizacji zamówienia, jej doświadczenia oraz nr posiadanego certyfikatu. Pozostałe części wykazu Zamawiający uznał za jawne, jako że nie prowadzą one do ujawnienia w sposób bezpośredni lub pośredni danych pozwalających na zidentyfikowanie osoby wskazanej przez wykonawcę. W sytuacji, kiedy każdy z wykonawców wskazał na konieczność utajnienia treści Wykazu osób z załącznika 5B do SIWZ w zakresie niektórych informacji, Zamawiający uznał te części Wykazów za tajemnicę przedsiębiorstwa, natomiast ujawnił w pozostałym.

Wykaz osób

Zamawiający wyjaśniał, że Wykaz osób z załącznika 5B był składany przez wszystkich wykonawców wraz z ofertą, zaś wykaz osób z załącznika 5A został złożony jedynie przez wykonawcę Asseco na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Natomiast zgodnie z pkt 1.2 Rozdziału XI SIWZ, Zamawiający dopuścił wykazanie przez wykonawcę tej samej osoby zarówno w Wykazie osób z załącznika 5A jak i w Wykazie osób z załącznika 5B.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący dokonał analogicznego zastrzeżenia w odniesieniu do Wykazu osób z załącznika 5B. W piśmie w piśmie pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem” z dnia 29 marca 2019 r., Odwołujący przedstawił wyczerpującą argumentację, z której wywiódł, że informacje zawarte w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ mają one charakter organizacyjny, techniczny oraz posiadają istotną wartość gospodarczą. Odwołujący zauważył również, że sam fakt zatrudnienia czy współpracy z określonym specjalistą z danej branży stanowi tajemnicę handlową i nie podlega publicznemu udostępnieniu, szczególnie w dobie „drenażu wykwalifikowanych pracowników”, który jest realnym zagrożeniem dla branży IT. Na poparcie tej tezy, wykonawca DXC załączył nawet fragment artykułu zamieszczonego na portalu internetowym. Jednocześnie, wykonawca DXC podnosił w odwołaniu, że jako profesjonalista na rynku IT mógłby pomóc Zamawiającemu w rzetelnej ocenie informacji zawartych w Wykazie osób z załącznika 5A oraz 5B złożonym przez wykonawcę Asseco, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych dokumentów, co stanowi o oczywistej niekonsekwencji wobec wyrażonego powyżej poglądu. W dalszej kolejności, Odwołujący podniósł, że wykonawca Asseco uzasadniając zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa treści wykazów osób ryzykiem „podkupowania”, nie poparło tego argumentu odpowiednimi dowodami. Odnosząc się do tego twierdzenia, Zamawiający wskazywał, że wykonawca Asseco w części uzasadnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa (str. 45 oferty Asseco) przedstawił szczegółowe wyliczenia obrazujące wysokość ewentualnej szkody spowodowanej „podkupieniem” specjalisty dedykowanego do realizacji zamówienia. Wskazane wyliczenia, w ocenie Zamawiającego wskazują na to, że informacje, ujęte przez wykonawcę Asseco w wykazach osób stanowią istotne informacje organizacyjne jego przedsiębiorstwa, posiadające wartość gospodarczą.

Zdaniem Zamawiającego za nietrafny należy uznać argument Odwołującego, jakoby Wykaz osób z załącznika B nie wymagał utajnienia, z uwagi na fakt, że stanowi on część oferty, która, zgodnie z ustawą, nie podlega modyfikacjom po upływie terminu składania ofert. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu regulamie konkurują ze sobą na rynku IT w Polsce, a uzyskanie informacji o specjalistach tworzących zespół dedykowany dla realizacji zamówienia, mogłaby dać konkurentom przewagę w kolejnych postępowaniach. W ocenie Zamawiającego sam Odwołujący zdaje się być świadomym tych zagrożeń, bowiem w piśmie z dnia 29 marca 2019 r. zauważył, że rynek usług IT jest wysoce konkurencyjny, przez co podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał konkurencyjny. W tym samym piśmie Odwołujący, argumentując zasadność zastrzeżenia treści złożonego przez siebie Wykazu osób z załącznika 5B jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zauważył, że nie współpracuje, z głównymi dostawcami usług IT w Polsce, w tym z wykonawcą Asseco, co powoduje, że podmioty te nie mają dostępu do

informacji zawartych w wykazie. Jest to zatem argument uzasadniający zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu złożonego przez Odwołującego, jak również wykonawcę Asseco.

Zamawiający twierdził, że zarówno z przedstawionego przez wykonawcę Asseco uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu osób z załącznika 5A, jak i Wykazu osób z załącznika 5B wynika, że każda ze wskazanych przez Asseco osób indywidualnie stanowi wartość gospodarczą przedsiębiorstwa jako ekspert o specjalistycznych kwalifikacjach i doświadczeniu. Co więcej, stała współpraca z tymi osobami, pozwoliła wykonawcy Asseco na optymalne skonfigurowanie zespołu w oparciu o komplementarność doświadczenia i umiejętności jego członków, co zdaniem Zamawiającego również stanowi wartość gospodarczą wykonawcy. Należy bowiem zaznaczyć, że nie tylko pozyskanie wykwalifikowanego personelu gwarantuje efektywność realizacji zamówienia, ale również jego odpowiednia konfiguracja. Zamawiający twierdził, że powyższe znajduje odzwierciedlenie również w znowelizowanej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa opisanej w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., która obejmuje, przedstawiające wartość gospodarczą, informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów.

Zamawiający podnosił również, że Odwołujący zasugerował również nietrwałość stosunku łączącego wykonawcę Asseco ze wskazanymi w jego ofercie specjalistami. Istotnie wykonawca Asseco oświadczył w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że skompletowało na etapie składania ofert zespół składający się ze specjalistów o bardzo

rzadkich na rynku kompetencjach, jednak na tej samej stronie wskazało, że dysponuje stałym i stabilnym zespołem, podczas gdy konkurenci wykonawcy Asseco bardzo często w takich postępowaniach wykazują specjalistów pozyskiwanych ad hoc. Należy bowiem pamiętać, że każde zamówienie wymaga innej konfiguracji zespołu ekspertów, przez co wykonawca musi każdorazowo dobierać specjalistów w taki sposób, aby razem zrealizowali zamówienie w możliwie najbardziej efektywny sposób. Wobec tego, kompletowanie zespołu na etapie składania ofert w przypadku wykonawcy Asseco może oznaczać dobieranie spośród „stałego i stabilnego” zespołu, specjalistów dedykowanych dla tego konkretnego postępowania. W ocenie Zamawiającego należało uznać, że zarówno Wykaz z załącznika 5A, jak i Wykaz z załącznika 5B został sporządzony na potrzeby postępowania i zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego nigdy wcześniej nie był udostępniany.

Następnie Zamawiający wskazywał, że Odwołujący zarzucił wykonawcy Asseco, że nie wykazało finansowania uzyskania przez osoby wskazane w Wykazach specjalistycznych certyfikatów. Zamawiający zwracał jednak uwagę, że Asseco w żadnym miejscu nie oświadczyło, jakoby uzyskanie takich certyfikatów finansowało. Wykonawca ten wyjaśnił jedynie, że skompletowanie i skonfigurowanie zespołu unikatowego na rynku usług informatycznych było czasochłonne oraz kosztochłonne, między innymi z uwagi na to, że część specjalistów wchodzących w skład tego zespołu musiało uzyskać specjalistyczne certyfikaty, co wiązało się z odbyciem kosztownych i długotrwałych szkoleń. Jednakże, jak zauważył wykonawca DXC w odwołaniu, bez większego znaczenia pozostaje tutaj kwestia tego kto sfinansował przedmiotowe szkolenia. Istotny jest fakt, że wykonawca, musi takich specjalistów pozyskać, a następnie ich zatrzymać w swoim zespole, jak to zauważył w piśmie z dnia 29 marca 2019 r. Odwołujący, w czasach „rynku pracownika”, w branży usług IT, gdzie „braki kadrowe są realnym zagrożeniem dla pracodawców.” Nie bez znaczenia pozostaje też czas i koszty wdrożenia specjalisty w organizację, strukturę i specyfikę pracy w firmie.

Zamawiający podnosił, że w uzasadnieniu wykonawca Asseco podał informacje o osobach wchodzących w skład zespołu i kwalifikacjach ekspertów wskazanych w Wykazach, które nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Wykonawca Asseco podjął szereg działań mających na celu utrzymanie powyższych informacji w poufności, wskazując w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa m.in. na zobowiązanie osób biorących udział w przygotowaniu oferty oraz ekspertów wskazanych w Wykazach do zachowania poufności. Dostęp do informacji objętych Wykazami miało jedynie ograniczone grono osób, zaś umowy zawarte przez Asseco z tymi osobami zawierają odpowiednie klauzule poufności. Ponadto, wykonawca Asseco wskazywał na posiadanie odpowiednich certyfikatów systemu zarządzania oraz ścisłe nadzorowanie dostępu do informacji. Na poparcie tych

twierdzeń wykonawca Asseco załączył dowody w postaci wyciągów ze wzorów umów o pracę

12

oraz certyfikaty. W ocenie Zamawiającego nieprawdziwe jest zatem twierdzenie Odwołującego, jakoby wykonawca Asseco załączył na dowód jedynie wyciągi ze wzorów umów o pracę i jedynie na tę okoliczność się powołał. Dla porównania, Zamawiający wskazywał, że Odwołujący wykazywał podejmowanie odpowiednich działań, w celu utrzymania informacji ujętych w złożonym przez siebie Wykazie z załącznika 5B w poufności, jedynie na podstawie własnych zapewnień i oświadczeń, nie popierając ich żadnymi dowodami. Zdaniem Zamawiającego na tej podstawie można stwierdzić, że wykonawca Asseco dochował wyższej staranności przy wykazaniu spełnienia ostatniej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. niż Odwołujący.

W ocenie Zamawiającego, zarówno wykonawca Asseco, jak i pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym Odwołujący, wykazali zasadność zastrzeżenia Wykazów osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezrozumiałe jest natomiast to, że wykonawca DXC w odwołaniu prezentuje stanowisko wprost przeciwne do stanowiska przedstawionego niecałe dwa miesiące wcześniej, tj. w piśmie z dnia 29 marca 2019 r., gdzie oczywistym dla tego wykonawcy było, że informacje zawarte w Wykazie osób z Załącznika B stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. z uwagi na wysoką konkurencyjność na rynku usług IT oraz nasilające się zjawisko „podkupywania” ekspertów. Zdaniem Zamawiającego tak diametralna zmiana optyki, uwarunkowana pozycją wykonawcy w rankingu po otwarciu ofert, w bardzo znaczący sposób rzutuje na wiarygodność jego argumentacji. Tym samym, zarzuty Odwołującego w tym zakresie powinny zostać oddalone.

Podwykonawcy

Zamawiający w kwestii zastrzeżenia informacji o podwykonawcy wskazanym w pkt 10.3 oferty wykonawcy Asseco wyjaśniał, że spośród trzech podwykonawców wskazanych w pkt 10 oferty, Asseco zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa dane tylko jednego z nich. W ocenie Zamawiającego, jest to argument świadczący o świadomej ochronie uzasadnionych interesów wykonawcy niż o bezrefleksyjnym utajnieniu jak największej ilości informacji. Jak wskazał Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podwykonawca, którego dane wykonawca Asseco utajnił, oferuje temu wykonawcy bardzo korzystne warunki handlowe, co stanowi o wysokiej wartości gospodarczej tej informacji.

Zamawiający podnosił, że w świetle postanowień SIWZ obowiązującej w postępowaniu podwykonawcy nieudostępniający wykonawcom swojego potencjału nie podlegają badaniu w zakresie braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z postępowania. W opinii Zamawiającego ujawnienie informacji o jednym z trzech podwykonawców, którzy będą uczestniczyli w realizacji zamówienia w żaden sposób nie przyczyni się zatem do zapewnienia prawidłowości postępowania poprzez dodatkową „weryfikację” tego podwykonawcy przez

konkurencyjnych wykonawców. Wręcz przeciwnie, ujawnienie tej informacji może zaburzyć równowagę konkurencyjną poprzez możliwość „podkupienia” tego podwykonawcy przez innych wykonawców na takich samych zasadach jak ma to miejsce w przypadku osób wymienionych w Wykazach z załączników 5A i 5B. Tym samym utajnienie informacji dotyczących trzeciego podwykonawcy pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co powinno wykluczyć możliwość uwzględnienia powyższego zarzutu w myśl art. 192 ust. 2 Pzp.

Zamawiający podnosił, że wykonawca Asseco wskazywał, że fakt współpracy z tym podwykonawcą, nie był nigdy ujawniany, a wiedzę o tej współpracy posiadają jedynie wybrani pracownicy wykonawcy Asseco, związani klauzulami o poufności, których wzory wykonawca załączył do uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa na dowód. Zamawiający zweryfikował te oświadczenia i dowody przeprowadzając własne badanie, które wykazało, że w przestrzeni publicznej brak jest jakichkolwiek informacji na temat współpracy wykonawcy Asseco ze wskazanym podwykonawcą.

Uzasadnienie zastrzeżenia

Zamawiający wskazywał, że wykonawca DXC podnosił w odwołaniu, że Zamawiający

bezzasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część złożonego przez wykonawcę Asseco uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. fragmentu wyjaśnień dotyczących

Wykazu osób z załączników 5A i 5B, trzeciego podwykonawcy wskazanego w pkt 10.3 oraz załączników w postaci wzorów klauzul poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi oraz certyfikatów. W ocenie Zamawiającego skoro utajnieniu podlegały Wykazy osób z załączników 5A i 5B w określonych częściach oraz informacje dotyczące trzeciego podwykonawcy wskazanego w pkt 10.3, to logicznym wydaje się utajnienie również wyjaśnień wykonawcy w powyższym zakresie, w szczególności dowodów wskazanych na ich poparcie. Bezcelowym byłoby utajnianie jakichkolwiek informacji, skoro miałyby być następnie ujawnione w uzasadnieniu. Ponadto w porównaniu z wykonawcą DXC, który pierwotnie utajnił całość własnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Asseco utajnił jedynie jego niewielki fragment, dotyczący stricte zastrzeganych informacji oraz zawierający dane i wyczerpujące odnośniki do istotnej wartości gospodarczej. W opinii Zamawiającego należy uznać, że uzasadnienie, które nie składa się jedynie z ogólnikowych stwierdzeń oraz poglądów doktryny i orzecznictwa w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz zawiera merytoryczne argumenty, wyczerpujące i dowody powinno podlegać utajnieniu w takim samym zakresie, jak dokumenty, których to uzasadnienie dotyczy. Wynika to z faktu, że informacje zawarte w uzasadnieniu, a zastrzeżone przez wykonawcę Asseco jako tajemnica przedsiębiorstwa, również spełniają przesłanki przewidziane w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W dniu 30 maja 2019 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (dalej: „Odwołujący” lub „Asseco”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy DXC Technology Polska Sp. z o.o. (dalej: „DXC” lub „Przystępujący”), pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DXC, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
3. jako zarzut ewentualny - zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wystąpienia do wykonawcy DXC o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie istotnych części składowych, jakimi są licencje Oracle niezbędne do realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy DXC z postępowania, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DXC, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
3. jako zarzut ewentualny - naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wystąpienia do wykonawcy DXC o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie istotnych części składowych, jakimi są licencje Oracle niezbędne do realizacji zamówienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

- wykluczenia wykonawcy DXC z postępowania,
- odrzucenia oferty wykonawcy DXC,
- ewentualnie - wystąpienia do wykonawcy DXC o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie istotnych części składowych, jakimi są licencje Oracle niezbędne do realizacji zamówienia.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wyjaśniał m. in., że Zamawiający w SIWZ określił wymagania między innymi dla środowisk testowych, które ma obowiązek zapewnić wykonawca. Wykonawca Asseco wskazywał, że postanowienia SIWZ jasno określają zakres obowiązków wykonawcy a jednym z nich jest konieczność posiadania przez wykonawcę licencji Oracle w celu świadczenia usług objętych przedmiotem umowy - tj. w celu świadczenia usług na rzecz ARIMR. Jest to licencja zakupiona przez wykonawcę w imieniu end-usera, tzw. „on-behalf specified end-user”. Tym samym każdy z wykonawców na etapie sporządzania oferty powinien pozyskać od firmy Oracle ofertę obejmującą warunki udzielenia takiej dedykowanej licencji, obejmującej wskazanie end-usera, cenę licencji na okres realizacji umowy, w tym okres 4-miesięcznej gwarancji, liczony od dnia upływu okresu obowiązywania umowy oraz szczegółowe warunki licencyjne.

Wykonawca Asseco stwierdził, że wykonawca DXC nie wystąpił do firmy Oracle w celu pozyskania takiej oferty, co skutkuje tym, że wykonawca DXC nie mógł sporządzić prawidłowo oferty w przedmiotowym zakresie. Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 22 maja 2019 r. otrzymał wgląd do dokumentacji postępowania. W dokumentacji znajdowało się pismo firmy Oracle z dnia 13 maja 2019 r., w którym firma Oracle poinformowała Zamawiającego, że wykonawca DXC „złożył ofertę w postępowaniu publicznym zawierającą licencje Oracle pomimo braku

uprawnień do tej czynności". Zamawiający w dniu 14 maja 2019 r. wezwał DXC do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie licencji Oracle. Zdaniem Odwołującego w odpowiedzi DXC bardzo ogólnikowo odpowiedziało na zadane pytania. Przy czym DXC potwierdziło, że środowiska testowe będą zbudowane w oparciu o licencje Oracle oraz że „zamierza nabyć wymagane przez Zamawiającego licencje Oracle zgodnie ze standardowymi procedurami kanałów sprzedaży przedsiębiorstwa Oracle w Unii Europejskiej”. Następnie w dniu 29 maja 2019 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego dalsze dwa pisma stanowiące korespondencję pomiędzy Zamawiającym a firmą Oracle. Odwołujący stwierdził, że firma Oracle wyraźnie wskazała, że do złożenia oferty na produkty Oracle w postępowaniu publicznym konieczne jest łączne spełnienie przez danego wykonawcę 3 przesłanek: uczestniczenie jako członek w programie Partnerskim Oracle - „OPN”, posiadanie ważnej umowy Master Distribution Agreement, pozytywne przejście Due Dilligence.

Odwołujący podnosił, że wobec wskazanych powyżej postanowień SIWZ oraz stanowiska wykonawcy DXC w piśmie z 17 maja 2019 r. za bezsporne należy uznać, że wykonawca ma obowiązek zapewnić środowiska testowe, oraz że środowisko to musi obejmować licencje Oracle zakupione przez wykonawcę w imieniu ARIMR, tzw. „on-behalf specified end-user”. Kwestia, którą należy ustalić, jest - czy wyjaśnienia DXC zawarte w piśmie z 17 maja 2019 r. są zgodne ze stanem faktycznym, tj. czy DXC na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu było w posiadaniu oferty obejmującej licencję spełniającą warunki SIWZ. Zdaniem Odwołującego Zamawiający był zobowiązany ustalić powyższe. Tymczasem Zamawiający po otrzymaniu w dniu 17 maja 2019 r. ogólnikowych wyjaśnień, niepopartych żadnymi dowodami, uznał, że ogólnikowe potwierdzenie jest wystarczające. Jest to tym bardziej zaskakujące, że Zamawiający jest w posiadaniu stanowiska firmy Oracle, iż DXC nie posiada uprawnień do oferowania licencji Oracle, gdyż nie zwróciło się przed złożeniem ofert do firmy Oracle o przedstawienie oferty na produkty Oracle, a zatem - nie posiadało takiej oferty.

Odwołujący podkreślał, że oferty składane w niniejszym postępowaniu tylko wtedy mogą zostać uznane za niepodlegające odrzuceniu, gdy dany wykonawca na dzień składania oferty posiadał odpowiednią ofertę dostawy dedykowanych ARIMR licencji Oracle. Tylko bowiem taka oferta mogła być podstawą prawidłowego szacowania ceny oferty oraz gwarantowała, że złożona oferta spełnia wymagania SIWZ w zakresie środowisk testowych. Zdaniem Odwołującego brak odpowiedniej oferty od Oracle skutkuje ziszczeniem się przesłanek do odrzucenia oferty. Wynika to wprost z warunków licencyjnych Oracle, które są znane zarówno DXC, jak i Zamawiającemu. Firma Oracle określiła bowiem specjalne warunki oferowania licencji „on-behalf specified end-user” na rzecz podmiotów publicznych, związane jest to z uprzednim przejściem przez danego wykonawcę odpowiedniej procedury Due Dilligence i uzyskaniem aprobaty Oracle - są to warunki konieczne. Tymczasem firma DXC takiej procedury Due Dilligence nie przeszła, a nawet jej nie „zainicjowała” - co w ocenie wykonawcy Asseco skutkuje następczą niemożnością oferowania przez wykonawcę DXC licencji Oracle na rzecz podmiotów publicznych.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca wzywany o wyjaśnienia ma obowiązek przedstawić dokumenty, które wątpliwości Zamawiającego rozwiewają. Tymczasem wykonawca DXC ograniczył się do trzech ogólnikowych zdań, z których nic konkretnego nie wynika - w szczególności nie wskazał wprost, czy posiadał odpowiednią ofertę od firmy Oracle w dniu składania oferty. Zdaniem Odwołującego wykonawca DXC powinien przedstawić już na pierwsze wezwanie Zamawiającego komplet dokumentów, z których wynika, że jest uprawniony do oferowania przedmiotowych licencji Oracle na rzecz Zamawiającego.

Zdaniem wykonawcy Asseco wykonawca DXC wprowadził Zamawiającego w błąd, podając nieprawdziwe informacje mające wpływ na ocenę jego oferty, a zatem także na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje podano w wyjaśnieniach z 17 maja 2019 r. - wykonawca DXC nie mógł bowiem w cenie złożonej oferty uwzględnić kosztów nabycia licencji Oracle, gdyż nie posiadał odpowiedniej oferty licencji od firmy Oracle. Co więcej - brak takiej oferty potwierdza stanowisko firmy Oracle wskazane w piśmie z 13 maja 2019 r., wskazujące, że wykonawca DXC „złożył ofertę w postępowaniu publicznym zawierającą licencję Oracle pomimo braku uprawnień do tej czynności”. Odwołujący stwierdził, że nie mając zapewnionej dostawy licencji Oracle wykonawca DXC po prostu nie mógł nawet złożyć oferty. A to dlatego, że w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą, nie mógłby następnie zbudować wymaganych środowisk testowych i realizować przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. W ocenie Odwołującego w tym zakresie treść złożonej oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ. Odwołujący podkreśla, że składając ofertę wykonawca DXC zbudował po stronie Zamawiającego mylne wrażenie, iż DXC będzie mogło zbudować środowiska testowe, gdyż posiada uprawnienia do oferowania licencji Oracle.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśniał m. in., że Odwołujący błędnie założył, że Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawcy w chwili składania ofert - dla późniejszego przygotowania już na etapie realizacji umowy własnych środowisk testowych - dysponowali licencjami umożliwiającymi integrację ze Środowiskiem Produkcyjnym Zamawiającego wskazanymi w Załączniku nr 10 do Umowy, lub też, w wypadku niedysponowania takimi

licencjami w chwili składania ofert, co najmniej wystąpili z zapytaniem ofertowym do producenta oprogramowania w celu ich wyceny.

Zamawiający zwracał uwagę, że posiadanie licencji Oracle we wskazanym powyżej zakresie nie stanowiło warunku udziału w postępowaniu, stąd też Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie był uprawniony do wykluczenia wykonawcy DXC z postępowania oraz do odrzucenia jego oferty z uwagi na brak tych licencji na dzień złożenia oferty. Nadto, Zamawiający na skutek powzięcia wątpliwości dotyczących uwzględnienia w ofercie wykonawcy DXC zestawienia środowisk testowych, w tym zbudowaniu ich w oparciu o licencje Oracle oraz uwzględnienia kosztów i sposobu ich nabycia - działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp - wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień. Wyjaśnienia wykonawcy DXC z dnia 17 maja 2019 r. były dla Zamawiającego w tym zakresie przekonujące.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DXC

Zamawiający nie zgadzał się z wykonawcą Asseco w kwestii naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty wykonawcy DXC z racji następujących powodów:

a. Po pierwsze, oświadczenia firmy Oracle Polska sp. z o.o., na podstawie których Odwołujący uzasadnia rzekomą niezgodność oferty DXC z treścią SIWZ w ocenie Zamawiającego nie przesądzają jednoznacznie o niemożliwości uzyskania przez wykonawcę DXC licencji Oracle zgodnych z wymogami SIWZ. Zdaniem Zamawiającego w oświadczeniach tych (jak i w samym odwołaniu) brak jest bowiem dowodów jednoznacznie świadczących o tym, że wykonawca DXC nie będzie w stanie uzyskać tychże licencji w przyszłości od samego Oracle Polska sp. z o.o. lub od innych przedstawicieli Oracle w Europie.

Zamawiający wskazywał, że Oracle Polska sp. z o.o. powoływało się w oświadczeniu na wewnętrzne standardy korporacyjne, co w żaden sposób nie wyklucza tego, że wykonawca DXC będzie mógł nabyć licencje Oracle w przyszłości np. na skutek negocjacji przeprowadzonych z firmą Oracle Polska sp. z o.o. Nadto, Odwołujący w tym kontekście wskazywał, że pozyskanie zgodnych z SIWZ licencji Oracle jest możliwe wyłącznie od jednego podmiotu jakim jest Oracle Polska sp. z o.o., co według wiedzy Zamawiającego nie jest prawdą - możliwe jest bowiem, na co zresztą wskazuje w swych wyjaśnieniach sam wykonawca DXC - nabycie tych licencji od innych przedstawicieli Oracle w Europie, w ramach oficjalnego kanału sprzedaży.

b. Po drugie, mając na uwadze treść wyjaśnień wykonawcy DXC zdaniem Zamawiającego należy przyjąć, że wykonawca ten uwzględnił w swojej ofercie koszt nabycia licencji Oracle. W ocenie Zamawiającego w tym celu nie musiał on bowiem uprzednio występować do Oracle Polska sp. z o.o. o ofertę, z uwagi na to, że nabycie licencji od tego konkretnego podmiotu nie jest jedyną i wyłączną drogą pozyskania zgodnych z SIWZ licencji Oracle. Nadto DXC jako podmiot profesjonalny znający realia rynkowe musi mieć rozeznanie co do aktualnych cen licencji oferowanych przez firmy takie jak Oracle, z których zresztą sam korzysta w ramach aktualnie realizowanej umowy z Zamawiającym. Stąd też, zarówno nieposiadanie licencji Oracle na dzień złożenia oferty, jak i niewystąpienie o ofertę do Oracle Polska Sp. z o.o. w ocenie Zamawiającego w żaden sposób nie dowodzi tego, że wykonawca DXC nie uwzględnił kosztu ich nabycia w ofercie, co zostało jednoznacznie potwierdzone w wyjaśnieniach wykonawcy DXC.

c. Po trzecie, Zamawiający stwierdził zarówno treść odwołania jak i oświadczenia

Oracle Polska sp. z o.o. nie odnoszą się do alternatywnych sposobów nabycia

19

licencji Oracle, a przede wszystkim możliwości takich nie obalają. Do takich należeć mogą inne kanały sprzedaży firmy Oracle w Unii Europejskiej (na które w treści wyjaśnień powołuje się wykonawca DXC), jak i możliwość nabycia licencji „używanych” w drodze odsprzedaży.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy DXC z postępowania

Zamawiający wyjaśniał, że Odwołujący jako okoliczność faktyczną uzasadniającą zastosowanie wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przytoczył treść wyjaśnień wykonawcy

DXC z dnia 17 maja 2019 r., w których podano nieprawdziwe informacje mające wpływ na ocenę jego oferty. Odnosząc się do treści samego wezwania i późniejszych wyjaśnień wykonawcy DXC Zamawiający wskazywał, że konsekwentnie uznaje je za prawdziwe oraz stwierdził, że Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu dowodów, które jednoznacznie przeczyłyby tym wyjaśnieniom. W ocenie Zamawiającego oświadczenia Oracle Polska sp. z o.o. jak i samo odwołanie w żaden sposób nie wykluczają możliwości nabycia przez DXC licencji Oracle w przyszłości od samego Oracle Polska sp. z o.o. lub od innego przedstawiciela Oracle w Europie. Tym samym zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do twierdzenia, że wyjaśnienia wykonawcy DXC wprowadziły Zamawiającego w błąd.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy DXC

Zamawiający stwierdził, że jego zdaniem w okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiły przesłanki uzasadniające wezwanie DXC do wyjaśnienia ceny oferty lub jej istotnej części składowej. Zamawiający wyjaśnił, że zakładał (bazując na dotychczasowym doświadczeniu przy realizacji analogicznych projektów), że koszt licencji Oracle koniecznych do integracji ze Środowiskiem Produkcyjnym Zamawiającego własnych środowisk testowych nie będzie stanowił istotnej części składowej ceny oferty, a w odniesieniu do wysokości szacunkowej wartości zamówienia czy ofert wykonawców w postępowaniu będzie to wręcz koszt marginalny. W tym kontekście w ocenie Zamawiającego brak było podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp i wezwania do wyjaśnienia części składowej oferty, która w ocenie Zamawiającego pozbawiona jest waloru „istotności”. Ponadto Zamawiający wskazywał, że wykonawca DXC w pkt 3 złożonych wyjaśnień jednoznacznie potwierdził, że „w ofercie złożonej w Postępowaniu uwzględniony został koszt nabycia licencji Oracle.” Tym samym powtórne wezwanie DXC do wyjaśnienia tej kwestii zdaniem Zamawiającego należy uznać za bezcelowe.

KIO 984/19

W dniu 30 maja 2019 r. wykonawca DXC Technology Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowej 2A (dalej: „Odwołujący lub „DXC”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań Zamawiającego, polegających na:

I. zaniechaniu wezwania wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (dalej: „Asseco” lub „Przystępujący”) na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty wykonawcy Asseco, tj.

I.A. ceny jednostkowej za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz

I.B. ceny jednostkowej za Usługę Usuwania Wad Aplikacji PZSIPlus
- co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz 90. ust. 1 ustawy;

II. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającym na złożeniu oferty z rażąco niską ceną istotnych składników tej oferty w wyniku niedozwolonej manipulacji ceną Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPlus;

- co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 u.z.n.k.;

III. czynności polegającej na niezasadnym przyznaniu wykonawcy Asseco 20 punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, w podkryterium:

III.A. „Programista Java Enterprise Edition” oraz

III.B. i III. C. „Administrator OpenShift”,

przez niezasadne przyjęcie przez Zamawiającego, że jedna z osób skierowana przez wykonawcę Asseco do realizacji zamówienia na stanowisku Programista Java Enterprise Edition oraz Administrator OpenShift spełniają warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy prawidłowo przyznana punktacja wykonawcy Asseco w ramach ww. kryterium oceny ofert to 16 punktów, co doprowadziło do niezasadnego wyboru oferty Asseco jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty DXC w postępowaniu jako

najkorzystniejszej

- co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy;

IV. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że wykonawca Asseco spełniania warunki udziału w postępowaniu w postaci dysponowania dwoma osobami skierowanymi do realizacji zamówienia na stanowisku Programista Java Enterprise oraz jedną osobą na stanowisku Administrator OpenShift, spełniającymi wymagania opisane przez Zamawiającego w SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty wykonawcy DXC w postępowaniu jako najkorzystniejszej - co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy;

V. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającym na wskazaniu przez wykonawcę Asseco w ofercie podwykonawcy z naruszeniem art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 u.z.n.k., co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty wykonawcy DXC w postępowaniu jako najkorzystniejszej - co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu czynności, które - w zależności od oceny Izby - jest najdalej idące w kontekście podniesionych zarzutów odwołania:

1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Asseco jako najkorzystniejszej w postępowaniu i wezwanie wykonawcy Asseco do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS;
2. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Asseco jako najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucenie oferty wykonawcy Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 jako czyn nieuczciwej konkurencji oraz wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
3. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Asseco jako najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucenie oferty wykonawcy Asseco jako wykonawcy wykluczonego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz ust. 4 ustawy oraz wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Asseco jako najkorzystniejszej w postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty wykonawcy Asseco w ramach kryterium oceny ofert i zmianę punktacji oferty wykonawcy Asseco w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, zgodnie z treścią odwołania, a w konsekwencji wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca DXC wyjaśniał m. in., że

I. Zarzut zaniechania wezwania Asseco do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej części

składowej ceny oferty Asseco na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

I.A. Usługa Usuwania Wad Aplikacji GIS.

W ocenie Odwołującego cena jednostkowa wynagrodzenia wykonawcy Asseco za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS jest rażąco niska w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, o czym świadczy nie tylko arytmetyczne porównanie cen jednostkowych ale i brak

jakiegokolwiek, w szczególności rynkowego uzasadnienia dla kalkulacji ceny za Usuwanie Wad tej Aplikacji na tak niskim, niespotykanym w praktyce poziomie. Odwołujący stwierdził, że z oferty wykonawcy Asseco wynika, że cena za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS zrównana została z ceną za Usługę Usuwania Wad Aplikacji Portal IRZplus oraz Usługę Usuwania Wad Aplikacji SIŁ. Tymczasem średnia miesięczna liczba zgłoszeń w ramach Usługi Usuwania Wad dla Aplikacji GIS jest znacząco (o ponad 40%) większa od liczby zgłoszeń dla Aplikacji Portal IRZplus oraz większa o rzędy wielkości (prawie 200-krotnie) od liczby zgłoszeń dla Aplikacji SIŁ. Zdaniem Odwołującego zaoferowanie przez wykonawcę Asseco takiej samej ceny za Usługi Usuwania Wad trzech Aplikacji, pomimo, że jedna z nich, tj. Aplikacja GIS generuje nieporównywalnie większą liczbę zgłoszeń od pozostałych powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego czy cena za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS nie została w sposób rażąco zaniżona. Ponadto Odwołujący twierdził, że także zestawienie ceny jednostkowej za Usuwanie Wad Aplikacji GIS z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, gdyż cena oferty Asseco:

1. stanowi 8,02% ceny oferty Comarch za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS, opiewającej na kwotę 28344,00 zł netto miesięcznie, a więc cena wykonawcy Asseco jest od niej niższa o 91,98 %;
2. stanowi 6,75% ceny oferty wykonawcy DXC za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS opiewającej na kwotę 33672,53zł netto miesięcznie, a więc cena wykonawcy Asseco jest od niej niższa o 93,25%.

Wykonawca DXC podnosił, że cena wykonawcy Asseco za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS różni się o 92,67% od średniej arytmetycznej cen tej usługi zaoferowanych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Jest to zatem cena zupełnie oderwana od aktualnych, na moment składania ofert, cen rynkowych.

Odwołujący - jako aktualny wykonawca usług utrzymania i rozwoju Systemu Zamawiającego - wskazywał, że w ramach Usługi Usuwania Wad dla Aplikacji GIS poczynawszy od grudnia 2016 r. do końca maja 2019 r. Zamawiający dokonał 1323 zgłoszeń. Z powyższego Odwołujący wywodził, że należy zauważyć, iż:

1. wykonawca Asseco skierować będzie musiał do Usuwania Wad Aplikacji GIS odpowiednio liczny i wykwalifikowany zespół;
2. wykonawca Asseco z miesięcznego wynagrodzenia w wysokości 2 272,00 zł netto zobowiązane będzie do opłacenia (a) wynagrodzenia co najmniej kilku osób zatrudnionych na stanowisku analityka i programisty, które dokonują diagnozy i analizy Zgłoszenia i naprawy Wady oraz (b) kosztów własnych wykonawcy Asseco. Nie powinno zatem budzić wątpliwości Zamawiającego, że przy obecnym ukształtowaniu wynagrodzenia pracowników w sektorze IT, gdzie mamy do czynienia z „rynkiem pracownika” i wysokim poziomem wynagrodzeń, sfinansowanie ww. kosztów z wynagrodzenia, które wykonawca Asseco uzyska od Zamawiającego, jest po prostu niemożliwe;
3. wykonawca Asseco w ramach zaproponowanej kwoty 2 272,00 zł zobowiązany będzie także do nabycia od Asseco Central Europe, jako właściciela praw autorskich, usług wsparcia oprogramowania standardowego LIDS, które stanowi element Aplikacji GIS; Odwołujący podnosi, że koszt zakupu takiej usługi w skali roku to 50 000 euro rocznie zgodnie z kosztami, które ponosi w ramach aktualnie obowiązującej umowy, co daje koszt ok. 17 875 PLN netto (4166,67 euro) w skali miesiąca. Koszt wsparcia oprogramowania standardowego LIDS, niezbędnego do świadczenia Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS, wielokrotnie przewyższa zaoferowaną przez wykonawcę Asseco kwotę wynagrodzenia za tą Usługę;
4. Po odliczeniu od zaoferowanej kwoty 2 272,00 zł netto dodatkowo marży wykonawcy Asseco, kwota przeznaczona przez wykonawcę Asseco na sfinansowanie (a) kosztów własnych oraz (b) kosztu zapewnienia usługi utrzymania oprogramowania LIDS - Asseco nie pozostanie rezerwa na pokrycie wynagrodzenia personelu realizującego

Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS, co oznaczałoby, że cena oferty w tym zakresie skalkulowana jest z ogromną stratą dla wykonawcy Asseco.

I.B. Usługa Usuwania Wad Aplikacji PZSIPlus

Odwołujący podnosił, że zestawienie ceny jednostkowej za Usuwanie Wad Aplikacji PZSIPlus z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców także powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, gdyż cena oferty wykonawcy Asseco:

1. stanowi ok. 48% ceny oferty Comarch za Usługę Usuwania Wad Aplikacji PZSIPlus opiewającej na kwotę 28 344,00zł netto miesięcznie, a więc cena wykonawcy Asseco

jest od niej niższa o ok. 52%;

2. stanowi ok. 56, 64% ceny oferty DXC za Usługę Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus opiewającej na kwotę 24 029, 08 zł netto miesięcznie, a więc cena wykonawcy Asseco jest od niej niższa o ok 43,36%.

Wykonawca DXC zauważał, że cena wykonawcy Asseco za Usługę Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus jest niższa o 48,03% od średniej arytmetycznej cen tej usługi zaoferowanych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Jest to zatem cena zupełnie oderwana od aktualnych na moment składania ofert cen rynkowych. Odwołujący wyjaśniał, że aplikacja PZSIPplus jest aplikacją, która generuje bardzo dużą liczbę zgłoszeń, co ma bezpośredni wpływ na wykonanie Usługi Usuwania Wad oraz jej wycenę. W opinii Odwołującego zaoferowanie przez wykonawcę Asseco ceny za Usuwanie Wad tej Aplikacji przy uwzględnieniu liczby zgłoszeń, powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego czy jej cena nie została w sposób rażąco zaniżona.

W ocenie wykonawcy DXC:

1. wykonawca Asseco skierować musiałby do Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus odpowiednio liczny i wykwalifikowany zespół;
2. wykonawca Asseco z miesięcznego wynagrodzenia w wysokości 13 608,00zł netto zobowiązany będzie do opłacenia (a) wynagrodzenia wieloosobowego zespołu osób zatrudnionych na stanowisku analityka i programisty, które dokonują diagnozy i analizy Zgłoszenia i naprawy Wady oraz (b) kosztów własnych wykonawcy Asseco. Zdaniem Odwołującego nie powinno zatem budzić wątpliwości Zamawiającego, że przy obecnym ukształtowaniu wynagrodzenia pracowników w sektorze IT, gdzie mamy do czynienia z „rynkiem pracownika” i wysokim poziomem wynagrodzeń, sfinansowanie ww. kosztów z wynagrodzenia, które wykonawca Asseco uzyska od Zamawiającego, jest po prostu niemożliwe;
3. wykonawca Asseco w ramach zaproponowanej kwoty 13 608,00 zł zobowiązany jest także do nabycia od Asseco Central Europe, jako właściciela praw autorskich, usług wsparcia oprogramowania standardowego LIDS, które stanowi element Aplikacji GIS; Odwołujący podnosił, że koszt zakupu takiej usługi w skali roku to 50 000 euro rocznie zgodnie z kosztami, które ponosi w ramach aktualnie obowiązującej umowy, co daje koszt ok 17 875 PLN netto (4166,67 euro) w skali miesiąca. Odwołujący zauważał, że sam koszt wsparcia oprogramowania standardowego LIDS, niezbędnego do świadczenia Usługi Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus, wielokrotnie przewyższa zaoferowaną przez Asseco kwotę wynagrodzenia za tą usługę;
4. Po odliczeniu od zaoferowanej kwoty 13 608,00 zł netto dodatkowo marży wykonawcy Asseco kwota przeznaczona przez Asseco na sfinansowanie (a) kosztów własnych oraz (b) kosztu zapewnienia usługi utrzymania oprogramowania LIDS - Asseco nie pozostanie rezerwa na pokrycie wynagrodzenia personelu realizującego Usługę Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus, co oznaczałoby, że cena oferty w tym zakresie skalkulowana jest z ogromną stratą dla wykonawcy Asseco.

Odwołujący wskazywał, że nie zachodzą żadne obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie przez Asseco tak niskiej ceny za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPplus. Żadne ekonomiczne ani technologiczne okoliczności nie przemawiają za ukształtowaniem ceny jednostkowej na Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS na rażąco niskim poziomie w kwocie 2 272 zł netto miesięcznie, poza faktem, że Aplikacja GIS i Aplikacja PZSIPplus wykorzystuje oprogramowanie standardowe LIDS, do którego prawa autorskie posiada Asseco Central Europe z siedzibą w Bratysławie, spółka będąca członkiem grupy kapitałowej Asseco, którego to oprogramowania dystrybutorem w Polsce jest właśnie Asseco. Co istotne także, Zamawiający zobowiązany był do nabycia licencji jak i usług wsparcia oprogramowania standardowego LIDS, na podstawie odrębnej umowy, zawartej z Asseco jako jego dystrybutorem. W praktyce więc Zamawiający ma zapewnioną usługę usuwania wad oprogramowania standardowego LIDS, na podstawie innej umowy z Asseco, w ramach której Asseco otrzymuje wynagrodzenie. W ocenie Odwołującego czynnik ten wpłynął na ostateczną cenę Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS, gdyż Asseco zamierza sfinansować niewliczoną do oferty, „brakującą” część wynagrodzenia za tą usługę właśnie wynagrodzeniem, które i tak uzyskuje od Zamawiającego w ramach utrzymania oprogramowania LIDS. Stanowi to dowód niedozwolonej manipulacji przez Asseco ceną w Postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że Asseco nie posiada praw autorskich do oprogramowania

LIDS i składając ofertę w postępowaniu również powinno uwzględnić w cenie oferty usługę wsparcia wszystkich modułów oprogramowania LIDS od Asseco Central Europe. Zdaniem

Odwołującego gdyby wykonawca Asseco to uczynił, niewątpliwie cena za Usługę Usuwania

Wad Aplikacji GIS oraz Aplikacji PZSIPplus, które wykorzystują oprogramowanie standardowe LIDS, byłaby nieporównywalnie wyższa, na poziomie zbliżonym do oferty Odwołującego lub wykonawcy Comarch. Tymczasem w ocenie Odwołującego wykonawca Asseco finansować chce usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz Aplikacji PZSIPplus w ramach wynagrodzenia, które Zamawiający musi zapłacić Asseco na podstawie wiążącej go z Asseco umowy na świadczenie usług utrzymania oprogramowania LIDS.

Następnie Odwołujący podnosił, że skoro Zamawiający, w odróżnieniu od analogicznych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w latach poprzednich, wprowadził do formularza oferty pozycję cen jednostkowych za Usługi odnoszące się do każdej Aplikacji, w tym Usługi Usuwania Wad każdej z Aplikacji, należy uznać, że działał z pełną świadomością pozyskania wiedzy na temat wyceny każdej z Usług, co świadczy o tym, że każdy z elementów cenotwórczych wyodrębnionych w formularzu ofertowym miał charakter istotny dla Zamawiającego. W przeciwnym razie Zamawiający mógł poprzestać na wskazaniu jednej rubryki np. „Cena”, lub „Cena za Usługę Utrzymania”.

Następnie wykonawca DXC stwierdził, że mimo więc, że cena za Usługę Usuwania Wad Aplikacji Systemu, zwłaszcza w sytuacji, gdy w formularzu ofertowym jest wiele pozycji kosztowych, jest jedynie jedną z wielu zmiennych to nie zmienia faktu, że jej przemnożenie przez liczbę 42 miesięcy, tj. okres na jaki umowa zostanie zawarta, daje realny i niebagatelny wpływ na ostateczną cenę oferty.

Rażąco niska cena składnika oferty wykonawcy Asseco

Odwołujący wskazywał, że wprawdzie ostateczna cena oferty Asseco różni się od ceny oferty Odwołującego „jedynie” o 2 670 811,74 zł, co stanowi 1,68%, to jednak Odwołujący zwracał uwagę, że ta różnica spowodowana może być właśnie rażąco niskim zaniżeniem dwóch składników cenotwórczych oferty w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu. Pomimo, że ostateczna cena kwestionowanej oferty Asseco nie odbiega od ceny oferty Odwołującego w bardzo dużym stopniu, np. przekraczającym 20 - 30%, nie zwalnia to jednak z jednej strony Zamawiającego z obowiązku badania cen jednostkowych wyodrębnionych przez niego w formularzu ofertowym, a z drugiej strony - nie może pozbawiać Odwołującego prawa do kwestionowania wpływu cen jednostkowych na ostateczną cenę oferty.

Obowiązek Zamawiającego zwrócenia się o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny składnika

oferty wykonawcy Asseco

Odwołujący powoływał następujące okoliczności uzasadniające jego przekonanie o tym, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do wyceny przez wykonawcę Asseco Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz Aplikacji PZSIPplus:

1. rażące, sięgające 91-93% dysproporcje pomiędzy wyceną Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS przez poszczególnych wykonawców w postępowaniu;
2. rażące, ponad 190-krotne, dysproporcje pomiędzy średnią liczbą Zgłoszeń obsługiwanych w ramach Usługi Usuwania Wad dla Aplikacji SIZ i Aplikacji GIS, dla których wykonawca Asseco zaoferowało taką samą cenę;
3. rażące, sięgające 50% dysproporcje pomiędzy wyceną Usługi Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus przez poszczególnych wykonawców w postępowaniu;
4. znaczna różnica w wycenie usługi usuwania wad jakiejkolwiek aplikacji przez wykonawcę Asseco w innym toczącym się w tym samym czasie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
5. świadomość Zamawiającego co do złożoności i struktury Systemu oraz faktu, jaką ilość Zgłoszeń generuje Aplikacja GIS i Aplikacja PZSIPplus aktualnie;
6. świadomość Zamawiającego, że Aplikacja GIS i Aplikacja PZSIPplus działa w oparciu o oprogramowanie standardowe LIDS, której wsparcie gwarantuje mu wykonawca Asseco odpłatnie na podstawie innej umowy.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy

jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k.

W ocenie Odwołującego, działanie wykonawcy Asseco polegające na oferowaniu

dwóch Usług poniżej ich wartości rynkowej, co miało wpływ na ostateczną cenę oferty, było działaniem w zamiarze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, a tym samym ich eliminację z postępowania, spełnia wszystkie ww. przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca DXC twierdził, że czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez wykonawcę Asseco wyraża się poprzez: *

1. rażąco zniżenie ceny Usługi Usuwania Wad co wpływ miało na ostateczną cenę oferty i utrudniło dostęp do zamówienia;
2. zaniechanie uwzględnienia przez wykonawcę Asseco w cenie Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS ceny wsparcia oprogramowania standardowego LIDS.

Rażąco niska cena Usługi Usuwania Wad

Zdaniem Odwołującego wykonawca Asseco oferując Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS i PZSIPlus po cenie nieodpowiadającej ich rynkowej wartości dopuścił się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami kupieckimi, charakteryzującymi działających na profesjonalnym rynku przedsiębiorców. Wykonawca Asseco nie tylko jako profesjonalista działający na rynku usług IT od 1991 roku, ale przede wszystkim jako twórca Aplikacji GIS i PZSIPlus miał niewątpliwie świadomość jakie elementy cenotwórcze kształtują cenę za Usługę Usuwania Wad tej Aplikacji oraz jakie są struktura i funkcjonalności tej Aplikacji. W opinii Odwołującego wykonawca Asseco posiadał wszelką wiedzę i narzędzia umożliwiające skalkulowanie tego składnika cenowego z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

W ocenie wykonawcy DXC różnica pomiędzy wyceną tej usługi pomiędzy Asseco a pozostałymi wykonawcami na poziomie 91-93 % w przypadku Aplikacji GIS nie może świadczyć o dopuszczalnych rynkowo różnicach w kalkulacji ryzyka kontraktowego, zysku czy kosztów własnych przez poszczególnych wykonawców i dowodzi, że wykonawca Asseco nie dział w ramach normalnej konkurencji cenowej. Odwołujący twierdził, że już doświadczenie życiowe przejawiające się chociażby w dysponowaniu pobieżną wiedzą na temat wysokości wynagrodzeń na rynku specjalistów IT takich jak analitycy czy programiści wskazuje, że z kwoty 2 270 zł żaden przedsiębiorca nie jest w stanie pokryć wszystkich kosztów składających się na pełne i należyte wykonanie Usługi, nie mówiąc już o zysku. W przypadku Aplikacji PZSIPlus i konieczności oddelegowania liczebnego personelu wymaganego do usuwania zgłoszeń, również taka analogia zachodzi. Zniżenie przez wykonawcę Asseco ceny jednostkowej za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz PZSIPlus pozwoliło temu wykonawcy uzyskać przewagę nad pozostałymi wykonawcami przy zaoferowaniu cen za pozostałe usługi na poziomie porównywalnym z tymi wykonawcami. Wobec czego, wykonawca Asseco mógł w ten sposób obniżyć cenę całej oferty i uzyskać zamówienie. Zdaniem Odwołującego złożenie przez wykonawcę Asseco oferty z tak niską ceną za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz Aplikacji PZSIPlus stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. Odwołujący stwierdził, że celem wykonawcy Asseco może być uzyskanie unikatowej wiedzy i doświadczenia, wraz z unikatowymi referencjami od Zamawiającego, nawet za cenę „dopłacenia” do realizacji tej Usługi. Aktualne postępowanie jest bowiem szacowane na kwotę 204 041 824, 12 zł, poza tym jest przewidziane na 47 miesięcy, a więc w praktyce wykluczy innych wykonawców z możliwości uzyskania dostępu do tych specyficznych usług na ponad 3 lata. W ocenie Odwołującego przejawem takich działań są ceny jednostkowe oferty wykonawcy Asseco w Postępowaniu za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPlus, które wpływają na cenę całkowitą oferty, a które nie służą rywalizacji na uczciwych zasadach, lecz są one ceną mającą na celu uzyskanie przez wykonawcę Asseco zamówienia w postępowaniu w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami.

Odwołujący podnosił, że jest wykonawcą aktualnej umowy utrzymania i rozwoju systemu Zamawiającego, a zatem ma bieżącą wiedzę na temat systemu i problemów jakie on generuje. Posiada także personel, którego doświadczenie był w stanie wykazać w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. A zatem wykonawca Asseco miał świadomość, że jedynie niską ceną mogła wpłynąć na wynik postępowania i wyeliminować innych wykonawców na okres kolejnych 47 miesięcy. W opinii Odwołującego wykonawca Asseco mógł przy tym zakładać, z jakimi konkurentami będzie mieć do czynienia w tym postępowaniu, gdyż odwołanie od treści SIWZ w postępowaniu złożyli właśnie wykonawcy, którzy ostatecznie złożyli w nim oferty, tj. Odwołujący, Asseco i Comarch.

Odwołujący wskazywał, że nie jest możliwe w świetle obowiązujących przepisów prawa podatkowego i regulacji dotyczących cen transferowych grup kapitałowych obowiązujących na obszarze Unii Europejskiej, aby Asseco mogło zapewnić sobie od Asseco Central Europe usługę wsparcia oprogramowania LIDS nieodpłatnie lub po stawkach innych niż rynkowe.

Wobec tego zdaniem wykonawcy DXC Asseco zobowiązane będzie do ponoszenia takich samych kosztów jak Odwołujący, tj.:

1. 50 000 euro netto rocznie za utrzymanie modułów oprogramowania UDS: Application

Server WMS, Application Server, Browser, Browser Active DB Acces, Browser Sketch

- w przypadku Aplikacji GIS;

2. 50 000 euro netto rocznie za utrzymanie modułów oprogramowania UDS modułów oprogramowania Explorer Core i Explorer Options - w przypadku Aplikacji PZSIPplus. Odwołujący podnosił również, że złożona przez wykonawcę Asseco oferta pokazuje,

że nie wliczył on tych kosztów ani do Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS, ani do Usługi Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus. Gdyby wykonawca Asseco to uczynił, niewątpliwie ceny za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPplus, które wykorzystują oprogramowanie standardowe LIDS, byłyby nieporównywalnie wyższe, na poziomie zbliżonym do oferty Odwołującego lub wykonawcy Comarch. Tymczasem w ocenie Odwołującego Asseco finansować chce usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPplus w ramach wynagrodzenia, które Zamawiający musi zapłacić Asseco na podstawie wiążącej go z Asseco umowy na świadczenie usług wsparcia oprogramowania LIDS. Zamiar sfinansowania przez Asseco Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPplus pozyskiwanym przez wykonawcę Asseco od Zamawiającego wynagrodzeniem na podstawie odrębnej umowy na świadczenie usług wsparcia oprogramowania standardowego LIDS jest niedopuszczalne jako czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, że:

1. jest to sprzeczne z dobrymi obyczajami gdyż stawia wykonawcę Asseco w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców w postępowaniu, którzy

prawidłowo skalkulowali swoje oferty, a tym samym narusza interes innych przedsiębiorców;

2. użytkownik systemu po stronie Zamawiającego dokonując zgłoszenia wady nie będzie dokonywać oceny, czy wada dotyczy oprogramowania standardowego LIDS, czy też jego „nadbudowanej” części w postaci oprogramowania dedykowanego, tj. Aplikacji GIS; wręcz przeciwnie, to właśnie wykonawca umowy na usługę utrzymania i rozwoju systemu zawartej w postępowaniu będzie musiał zidentyfikować, czy zgłoszenie wady dotyczy warstwy oprogramowania LIDS i zwrócić ewentualnie zgłoszenie Zamawiającemu jako nieobjęte tą umową. Nie zmienia to jednak faktu, że zgłoszenie i tak będzie procedowane na podstawie umowy zawartej w rozstrzygnięciu postępowania.

3. Fakt, że twórcą oprogramowania standardowego LIDS jest spółka należąca do grupy kapitałowej Asseco, tj. Asseco Central Europe z siedzibą w Bratysławie, nie zwalnia wykonawcy Asseco z obowiązku nabycia usług wsparcia tego oprogramowania na okres 42 miesięcy od tej spółki, a zatem koszt ten powinien zostać uwzględniony w ofercie Asseco.

Zdaniem Odwołującego o tym, że Asseco nie wliczyło do ceny za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPplus ceny utrzymania oprogramowania LIDS świadczonego przez Asseco Central Europe świadczy:

1. rażąco niska cena Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz Aplikacji PZSIPplus;
2. znacząco niższa cena Usługi Usuwania Wad także innych niż Aplikacja GIS i

PZSIPplus Aplikacji Systemu od ofert złożonych przez Odwołującego i Comarch, co dowodzi że koszt ten nie został sztucznie „przerzucony” także do tych składników cenotwórczych Usługi Usuwania Wad;

3. brak możliwości uwzględnienia kosztu nabycia usług wsparcia oprogramowania LIDS świadczonego przez Asseco Central Europe w innych pozycjach formularza oferty niż Usługa Usuwania Wad takich jak np. Usługa Administracji Środowiskami, Usługa Certyfikacji, Usługi Modyfikacji, Usługa Monitorowania Dostępności i Wydajności, których kosztem nie jest utrzymanie oprogramowania LIDS.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy przez niezasadne

przyznanie przez Zamawiającego wykonawcy Asseco w ramach kryterium oceny

„doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” punktacji, pomimo, że niektóre

osoby skierowane przez wykonawcę Asseco do realizacji zamówienia nie spełniały

minimalnych wymagań określonych w SIWZ, w konsekwencji czego Zamawiający powinien przyznać Asseco w tym kryterium oceny ofert nie 20 a 16 punktów.

Programista Java Enterprise Edition.

Odwołujący podnosił, że certyfikat Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer nie posiada certyfikatów równoważnych, a zatem nie jest certyfikatem równoważnym certyfikatom Oracle Certified Expert Java EE6. Odwołujący wskazywał, że pomiędzy certyfikatami Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer oraz Oracle Certified Expert Java EE6 zachodzą następujące różnice, które nie pozwalają na uznanie tych certyfikatów za równoważne w rozumieniu pkt 1.2 SIWZ:

1. Różnice w warstwie merytorycznej:
 - a. Różnica pomiędzy wersją Java EE 6 (certyfikat Oracle Certified Expert) oraz Java EE 7 (certyfikat Oracle Certified Professional):
 - b. Różnica pomiędzy poziomem eksperckim (Oracle Certified Expert Java EE6) i profesjonalnym (Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer).
2. Różnice w poziomie doświadczenia zawodowego wymaganego do zdobycia certyfikatu.
3. Różnice w poziomie kompetencji pomiędzy certyfikatami.

Odwołujący twierdził, że pomiędzy certyfikatem Oracle Certified Expert Java EE6 oraz Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer zachodzą tak istotne różnice, które powodują, że certyfikaty dają zupełnie inny poziom kompetencji ich posiadaczom. W szczególności zauważał, że certyfikat Oracle Certified Expert Java EE6 poświadcza posiadanie wysoko wyspecjalizowanej wiedzy w eksperckiej dziedzinie, podczas gdy Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer poświadcza wiedzę przekrojową i ogólną technologii Java.

Administrator OpenShift.

Odwołujący twierdził, że pomiędzy certyfikatami Red-Hat Certificate of Expertise in Platform as a Service oraz Red Hat Certified Specialist in OpenShift zachodzą następujące różnice, które nie pozwalają na uznanie tych certyfikatów za równoważne w rozumieniu pkt 1.2 SIWZ:

1. Różnice w warstwie merytorycznej:
2. Różnice w poziomie kompetencji pomiędzy certyfikatami.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający oceniając równoważność certyfikatów winien

kierować się opisanymi przez siebie w SIWZ kryteriami równoważności, z których

32

bezsprzecznie wynika, że kryteria te mają być „analogiczne”, co według internetowego słownika języka polskiego oznacza „mający zbieżne cechy z czymś”, „zbieżny, tożsamy, bardzo podobny, odpowiedni”. Istotne różnice w warstwach zdefiniowanych przez samego Zamawiającego w SIWZ, powodują, że certyfikaty wymienione powyżej nie są analogiczne ani co do stopnia kompetencji, ani doświadczenia wymaganego do jego uzyskania, a jedyną zbieżną cechą jest fakt, że oba certyfikaty poprzedzone są egzaminem.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w sposób niezasadny przyznał więc Asseco 20 punktów w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia”, podczas gdy prawidłowo ustalona punktacja w tym kryterium, z uwzględnieniem faktu skierowania do realizacji zamówienia jednej z osób na stanowisku Programista Java Enterprise Edition, oraz jednej osoby na stanowisku Administratora OpenShift, które nie spełniają wymagań SIWZ - powinna zostać pomniejszona o niezasadnie przyznane Asseco 4 punkty.

IV. Zarzut polegający na zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, z których wynika, że wykonawca Asseco spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Asseco wprowadził Zamawiającego w błąd składając oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci oświadczenia - wykazu osób, wypełnionego według Załącznika nr 5a do SIWZ, z którego wynika, że wykonawca Asseco spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo że takiego warunku nie spełnia.

Odwołujący podnosił, że wykonawca Asseco jest profesjonalistą, aktywnie działającym w branży usług IT od wielu lat oraz często ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego co powoduje, że należy wobec tego wykonawcy stosować wyższy miernik staranności, wynikający z zawodowego charakteru jego działalności. Zdaniem odwołującego złożone przez Asseco certyfikaty poświadczają uprawnienia personelu wykonawcy Asseco i wydawane są przez globalne przedsiębiorstwa świadczące usługi certyfikacji. Dodatkowo fakt, że wykonawca Asseco kwestionował treść pierwotną SIWZ i wymaganie Zamawiającego dysponowania certyfikatem Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer, wskazując, że certyfikat ten nie ma certyfikatów równoważnych, podważa ewentualne działanie Asseco w warunkach winy nieumyślnej. W ocenie Odwołującego złożenie certyfikatów stanowi dowód rażącego naruszenia standardu wymaganej ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny.

Odwołujący stwierdził, że podane przez Asseco informacje wprowadzające w błąd w Zamawiającego niewątpliwie miały charakter istotny, gdyż wpłynęły one na decyzję Zamawiającego, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania Asseco punktacji w kryterium oceny ofert.

VI. Zarzut czynności polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k., polegający na wskazaniu przez wykonawcę Asseco w ofercie podwykonawcy z naruszeniem art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy u.z.n.k.

Odwołujący wskazywał, że hipoteza czynu nieuczciwej konkurencji spełni się przez wskazanie przez wykonawcę Asseco jako podwykonawcy Asseco Central Europę z siedzibą w Bratysławie, posiadającego prawa autorskie do oprogramowania LIDS. Takim działaniem wykonawca Asseco stworzyłby sytuację umożliwiającą uzyskanie mu przewagi nad innymi wykonawcami w postępowaniu oraz polepszenie swojej sytuacji przy uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśniał m. in., że:

Rażąco niska cena (Zarzut I i II odwołań)

Zamawiający w złożonym piśmie stwierdził, że fakty stanowiące podstawę zarzutów odwołania zostały dobrane przez Odwołującego w sposób wybiórczy oraz nieoddający całego obrazu sytuacji. Z niezrozumiałych dla Zamawiającego względów, Odwołujący skupił się jedynie na dwóch, marginalnych w skali całego zamówienia pozycjach, w których wykonawca Asseco zaoferował ceny niższe od pozostałych wykonawców pomijając przy tym fakt, że sam w wielu miejscach zaoferował ceny znacząco niższe od wykonawców Asseco i Comarch. Dla porównania Zamawiający wskazywał na następujące grupy usług wycenianych przez wykonawców:

USŁUGA	ASSECO	DXC	COMARCH
--------	--------	-----	---------

--

Usługa			
Monitorowania	51.060,00 zł netto	17.530,45 zł netto	12.522,00 zł netto
Dostępności i Wydajności			
Usługa Instalacji	22.940,00 zł netto	5923,05 zł netto	23.652,00 zł netto

Zamawiający jednocześnie przedstawił ceny całkowite za Usługę Usuwania Wad, w której mieszczą się kwestionowane przez Odwołującego usługi usuwania wad Aplikacji GIS oraz Aplikacji PZSIPlus zostały wycenione przez wykonawców w następujący sposób:

USŁUGA	ASSECO	DXC	COMARCH
Usługa Usuwania Wad	227.064,00 zł netto	254.612,73 zł netto	363.685,00 zł netto

Następnie Zamawiający przytoczył wyceny „obsługi” poszczególnych aplikacji w ramach poszczególnych usług:

USŁUGA	APLIKACJA	ASSECO	DXC	COMARCH
Usługa				
Monitorowania	IACsplus	10.175,00 zł netto	5.653,65 zł netto	3.341,00 zł netto
Dostępności i Wydajności				
Usługa Instalacji	ZSZK/PROW	3.885,00 zł netto	977,30 zł netto	5.126,00 zł netto
Usługa Instalacji	IACsplus	8.140,00 zł netto	1.910,18 zł netto	6.323,00 zł netto

Zdaniem Zamawiającego z powyższych zestawień wynika, że wykonawcy wyceniali poszczególne grupy usług zgodnie z przyjętą przez siebie metodyką, czego efektem jest to, że każdy z wykonawców (łącznie z Odwołującym) w swojej ofercie zaoferował zarówno ceny znacząco niższe od pozostałych, jak i takie, które znacząco przewyższają ceny zaoferowane przez konkurencję. Dla ich oceny Zamawiający przyjął zaś jednakową miarę. Nadto, Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości

Zamawiającego. Z powyższego wywodził, że istotność części składowych ceny stanowi ustawową przesłankę skorzystania z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego w rozpoznawanym przypadku, nie można było mówić o istotności wskazanych wyżej składników cenowych, skoro w skali całości zamówienia, nie stanowią one nawet 1% łącznej ceny ofertowej.

Zdaniem Zamawiającego istotność części składowej należy odnosić do ceny lub kosztu wykonania zamówienia, a nie do jego przedmiotu. We wskazanym przepisie nie chodzi bowiem o istotność funkcjonalną czy organizacyjną - tak jak próbuje twierdzić Odwołujący. Co istotne, jak wskazuje sam Odwołujący, łączna cena oferty wykonawcy Asseco różni się od łącznej ceny oferty Odwołującego jedynie o 2.670.811,74 zł, czyli jedynie 0,168%, co w ocenie Zamawiającego stanowi potwierdzenie braku istotnego charakteru składników ceny w postaci Usług Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz Usług Usuwania Wad Aplikacji PZSIPlus. Zamawiający zauważał, że gdyby wykonawca Asseco zaoferował za świadczenie powyższych Usług taką samą cenę jak Odwołujący, tj. łącznie 2.980.865,17 zł za świadczenie obu Usług w wymiarze 42 miesięcy, to oferta wykonawcy Asseco wciąż pozostawałaby tańsza od oferty Odwołującego i to pomimo faktu, że niektóre części składowe zostały wycenione znacznie wyżej przez Asseco niż przez Odwołującego (np. Usługa Monitorowania Dostępności i Wydajności w zakresie Aplikacji Portal IRZplus - w ofercie Asseco wyceniona na 8.695 zł netto miesięcznie, w ofercie Odwołującego 1 358,61 zł netto miesięcznie). Zamawiający wskazywał, że podobna sytuacja ma miejsce w przypadku porównania z ofertą Comarch, która również pozostawałaby ofertą znacznie droższą pomimo wyrównania cen za Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz PZSIPlus co oznacza, że wycena tych elementów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zdaniem Zamawiającego tym bardziej należy stwierdzić, że nieuzasadnionym byłoby twierdzenie, jakoby ww. składniki cenowe miały charakter istotny w świetle art. 90 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazywał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie chodzi tu zatem o składnik oferty, co znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie oraz w doktrynie. Takie jest również brzmienie motywu 103 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE (dalej jako: „Dyrektywa klasyczna”), w którym mowa o odrzuceniu oferty o rażąco niskiej cenie lub koszcie. Z uwagi na to, nawet w sytuacji kiedy składnik ceny ofertowej wykonawcy Asseco okazałby się rażąco niski, to nie stanowiłoby to podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Niezależnie od zaprezentowanej powyżej argumentacji prawnej Zamawiający odnosił się do argumentacji Odwołującego dotyczącej zbyt niskiej, zdaniem Odwołującego, ceny

zaoferowanej przez wykonawcę Asseco za Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS w stosunku do liczby kierowanych przez Zamawiającego Zgłoszeń, wskazując, że GIS który opiera się na oprogramowaniu LIDS wykorzystywany jest w również w innych Aplikacjach (ma charakter rozproszony). Zgodnie z Załącznikiem 0 do Umowy „1.3. Aplikacja GIS - zapewnia funkcjonalności prezentacji i modyfikacji danych graficznych w aplikacjach biznesowych”. Przykładowo IACSplus (największa Aplikacja w ramach SI) używa do wizualizacji funkcjonalności GIS. Przy takiej architekturze Systemu Informatycznego należy mieć na uwadze, że użytkownicy końcowi często kierują Zgłoszenia do Aplikacji, w których dana funkcjonalność jest używana, a nie bezpośrednio do Aplikacji GIS, co jest zupełnie zrozumiałą i akceptowalną praktyką. Zarówno sposób przekazywania Zgłoszeń jak i ścisła integracja funkcjonalności GIS oraz innych Aplikacji SI tłumaczy sposób wyceny przedstawiony przez firmę Asseco w szczególności niższą kwotę netto za utrzymanie GIS. Traktując zarówno GIS jak i SIz jako aplikacje wspierające główny proces biznesowy, to znaczne zawyżenie kosztów obsługi tych obszarów mogłoby zostać w skrajnym przypadku uznane za nierzetelną wycenę. Dodatkowo, firma Asseco, świadcząca usługi Asysty Technicznej i Konserwacji (dalej jako: „ATIK”) dla oprogramowania LIDS na terenie Polski, w ocenie Zamawiającego posiada niezbędną wiedzę oraz doświadczenie pozwalające na obniżenie ryzyka i kosztu w zakresie obszaru GIS.

Następnie Zamawiający odnosił się do kosztu zakupu oprogramowania LIDS, który zdaniem Odwołującego znacząco przewyższa cenę zaoferowaną przez wykonawcę Asseco za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS. Zdaniem Zamawiającego należało wskazać, że oprogramowanie LIDS poza Aplikacją GIS wykorzystywane jest również w Aplikacji PZSIPlus (której koszt usuwania wad jest także kwestionowany przez Odwołującego) oraz Aplikacji IACSplus. Błędne jest zatem wiązanie kosztu zakupu oprogramowania LIDS wyłącznie z ceną za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS lub Aplikacji PZSIPlus - koszt ten może być bowiem uwzględniony łącznie w cenie usuwania wad aż trzech aplikacji (tj. GIS, PZSIPlus oraz IACSplus). Nadto, oprogramowanie LIDS poza Usługą Usuwania Wad Aplikacji może być również wykorzystywane na potrzeby świadczenia innych grup usług, w szczególności: (i) Usług Administracji Środowiskami oraz (ii) Usług Instalacji. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, za błędne należy również uznać wiązanie kosztu jego zakupu wyłącznie z ceną za Usługę Usuwania Wad Aplikacji.

Zamawiający zaprzeczał również twierdzeniom Odwołującego jakoby ceny zaoferowane przez wykonawcę Asseco za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz Aplikacji PZSIPlus były niewspółmiernie niskie w stosunku do nakładu pracy jaki wiąże się z obsługą zgłoszeń dotyczących tych aplikacji. Abstrahując od tego, że - tak jak zostało to wskazane

wcześniej - rozproszona architektura Systemu Informatycznego ARiMR sprawia, że

37

użytkownicy końcowi często kierują Zgłoszenia bezpośrednio do Aplikacji, w których dana funkcjonalność jest używana, a nie do Aplikacji GIS - to statystyki zgłoszeń dotyczących tych aplikacji za ostatnie 2 lata (udostępnione wykonawcom w postaci Załącznika nr 1 do odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 16 stycznia 2019 r.) pokazują, że liczba tych zgłoszeń była niewielka (w sumie w okresie 2 lat, w odniesieniu do wszystkich aplikacji wykorzystujących GIS wyniosła ona 971), zaś tendencja ich zgłaszania była spadkowa (z roku na rok zgłoszeń dotyczących tych aplikacji jest coraz mniej).

Programista Java Enterprise Edition

Zamawiającego nie zgadzał się z argumentacją Odwołującego zawartą w odwołaniu. Jego zdaniem przedstawione przez Odwołującego zestawienie nie świadczy w żaden sposób o poziomie trudności, ani o zakresie merytorycznym egzaminu na Certyfikat Java EE7, a jedynie o sposobie jego przeprowadzenia. Zamawiający wskazywał, że pomimo bardzo nieznacznych zmian w samej formule egzaminu, nie uległy zmianie wymogi co do wiedzy oraz doświadczenia osoby ubiegającej się o tytuł certyfikowanego programisty Java. Zamawiający zwracał uwagę na fakt, że firma Oracle wprowadziła do swojej oferty Certyfikat Java EE7 w czerwcu 2018 r., jako kolejną, uaktualnioną wersję Certyfikatu Java. Tezy stawiane przez Odwołującego w zakresie Certyfikatu Java EE7 sugerują jakoby firma Oracle, która jest

światowym potentatem w zakresie oprogramowania, bardzo znacząco obniżyła swoje kryteria weryfikacji programistów, którym wystawia sygnowane przez siebie certyfikaty, respektowane na całym świecie. Zamawiający stwierdził, że przedstawiony w SIWZ przykładowy certyfikat ma w szczególności za zadanie określić ramy oraz zakres technologii jakimi powinien posługiwać się programista. W ocenie Zamawiającego, osoba posługująca się Certyfikatem Java EE7 wykazuje się posiadaniem umiejętności i doświadczenia co najmniej w takim stopniu, jak osoba posługująca się Certyfikatem Java EE6.

Administrator OpenShift

Zamawiający wskazywał, że we wspomnianym przez Odwołującego pkt 2 Wykazu osób, wykonawca Asseco wskazał następującą nazwę certyfikatu: „Red Hat Certified Specialist in OpenShift Administration — dawniej: Red Hat Certificate of Expertise in Platform-as-a-Service.”. Oznacza to, że Asseco wskazało certyfikat wymagany w SIWZ, przy czym dla uniknięcia wątpliwości dodatkowo wskazało poprzednią nazwę tego certyfikatu, tj. „Red Hat Certificate of Expertise in Platform-as-a-Service.” Zdaniem Zamawiającego z całą pewnością nie stanowi to jednak podstawy dla stwierdzenia, że Asseco złożyło certyfikat niespełniający wymogów w tym zakresie bowiem programista wskazany w Wykazie dysponuje odpowiednim certyfikatem. Nadto Zamawiający podkreślał, że oba te certyfikaty są względem siebie równoważne - obejmują bowiem ten sam zakres i poziom wiedzy specjalistycznej. W ocenie Zamawiającego w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być mowy o złożeniu przez wykonawcę Asseco nieprawdziwych informacji, konsekwentnie nie można również się zgodzić jakoby Asseco wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Podwykonawca

W odpowiedzi na zarzut V odwołania dotyczący rzekomego wskazania przez wykonawcę Asseco w ofercie podwykonawcy z naruszeniem art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący zarzut opierał się jedynie na domysłach, bowiem dane podwykonawcy, o którym mowa w odwołaniu, zostały przez Asseco utajnione. Zarzut ten został oparty na hipotetycznej sytuacji, w której wykonawca Asseco wskazałoby w swojej ofercie Asseco Central Europe z siedzibą w Bratysławie jako podwykonawcę, co zdaniem Odwołującego stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający, mając dostęp zarówno do jawnych, jak i utajnionych części ofert wykonawców, w tym wykonawcy Asseco, oświadczył, że ten wykonawca nie wskazał podmiotu Asseco Central Europe jako podwykonawcy.

W toku niejawnego posiedzenia Izby w dniu 12 czerwca 2019 r. do spraw o sygn. akt KIO 918/19 i KIO 984/19 pisma procesowe złożył wykonawca Asseco. Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 976/19 pismo procesowe złożył wykonawca DXC.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępujących, złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 918/19

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

Analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że odwołanie należy oddalić. Izba dokonała analizy zgłoszonych zarzutów i uznała je za nieuzasadnione.

Izba ustaliła, że w dniu 29 marca 2019 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert złożonych w postępowaniu. W tym samym dniu Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem

o udostępnienie dokumentacji z postępowania, w tym oferty oraz dokumentu JEDZ złożonych przez wykonawcę Asseco. Zamawiający pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. udostępnił Odwołującemu dokumentację z postępowania zastrzegając jednocześnie, iż przekazuje dokumentację z wyjątkiem części oferty wykonawcy Asseco i oświadczenia JEDZ tego wykonawcy oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia objętego postępowaniem, zastrzeżonych przez tegoż wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W dniu 18 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że nadal prowadzi czynności związane z oceną przesłanek ustawowych warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Asseco.

Następnie po dokonaniu szczegółowej analizy zastrzeżonych informacji Zamawiający w dniu 10 maja 2019 r. poinformował Odwołującego za pomocą e-maila o zakończeniu czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wobec wykonawcy Asseco. W owym piśmie Zamawiający również poinformował Odwołującego o tym, które informacje zawarte w ofercie wykonawcy Asseco i dokumentach oraz oświadczeniach złożonych przez wykonawcę Asseco na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy uznaje za jawne, w związku z faktem, iż nie spełniają one przesłanek wynikających z u.z.n.k., a które uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. W dniu 16 maja 2019 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu jawne części oferty wykonawcy Asseco oraz treść oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę Asseco na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie ujawnił zastrzeżonych przez Przystępującego następujących informacji zawartych:

1. w pkt 10 formularza ofertowego w aspekcie podania zakresów oraz firm Podwykonawczych, stanowiącego część 6 oferty;
2. w JEDZ wykonawcy Asseco w części dotyczącej udziału podwykonawców - Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, Sekcja D JEDZ,
3. w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach Asseco (str. 45) oraz załącznikach do uzasadnienia zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (str. 47, 48),
4. w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, podlegającym ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 5B do SIWZ (część 8 oferty) w zakresie rubryk "Imię i Nazwisko", "Posiadane doświadczenie" - w całości, "Posiadany certyfikat" - w zakresie numeru certyfikatu oraz rubryki "Podstawa dysponowania osobą",
5. w złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy "Wykazie osób na warunek udziału w postępowaniu", sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5a do SIWZ, w zakresie rubryk "Imię i Nazwisko", "Posiadane doświadczenie" - w całości, "Posiadany certyfikat" - w zakresie numeru certyfikatu oraz rubryki "Podstawa dysponowania osobą";
6. w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Asseco wraz z załącznikami, w zakresie w jakim wyjaśnienia dotyczą pkt 5.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Natomiast treść art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W świetle przytoczonych przepisów Izba zgadza się z Odwołującym, że możliwość zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności opisanej w art. 8 Pzp. Jednak wskazać należy, że Zamawiający przeprowadzając stosowane badanie zastrzeżonych informacji nie dokonuje go w oderwaniu od realiów prowadzonego postępowania, ale osadza je w okolicznościach występujących w ramach danego postępowania.

W rozpoznawanym postępowaniu bez wątpienia mamy do czynienia z postępowaniem opierającym się o wykwalifikowany, specjalistyczny personel czy też podwykonawców, występujący w branży IT. Nie sposób również nie uwzględnić stanowiska Zamawiającego, popartego przez obu wykonawców, zarówno Asseco jak i DXC, iż usługa będąca przedmiotem zamówienia jest realizowana od wielu lat praktycznie naprzemiennie przez wykonawców Asseco i DXC, co zapewne nie pozostaje bez wpływu na pewne fluktuacje personelu pomiędzy tymi wykonawcami. Powyższe bez wątpienia wpisuje się w sytuację omawianego postępowania, w którym wszyscy trzej wykonawcy, w tym Odwołujący, dokonali zastrzeżenia jawności części informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzec należy, że Zamawiający po przeprowadzeniu badania ujawnił części informacji zastrzeżonych wcześniej przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, pozostawiając w poufności jedynie część zastrzeżonych informacji. W kontekście powyższej argumentacji Izba uznaje za chybione stanowisko Odwołującego, który twierdził, że Zamawiający nie dokonał stosowanego badania zastrzeżonych informacji pod kątem występowania w nich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa a po prostu i bezrefleksyjnie pozostawił je w poufności.

W rozpoznawanej sprawie zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia Izby była kwestia związana z tym, czy Przystępujący zastrzegając określony katalog informacji w złożonych wyjaśnieniach w sposób wystarczający wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu u.z.n.k., a w konsekwencji czy Zamawiający był uprawniony do pozostawienia ich w poufności? Izba stanęła na stanowisku,

że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. W tym miejscu zaznaczenia

42

wymaga, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że Przystępujący sprostał temu zadaniu.

Przechodząc do analizy spełnienia przesłanek, wymaganych do skutecznego zastrzeżenia informacji jako takich, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle powołanych przepisów Izba stwierdziła, że Przystępujący w odpowiednim terminie zastrzegł określony katalog informacji (opisane powyżej pkt do 1 do 6) oraz w sposób dostateczny wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Za takim stanowiskiem przemawia dokonana przez Izbę ocena zasadzająca się na przekonaniu, iż Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wykazał w sposób dostateczny, że informacje zawarte w dokumentach w części zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia w nich, określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do poszczególnych informacji z katalogu zastrzeżonego przez Przystępującego w kontekście wyjaśnień tego wykonawcy Izba stwierdziła, że zastrzeżone informacje stanowią informacje organizacyjne, które mają dla tego wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Szczegółową argumentację w tym zakresie została poparta przez Przystępującego konkretnymi wyliczeniami (str. 45 wyjaśnień).

Po pierwsze w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Asseco wskazał powody dla których dokonał zastrzeżenia określonego katalogu informacji oraz wskazał na wartość gospodarczą dokonanego zastrzeżenia, przedstawiając w tym zakresie szczegółowe wyliczenia. W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że wyjaśnienia zawierają konkretne, precyzyjne informacje, które uprawniały Przystępującego do zachowania w poufności części dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Jeśli zaś chodzi o wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji to Izba stanęła na stanowisku, że zastrzeżone informacje

posiadają autonomiczną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność jej ochrony przed szerszym rozpowszechnianiem. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który podawał w wątpliwość zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jednocześnie Wykazu osób z załącznika 5B złożonego przez wykonawcę Asseco wraz z ofertą oraz Wykazu osób z załącznika 5A, złożonego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W tym zakresie Izba uznała za trafną argumentację Zamawiającego, który wskazywał na treść pkt 1.2 Rozdziału XI SIMZ, w którym dopuścił wskazywanie tych samych osób w obu wykazach. Zatem zasadne jest twierdzenie, że to samo ryzyko dotyczy osób z obu ww. wykazów.

Kolejną przesłanką, która stanowiła podstawę badania przez Izbę była konieczność wykazania przez Przystępującego, iż podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Izba w omawianym zakresie w pełni popiera stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy zgodnie twierdzili, że wykonawca Asseco sprostął temu wymaganiu, bowiem ww. wykonawca obejmując klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” dane informacje nie oparł się jedynie na ogólnych twierdzeniach, ale przedstawił w tym zakresie odpowiednie dowody. Dostrzec należy, że informacje o osobach wchodzących w skład zespołu i kwalifikacjach ekspertów wskazanych w zastrzeżonych wykazach nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Wykonawca Asseco podjął szereg działań mających na celu utrzymanie powyższych informacji w poufności m.in. na zobowiązanie osób biorących udział w przygotowaniu oferty oraz ekspertów wskazanych w wykazach do zachowania poufności. W związku z tym dostęp do informacji objętych wykazami miało jedynie ograniczone grono osób, zaś umowy zawarte przez wykonawcę Asseco z tymi osobami zawierają odpowiednie klauzule poufności. Ponadto Przystępujący odwoływał się do posiadania odpowiednich certyfikatów systemu zarządzania oraz ścisłe nadzorowanie dostępu do informacji. Na poparcie tych twierdzeń Asseco załączyło dowody w postaci wyciągów ze wzorów umów o pracę oraz certyfikaty.

Jeśli zaś chodzi o informacje o jednym z podwykonawców zastrzeżonych przez wykonawcę Asseco to nie została ona również ujawniona do publicznej wiadomości. Świadczy o tym chociażby to, że Odwołujący jako podmiot zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia nie pozyskał wiedzy w tym zakresie. Zatem uznać należy, że w przestrzeni publicznej brak jest jakichkolwiek informacji na temat współpracy Asseco ze wskazanym podwykonawcą a informacja ta została przez Przystępującego skutecznie „ukryta”. Jedyne pomocniczo należy wskazać, że z § 3 przedstawionego Izbie do wglądu porozumienia o współpracy pomiędzy podwykonawcą a Przystępującym wynika obowiązek zachowania poufności treści porozumienia.

Reasumując, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawca Asseco wypełnił przesłanki wynikające z art. 8 ust. 3 Pzp i wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wyjaśnieniach określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym za prawidłową należy uznać czynność Zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji na żądanie Odwołującego. Wobec tego Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw.

art 8 ust 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust 2 u.z.n.k., polegającego na niezasadnym zaniechaniu przez Zamawiającego ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Asseco jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ramach rozpoznawanych zarzutów Izba nie dopatrzyła się również niezgodnej z przepisami ustawy czynności, która miałaby polegać na uniemożliwieniu Odwołującemu zapoznania się z całością oferty wykonawcy Asseco, która zdaniem wykonawcy DXC powinna być w całości jawna.

W tym miejscu Izba wskazuje, że dostrzega okoliczności związane z trudnością weryfikacji oferty Przystępującego przez Odwołującego w przypadku braku udostępnienia oferty wykonawcy w pełnym zakresie. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że ustawodawca zezwalając wykonawcom na zastrzeżenie określonego katalogu informacji jako takich, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa dopuścił sytuację, w której pewna część informacji zastrzeżonych przez konkretnego wykonawcę nie będzie dostępna konkurencyjnym wykonawcom. Tym samym możliwość ich weryfikacji w ramach prowadzonego postępowania będzie przysługiwała nie konkurentom a jedynie Zamawiającemu, ewentualnie instytucjom takim jak KIO czy odpowiednie Sądy Okręgowe.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

KIO 976/19

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

Izba uznaje za chybioną argumentację Przystępującego, wyrażoną w piśmie procesowym i prezentowanej na rozprawie, jakoby Odwołujący nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym nie wykazał uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania bowiem jego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu.

Nie było sporne między stronami, że w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający określił kryteria w ten sposób, że cena nie była jedynym kryterium oceny ofert. Tym samym należy zgodzić się z Odwołującym, że przy uwzględnieniu odwołań złożonych w ramach omawianego postępowania odwoławczego może nastąpić przetarasowanie klasyfikacji ofert i oferta Odwołującego może już nie być uznawana za najkorzystniejszą. Istotnym również jest, że zarzuty odwołania nie dotyczą dokumentów przedkładanych na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp przez wykonawcę DXC, a jego oferty. W kontekście powyższego zgodzić się należy z Odwołującym, że gdyby Odwołujący obecnie nie złożył odwołania, kwestionującego ofertę konkurenta, która uplasowała się na drugiej pozycji, to jego odwołanie w złożone w terminie późniejszym mogłoby być uznane następnie za złożone po terminie i podlegałoby odrzuceniu.

Izba oddaliła odwołanie uznając zgłoszone zarzuty za bezzasadne.

Izba ustaliła, że nie było sporne między stronami, że Zamawiający w SIWZ określił wymagania między innymi dla środowisk testowych, które miał obowiązek zapewnić wykonawca. W ramach punktu 6 umowy Zamawiający przewidział Usługę Okresu Przejściowego, w ramach której Wykonawca ma obowiązek osiągnąć gotowość do rozpoczęcia wykonywania usług poprzez wykonanie czynności określonych w Załączniku nr 7 do umowy, a w szczególności czynność opisaną w punkcie 3.1.5 tego załącznika:

„3.1.5. przygotowanie własnych środowisk testowych (na infrastrukturze Wykonawcy) - Wykonawca na podstawie Dokumentacji Administratora przygotowuje własne środowiska testowe dla wszystkich utrzymywanych Aplikacji w ilości niezbędnej do należytej realizacji Umowy. Środowiska będą zestawione zgodnie z następującymi zasadami:

3.1.5.1. środowiska stanowić będą odpowiedniki funkcjonalne Środowisk Produkcyjnych poszczególnych Aplikacji, interfejsy do systemów zewnętrznych nieobjętych Usługami Wykonawcy mają zostać zastąpione komponentami symulującymi pracę prawdziwych interfejsów, czyli tzw. zaślepkami;

3.1.5.2. środowiska będą przygotowane w liczbie umożliwiającej Wykonawcy jednoczesne usuwanie Wad oraz rozwiązywanie problemów w Systemie Informatycznym i rozwijanie nowych funkcjonalności;

Wobec tego potwierdzić należy, że strony nie kwestionowały tego, że z treści SIWZ wynika, że wykonawca, aby właściwie świadczyć usługę zobowiązany był spełnić wymagania dotyczące między innymi dla środowisk testowych, a jednym z nich jest konieczność posiadania przez wykonawcę licencji Oracle w celu świadczenia usług objętych przedmiotem umowy, tj. w celu świadczenia usług na rzecz ARiMR.

Pismem z dnia 13 maja 2019 r. firma Oracle poinformowała Zamawiającego, że wykonawca DXC „złożył ofertę w postępowaniu publicznym zawierającą licencje Oracle pomimo braku uprawnień do tej czynności”. Następnie Zamawiający w dniu 14 maja 2019 roku wezwał wykonawcę DXC do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie licencji Oracle. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca DXC potwierdził, że środowiska testowe będą zbudowane w oparciu o licencje Oracle oraz że „zamierza nabyć wymagane przez Zamawiającego licencje Oracle zgodnie ze standardowymi procedurami kanałów sprzedaży przedsiębiorstwa Oracle w Unii Europejskiej”. Kolejną firmą Oracle Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi na pismo ARiMR z dnia 23 maja 2019 r. udzieliła wyjaśnień w piśmie z dnia 27 maja 2019 r.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu wyjaśnić należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Natomiast według art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie Zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W zakresie rozpoznawanych zarzutów za kluczowe dla rozstrzygnięcia należy uznać zagadnienie związane z tym, czy Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawcy w chwili składania ofert dysponowali licencjami Oracle lub też aby co najmniej wystąpili z zapytaniem ofertowym do producenta oprogramowania w celu ich wyceny. Pod dokonaniu analizy treści specyfikacji Izba stwierdziła, że wykonawca w celu realizacji umowy miał zapewnić własne środowiska testowe, które powinny być oparte o licencje firmy Oracle. W ocenie Izby w treści SIWZ brak jest postanowień - a Odwołujący też ich nie wskazał - z których wynika, że wykonawca w momencie składania ofert powinien dysponować ww. licencjami lub też powinien mieć zapewnienie ze strony producenta, że takie licencje będzie mógł od niego zakupić. W kontekście powyższego Izba potwierdza, że słusznie uznał Zamawiający, iż w tym przypadku brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy DXC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba zgadza się z Zamawiającym, że treść oświadczeń firmy Oracle Polska sp. z o.o. nie przesądza jednoznacznie o niemożliwości uzyskania przez wykonawcę DXC licencji Oracle zgodnych z wymogami SIWZ. Wobec tego Izba uznała, że brak jest jednoznacznych dowodów świadczących o tym, że wykonawca DXC nie będzie w stanie uzyskać potrzebnych licencji w przyszłości, czy to od Oracle Polska sp. z o.o. lub od innych przedstawicieli Oracle w Europie, albo też w drodze odsprzedaży licencji już „użytych”. Izba podziela również zapatrywanie Zamawiającego, który wskazywał, że nawet jeśli Oracle Polska sp. z o.o. powołuje się w oświadczeniu na wewnętrzne standardy korporacyjne, to w żaden sposób nie wyklucza to tego, że wykonawca DXC będzie mógł nabyć licencje Oracle w przyszłości np. na skutek negocjacji przeprowadzonych z firmą Oracle Polska sp. z o.o. lub też od innych przedstawicieli Oracle w Europie, w ramach oficjalnego kanału sprzedaży. W zaprezentowaną powyżej argumentację wpisuje się oświadczenia Przystępującego w toku rozprawy, który twierdził, że w chwili obecnej są w tym zakresie pomiędzy odpowiednimi podmiotami prowadzone rozmowy, dotyczące uzyskania niezbędnych licencji Oracle.

W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do tego, aby Zamawiający odrzucił ofertę DXC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazywanego przez Odwołującego przepisu ustawy.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, polegający na zaniechaniu wystąpienia do wykonawcy DXC o udzielenie wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie licencji Oracle, niezbędnych do realizacji zamówienia to Izba uznała zgłoszony zarzut za nieuzasadniony.

Z ustaleń Izby opisanych powyżej wynika, że Zamawiający zwracał się do wykonawcy DXC na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących licencji Oracle. W

odpowiedzi na wezwanie wykonawca DXC potwierdził, że uwzględnił w swojej ofercie koszt nabycia licencji Oracle. Podkreślenia wymaga, że w toku rozprawy Przystępujący wyjaśniał,

że cenę licencji ustalił w oparciu o globalną listę cen licencji Oracle

, która uwzględnia również licencje niezbędne do realizacji zamówienia. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia Izba uznała za przekonujące, co skutkowało tym, że Izba stwierdziła, że nie było koniecznym, aby wykonawca DXC celu ustalenia ceny licencji musiał uprzednio występować do Oracle Polska sp. z o.o. o ofertę. W kontekście powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ Zamawiający dysponował wiedzą o tym, że wykonawca DXC uwzględnił w złożonej ofercie koszt licencji Oracle, niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodzić się należy również z Zamawiającym, że zgłoszony zarzut należy uznać za chybiony również z uwagi na to, że w okolicznościach sprawy nie ziściła się przesłanka uzasadniająca wezwanie DXC do wyjaśnień ceny oferty lub jej istotnej części składowej. Słusznie podnosił Zamawiający, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obligatoryjny wymóg zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy zaferowana 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. W omawianej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek argumentów, że koszt licencji Oracle stanowi istotną część składową

ceny oferty wykonawcy DXC. W tym kontekście Izba stanęła na stanowisku, że brak jest więc podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp a tym samym nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwolujący w złożonym odwołaniu wskazywał na zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp opierając się na tym, że wykonawca DXC składając ofertę spowodował po stronie Zamawiającego mylne wrażenie, iż będzie mógł zbudować środowiska testowe, gdyż posiada uprawnienia do oferowania licencji Oracle. Odwołujący twierdził, że wykonawca DXC wprowadził Zamawiającego w błąd, podając w wyjaśnieniach z dnia 17 maja 2019 r. nieprawdziwe informacje mające wpływ na ocenę jego oferty, a zatem także na wynik postępowania. Zdaniem wykonawcy Asseco wykonawca DXC nie mógł bowiem w cenie złożonej oferty uwzględnić kosztów nabycia licencji Oracle, gdyż nie posiadał odpowiedniej oferty licencji od firmy Oracle.

Według art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie Zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała zgłoszony zarzut za nieuzasadniony z uwagi na to, że wykonawca DXC, aby ująć w ofercie koszt licencji Oracle nie potrzebował w tym zakresie występować o uzyskanie oferty do firmy Oracle. Argumentacja, która legła u podstaw stanowiska Izby została przedstawiona powyżej dlatego też, Izba uznała za niecelowe jej powtarzanie.

Podsumowując, Izba oddalając odwołanie nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

KIO 984/19

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

Izba dokonała analizy zgłoszonych zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 90 ust. 1

ustawy polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Asseco do złożenia

wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty Asseco, tj. ceny

jednostkowej za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz ceny jednostkowej za

Usługę Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus.

Po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w specyfikacji w zakresie sposobu obliczenia nie

przewidział postanowień, które nakładałyby na wykonawców konkretny sposób kalkulacji ceny, w szczególności aby wykonawca w był zobowiązany uwzględnić koszt oprogramowania LIDS w kosztach Aplikacji GIS.

Izba ustaliła, że w ramach prowadzonego postępowania oferty złożyli wykonawcy, których ceny opiewały na następujące kwoty całkowite brutto: Asseco - 155.949.639,20 zł, DXC - 158.620.447,94 zł, Comarch - 220.880.770,94 zł.

Z ustaleń Izby wynika również, że wykonawca Asseco w złożonej ofercie zaoferował następujące ceny jednostkowe za Usługę Usuwania Wad w poszczególnych aplikacjach:

1. PZSIPplus - 13.608,00 zł netto za miesiąc i odpowiednio 16 737,84 zł brutto/m-c,
2. GIS - 2.272,00 zł netto za miesiąc i odpowiednio 2794,56 zł brutto/m-c.

Natomiast całość Usług Utrzymania (w tym Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz Usług Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus) została wyceniona przez wykonawcę Asseco na 60.748.697,00 zł brutto (pkt 1 w tabeli nr VI formularza ofertowego str. 9). Ceny za Usługi Usuwania Wad w wymiarze 42 miesięcy wynoszą odpowiednio 117.371,52 zł brutto dla Aplikacji GIS oraz 702.989,28 zł brutto dla Aplikacji PZSIPplus.

Izba ustaliła, że cena za 42 miesiące świadczenia Usług Usuwania Wad Aplikacji GIS stanowi 0,2% ceny za całość Usług Utrzymania oraz 0,08% łącznej ceny oferty Asseco. Natomiast jeżeli chodzi o Usługę Usuwania Wad Aplikacji PZSIPplus w wymiarze 42 miesięcy, stanowi ona 1,16% ceny za całość Usług Utrzymania oraz 0,5% łącznej ceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 Pzp, 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, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W zakresie interpretacji powołanego przepisu Izba w pełni podziela stanowisko

wyrażone przez Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej, zamieszczonej na stronie internetowej UZP, w której stwierdzono m. in.: „Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budzą jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości, zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego. Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten - w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) - nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy. W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit".

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba wskazuje, że w ramach prowadzonego postępowania oś sporu pomiędzy stronami zasadza się na przeciwstawnych wnioskach w aspekcie konieczności zastosowania przez Zamawiającego procedury, opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp. Wobec tego rozstrzygnięcie zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do poszczególnych części składowych ceny ofertowej wykonawcy Asseco, tj. cen jednostkowych za Usługę Usuwania Wad Aplikacji: GIS i PZSIPlus, a w konsekwencji wezwać tego wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień? Izba stwierdziła, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Na wstępie zaznaczyć należy, że różnica pomiędzy całkowitymi cenami zaoferowanymi przez Przystępującego i Odwołującego jest znikoma ponieważ wynosi jedynie 2.670.811,74 zł, czyli 1,68 %. Tym samym na tym poziomie nie sposób mówić o podejrzeniu występowania w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej. Izba stanęła na stanowisku, że również w kontekście poziomu cen jednostkowych za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz PZSIPlus, zawartych w ofercie wykonawcy Asseco nie sposób uznać, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości i wszcząć procedurę opisaną w art. 90 ust. 1 Pzp.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu istotnym jest, że Zamawiający w treści specyfikacji nie ukształtował konkretnego sposobu obliczenia ceny oferty, dlatego należy zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawcy mogli przyjąć najbardziej odpowiednią dla siebie metodę kalkulacji ceny. Powyższe nie zostało zakwestionowane przez wykonawców w toku rozprawy i znajduje odzwierciedlenie w ofertach wykonawców, którzy wyceniali poszczególne grupy usług zgodnie z przyjętą przez siebie metodyką, czego efektem jest to, że każdy z wykonawców (łącznie z Odwołującym) w swojej ofercie zaoferował zarówno ceny znacząco niższe od pozostałych, jak i takie, które znacząco przewyższają ceny zaoferowane przez konkurencję. Szczegółowe przykłady w tym zakresie zostały przez Zamawiającego przywołane w odpowiedzi na odwołanie.

Analogiczna argumentacja wpisuje się w zarzuty oparte o wartość oprogramowania LIDS. Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego, który twierdził, że wykonawca powinien ująć koszt ww. oprogramowania LIDS w określonym miejscu. W ocenie Izby powyższe twierdzenia nie korespondują z treścią specyfikacji, w której brak jest szczegółowych uregulowań w tym zakresie. Tym samym uznać należy, że skoro Zamawiający nie wymagał podania kosztu oprogramowania LIDS w określonym miejscu to wykonawca mógł ująć ten koszt w innych kosztach, składających się na cenę oferty, co zresztą zostało przyznane przez Przystępującego, który oświadczył, że koszt oprogramowania LIDS został przez niego ujęty w cenie oferty.

Jeśli zaś chodzi o wysokość kosztu oprogramowania LIDS w cenie oferty wykonawcy Asseco to Izba zwraca uwagę, że Odwołujący twierdził, że Przystępujący będzie zobowiązany do ponoszenia w tym zakresie takich samych kosztów jak Odwołujący, tj. 50 000,00 euro rocznie. W ocenie Izby powyższe twierdzenia wykonawcy DXC należy uznać za co najmniej niepotwierdzone. Po pierwsze, Izba uznała, że brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że wykonawca Asseco będzie ponosił w zakresie oprogramowania LIDS takie same koszty jak

wykonawca DXC. Po drugie, dostrzec należy, że firma Asseco Central Europę z siedzibą w Bratysławie, to firma należąca do grupy kapitałowej Asseco, a tym samym opierając się na 53

doświadczeniu życiowym należy uznać, że wysoce prawdopodobne jest, że wykonawca Asseco, który należy do grupy tej samej grupy uzyskałby ofertę na korzystniejszych warunkach niż wykonawca DXC, który do grupy Asseco nie należy. Po trzecie, Odwołujący prezentowaną argumentację opierał na ofercie, którą pozyskał w ubiegłym roku. Zatem skoro wykonawca DXC nie wystąpił do firma Asseco Central Europę z siedzibą w Bratysławie o aktualną ofertę w zakresie oprogramowania LIDS to nie może mieć wiedzy, jaka jest w tej chwili cena tego oprogramowania.

Za nietrafną Izba uznała również argumentację Odwołującego, który twierdził, że podane ceny jednostkowe są nierealne z uwagi na to, że nie pokrywają one nawet kosztu zatrudnienia wysoce wyspecjalizowanego personelu z branży IT. W omawianym zakresie Izba uznała za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego, który w toku rozprawy twierdził, że nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, jakoby za kwotę 2 000 zł konieczne było utrzymanie całego zespołu informatyków, bowiem również w ofercie wykonawcy DXC w poszczególnych pozycjach wskazano odpowiednio kwoty: 333 zł w zakresie monitorowania, bądź 459 zł. Zdaniem Zamawiającego gdyby zastosować argumentację Odwołującego, to również za ww. kwoty nie da się utrzymać zespołu informatyków, który będzie realizował daną usługę. Zdaniem Izby powyższe w sposób niebudzący wątpliwości dowodzi, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kalkulował poszczególne ceny jednostkowe oferty w sposób najbardziej dla siebie odpowiedni.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu istotnym jest, że usługi w ramach postępowania Zamawiający podzielił na usługi rozwoju oraz utrzymania. Powyższe Usługi zostały następnie podzielone na Grupy. W ramach Grupy Usług Zapewnienia Jakości wyodrębniono Usługę Usuwania Wad, która uwzględniała rozdzielenie na poszczególne aplikacje m. in. GIS oraz PZSIPlus. Izba uznała, że ceny jednostkowe za Usługę Usuwania Wad Aplikacji GIS oraz PZSIPlus należy uznać za nieistotne części składowe ceny oferty. Za takim stanowiskiem jednoznacznie przemawiają przedstawione powyżej wyliczenia matematyczne z których wynika, że powyższe elementy mają marginalne znaczenie nie tylko w kontekście ceny całkowitej oferty wykonawcy Asseco, ale również nie mają istotnego znaczenia z punktu widzenia ceny grupy usług do których zostały zakwalifikowane, tj. ceny za całość Usług Utrzymania. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że kwestionowane przez Odwołującego ceny jednostkowe nie mają istotnego znaczenia dla całości wyceny przedmiotu zamówienia. Izba za chybną uznała również argumentację opierającą się na tym, że jeśli Zamawiający wyspecyfikował w formularzu ofertowym daną pozycję kosztową to zobowiązany jest do jej zbadania również w aspekcie występowania ceny rażąco niskiej. Izba wskazuje, że

wyspecyfikowanie w formularzu ofertowym danej pozycji nie przesądza o jej istotności w odniesieniu do badania występowania w ofercie danego wykonawcy ceny rażąco niskiej. Izba opowiada się za poglądem, w którym owemu badaniu podlegają składniki ceny, które są istotne i których zaniżenie wywiera wpływ na cenę zaoferowaną przez wykonawcę. W omawianym przypadku Izba nie potwierdziła istotności wskazywanych przez Odwołującego cen jednostkowych z punktu widzenia zaoferowanej ceny całkowitej.

Podsumowując, wbrew twierdzeniom Odwołującego Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły okoliczności, które nakładałyby na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy Asseco na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień w aspekcie występowania w ofercie tego wykonawcy ceny rażąco niskiej. W związku z tym zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp należy uznać za niezasadniony.

II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3, art.

91 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 u.z.n.k. polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z uwagi na złożenie przez Przystępującego oferty z rażąco niską ceną istotnych składników tej oferty w wyniku niedozwolonej manipulacji ceną Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPlus.

Na wstępie Izba wskazuje, że argumentacja zgłoszona przez Odwołującego w toku

rozprawy, zasadzająca się na zaniżeniu ceny przez Asseco w zakresie Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS i Aplikacji PZSIPplus i uzyskaniu w ten sposób określonych korzyści w postaci niższych kar umownych wykracza poza zakres zaskarżenia wskazany w odwołaniu. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który odwołując się do określenia zawartego w odwołaniu tj. „niedozwolonej manipulacji cenowej” stwierdził, że zgłoszona argumentacja zawiera się w zakresie zarzutu. Izba stanęła na stanowisku, że powyższa argumentacja stanowi nowy zarzut, który wykracza poza granice zaskarżenia zawarte w odwołaniu.

Izba wyjaśnia, że co prawda w przepisach Pzp brak jest legalnej definicji zarzutu odwołania to jednak orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało własną definicję tego terminu, według której zarzut odwołania to „zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne”. W omawianej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący w złożonym odwołaniu nie podał żadnych okoliczności faktycznych w zakresie kar umownych. Okoliczności powyższe zostały przedstawione przez wykonawcę DXC dopiero w toku rozprawy. W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że przedstawiona argumentacja stanowi nowy zarzut, który należy

55

pozostawić bez rozpoznania, ponieważ zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 Pzp Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może orzekać co do zarzutów, które nie były w nim zawarte.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że w złożonym odwołaniu wykonawca DXC stwierdził, że działanie wykonawcy Asseco polegające na oferowaniu dwóch usług poniżej ich wartości rynkowej miało wpływ na ostateczną cenę oferty i było działaniem w zamiarze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, a tym samym ich eliminację z postępowania. Zdaniem Odwołującego powyższe wypełniało wszystkie przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez wykonawcę Asseco wyrażał się przez:

1. rażące zaniżenie ceny Usługi Usuwania Wad co wpływ miało na ostateczną cenę oferty i utrudniło dostęp do zamówienia;
2. zaniechanie uwzględnienia przez Asseco w cenie Usługi Usuwania Wad Aplikacji GIS ceny wsparcia oprogramowania standardowego LIDS.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji.

W świetle art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy

lub klienta.

Zgodnie z art. 15 ust 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie

innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Argumentacja Izby jest tożsama z tą wyrażoną w zakresie zarzutu opisanego w pkt I uzasadnienia odwołania o sygn. akt KIO 984/19. W związku z tym Izba uznała jej powielanie za niecelowe.

Jedynie dodatkowo Izba zwraca uwagę, że Odwołujący na którym spoczywał ciężar dowodu, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie prezentowanych przez siebie tez a oparł się jedynie na własnych twierdzeniach, które Izba uznała za gołosłowne. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszone zarzuty nie potwierdziły się.

III. IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez niezasadne przyznanie przez Zamawiającego wykonawcy Asseco w ramach kryterium oceny „doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” punktacji w konsekwencji czego Zamawiający powinien przyznać wykonawcy Asseco w tym kryterium oceny ofert nie 20 a 16 punktów.

Programista Java Enterprise Edition

Zgodnie z pkt 1.2.3 Rozdziału XI SIWZ Zamawiający ocenając oferty przyznawał punkty w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” za skierowanie dwóch osób do realizacji zamówienia na stanowisku Programista Java Enterprise Edition, którzy spełniają wymagania zdefiniowane w Rozdziale III w pkt 1.2.2.3 SIWZ, m. in. posiadanie certyfikatu Oracle Certified Expert Java EE6 lub równoważny.

Każdy wykonawca mógł otrzymać łącznie 4 punkty za skierowanie do realizacji zamówienia dwóch Programistów Java Enterprise Edition spełniających wymagania opisane w SIWZ

Zamawiający w uwagach do pkt 1.2 SIWZ zdefiniował kryteria równoważności certyfikatów, przyjmując, że przez certyfikaty równoważne Zamawiający rozumie certyfikat, który:

a. jest analogiczny co do zakresu z przykładowymi certyfikatami wskazanymi z nazwy dla danej roli, co jest rozumiane jako:

- i. analogiczna dziedzina merytoryczna wynikająca z roli, której dotyczy certyfikat;
- ii. analogiczny stopień poziomu kompetencji;
- iii. analogiczny poziom doświadczenia zawodowego wymaganego do otrzymania danego certyfikatu;

b. potwierdzony jest egzaminem (dotyczy tylko tych ról, których przykładowe certyfikaty muszą być potwierdzone egzaminem).

Izba ustaliła, że Przystępujący w złożonej ofercie złożył wraz z ofertą oświadczenie - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, wypełniony zgodnie z załącznikiem nr 5B do SIWZ, gdzie w pkt 3 wykazu wskazał jednego z Programistów Java Enterprise Edition, legitymującego się certyfikatem Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer. Zamawiający przyznał wykonawcy Asseco 4 punkty w tym zakresie.

W toku rozprawy strony złożyły następujące dowody:

1. Wydruki z następujących stron internetowych:

<https://education.oracle.com/certification>, <https://sites.google.com/site/javashelf/java-certification-path>, www.codeinside.com/java-certification-roadmap.php,

.

2. Korespondencja e-mail pomiędzy pracownikiem wykonawcy DXC a pracownikiem

Oracle w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski.

3. Załącznik stanowiący argumentację wspierającą w zakresie wykazu różnic pomiędzy wersjami technologii Redhat Open Shift 3.0 oraz 3.5,

4. Oświadczenie firmy Oracle Polska Sp. z o.o. z dnia 10 czerwca 2019 r. podpisane przez Prezesa Zarządu firmy wraz z zapytaniem Zamawiającego, z dnia 7 czerwca 2019 r. kierowanym do ww. podmiotu.

5. Oświadczenie firmy Oracle Polska Sp. z o.o. z dnia 10 czerwca 2019 r. podpisane przez Prezesa Zarządu firmy wraz z zapytaniem Przystępującego, z dnia 10 czerwca 2019 r. kierowanym do ww. podmiotu.

Izba dokonała analizy zasadności zgłoszonych zarzutów wskazanych w odwołaniu uwzględniając przy tym zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i stwierdziła, że zgłoszone zarzuty należy uznać za bezzasadne.

W zakresie rozpoznawanych zarzutów za kluczowy dowód Izba uznała oświadczenie Oracle Polska Sp. z o.o. w którego treści podano, że „certyfikat Oracle Certified Expert Java

EE6 nie jest już obecnie wystawiany przez Oracle. Od marca 2019 roku w toku certyfikacji można pozyskać wyłącznie certyfikat Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer. Tym samym można uznać, że wskazywany przez Państwa certyfikat Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer jest następcą certyfikatu Oracle Certified Expert Java EE6. Po analizie wskazanych warunków równoważności określonych przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w SIWZ wskazujemy, że certyfikat Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer można uznać za równoważny dla certyfikatu Oracle Certified Expert Java EE6 w rozumieniu powyższych postanowień. Osoba posiadająca certyfikat Oracle Certified Professional Java EE 7 Application Developer posiada wiedzę i kompetencje wystarczające do uzyskania wcześniejszego certyfikatu Oracle Certified Expert Java EE6”. W związku z tym Izba doszła do przekonania, że wskazany przez Przystępującego certyfikat jest równoważny względem tego wskazanego przez Zamawiającego w świetle kryteriów równoważności wskazanych w SIWZ. Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie przyznał określoną ilość punktów Przystępującemu we wskazywanym zakresie.

Odnosząc się zaś do stwierdzenia „można uznać za równoważny”, zawartego w treści oświadczenia firmy Oracle Polska Sp. z o. o. to Izba uznała powyższe określenie za dostateczne i wystarczające dla potwierdzenia równoważności certyfikatu, będącego przedmiotem rozważań. Zaznaczenia wymaga, że powyższe nabiera znaczenia w szczególności w zestawieniu z dowodami przedłożonym przez Odwołującego, które nie stanowią oświadczenia jakiejkolwiek firmy a wyłącznie wydruki ze stron internetowych.

Izba uznała za chybione stanowisko Odwołującego, który twierdził, że w tym przypadku podmiot składający oświadczenie, tj. firma Oracle Polska Sp. z o.o. nie jest odpowiedni do wydawania tego rodzaju oświadczenia. Odwołujący kwestionując kompetencje ww. firmy opierał się jedynie na własnych twierdzeniach nie przedstawiając w tym zakresie żadnego dowodu. W tej kwestii Izba uznała, że racje ma Zamawiający, który stwierdził, że przedstawicielstwo firmy Oracle w Polsce jest jak najbardziej uprawnione do wydawania tego rodzaju oświadczeń, bowiem za mało prawdopodobną należy uznać sytuację, w której przy braku dostatecznej wiedzy taki dokument zostałby Zamawiającemu wydany. Zapewne wówczas firma nie udzieliłaby odpowiedzi odsyłając w tym zakresie do odpowiedniego podmiotu. Izba odniosła się również do dowodów złożonych przez Odwołującego wskazując, że stanowią one przede wszystkim wydruki ze stron internetowych, które w zestawieniu z bezpośrednim oświadczeniem firmą Oracle Polska Sp. o. o. bez wątpienia posiadają znacznie słabszą moc dowodową, która nie jest w stanie podważyć stanowiska wyrażonego w złożonym

przez Zamawiającego oświadczeniu.

Administrator OpenShift

Zgodnie z pkt 1.2.2 Rozdziału XI SIWZ, Zamawiający oceniając oferty przyznawał punkty w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” za skierowanie jednej osoby na stanowisku Administrator OpenShift, która spełnia wymagania zdefiniowane w Rozdziale III SIWZ, m. in. posiadanie certyfikatu Red Hat Certified Specialist in OpenShift lub równoważny.

Każdy wykonawca mógł otrzymać łącznie 2 punkty za skierowanie do realizacji zamówienia jednej osoby na stanowisku Administrator OpenShift spełniającej wymagania opisane w SIWZ.

Zamawiający w uwagach do pkt 1.2 SIWZ zdefiniował kryteria równoważności certyfikatów, przyjmując, że przez certyfikaty równoważne Zamawiający rozumie certyfikat, który:

- a. jest analogiczny co do zakresu z przykładowymi certyfikatami wskazanymi z nazwy dla danej roli, co jest rozumiane jako:
 - i. analogiczna dziedzina merytoryczna wynikająca z roli, której dotyczy certyfikat;
 - ii. analogiczny stopień poziomu kompetencji;
 - iii. analogiczny poziom doświadczenia zawodowego wymaganego do otrzymania danego certyfikatu
- b. Potwierdzony jest egzaminem (dotyczy tylko tych ról, których przykładowe certyfikaty muszą być potwierdzone egzaminem.)

Izba ustaliła, że wykonawca Asseco złożył wraz z ofertą oświadczenie - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, wypełniony zgodnie z załącznikiem nr 5b do SIWZ. W owym wykazie wykonawca Asseco wskazał następującą nazwę certyfikatu: „Red Hat Certified Specialist in OpenShift Administration - dawniej: Red Hat Certificate of Expertise in Platform-as-a-Service.”

W toku rozprawy Zamawiający oraz Przystępujący złożyli następujące dowody:

1. Oświadczenie firmy Red Hat Poland Sp. z o.o. z dnia 10 czerwca 2019 r. podpisane przez Adama Wojtkowskiego - General Manager CEE RedHat wraz z zapytaniem Zamawiającego, z dnia 7 czerwca 2019 r. kierowanym do ww. podmiotu.
2. Certyfikat Red Hat Certified Specialist in OpenShift Administration z dnia 27 września 2019 r. wystawiony dla osoby wskazanej na stanowisku Administrator Open Shift w ofercie wykonawcy Asseco.

W zakresie omawianego zarzutu Izba uznała za trafną argumentację zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający stwierdził, że posłużenie się przez wykonawcę Asseco następującym określeniem w zakresie certyfikatu: „Red Hat Certified Specialist in OpenShift Administration - dawniej: Red Hat Certificate of Expertise in Platform-as-a-Service.” oznacza to, że wykonawca ten wskazał certyfikat wymagany w SIWZ, przy czym dla uniknięcia wątpliwości dodatkowo wskazał poprzednią nazwę tego certyfikatu, tj. „Red Hat Certificate of Expertise in Platform-as-a-Service.” Izba zgadza się z Zamawiającym, że użyte przez wykonawcę Asseco stwierdzenie nie stanowi podstawy dla uznania, że ten wykonawca złożył certyfikat niespełniający wymogów specyfikacji, ponieważ dowód w postaci kopii certyfikatu złożony przez Przystępującego na rozprawie jednoznacznie potwierdza, że programista wskazany w Wykazie dysponuje wymaganym certyfikatem.

Co istotne, oba certyfikaty, opisane powyżej, są względem siebie równoważne, co zostało potwierdzone przez firmę Red Hat w oświadczeniu złożonym przez Zamawiającego na rozprawie. Biorąc pod uwagę powyższe Izba postanowiła oddalić zgłoszone zarzuty.

W kontekście powyższego Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie sposób uznać, że w ramach omawianego postępowania mamy do czynienia ze złożeniem przez wykonawcę Asseco nieprawdziwych informacji, konsekwentnie nie można również się zgodzić z zarzutem IV odwołania, jakoby Asseco wprowadziło Zamawiającego w błąd. W związku z tym Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 24

ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, polegającego na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Asseco z postępowania z uwagi na wprowadzenie przez wykonawcę Asseco w błąd Zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

V. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 91

ust. 1 ustawy oraz art. 3 ust. 1 ustawy u.z.n.k. przez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy Asseco w uwagi na wskazanie w ofercie podwykonawcy z naruszeniem art. 3

ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy u.z.n.k.

Izba wskazuje, że w zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący twierdził, że hipoteza czynu nieuczciwej konkurencji spełni się poprzez wskazanie przez wykonawcę Asseco jako podwykonawcę Asseco Central Europe z siedzibą w Bratysławie, posiadającego prawa autorskie do oprogramowania LIDS. Takim działaniem Asseco stworzyłaby sytuację umożliwiającą uzyskanie mu przewagi nad innymi wykonawcami w postępowaniu oraz polepszenie swojej sytuacji przy uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że wykonawca Asseco nie wskazał w złożonej ofercie podmiotu Asseco Central Europe jako podwykonawcy a zatem brak było podstaw go uwzględnienia ww. zarzutu. Tym samym Izba oddaliła zgłoszone zarzuty jako nieuzasadnione.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).