Sygn. akt: KIO 1323/19

WYROK

z dnia 26 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Irmina Pawlik

Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2019 r. przez wykonawcę Comarch Polska S.A., z siedzibą w Krakowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Asseco Poland S.A., z siedziba w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnienia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska S.A., z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego - Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie na rzecz wykonawcy Comarch Polska S.A., z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000,00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1323/19

UZASADNIENIE

W dniu 11 lipca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarach Polska S.A., z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej

„Zamawiający"):

1. zaniechanie odrzucenia oferty Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Asseco") wskutek: (i) naruszenia zasady jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny; (ii) wskazywania wykonawcy jakimi dowodami ma się posłużyć wykonawca by wykazać, że cena oferty nie jest rażąco niska, wielokrotnego przedłużanie terminu udzielenia wyjaśnień, podczas gdy Asseco nie złożyło żądanych wyjaśnień, a pierwotnie udzielone wyjaśnienia z uwzględnieniem zasady jednokrotnego wezwania nie dowodziły realności ceny - czym naruszono art. 90 ust 3 Pzp. w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1) oraz art 92 ust. 2 Pzp. i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Asseco pomimo, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskutek dokonania nieprawidłowej oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień ceny (z których część była informacjami niezgodnymi z rzeczywistością, mogącymi wprowadzić w błąd Zamawiającego) oraz złożonych dowodów (w tym w szczególności 8 filmów), która powinna prowadzić do wniosku, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - czym naruszono art. 89 ust 1 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 17), art. 90 ust. 3 Pzp. w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 a pkt 1) oraz art. 92 ust. 2 Pzp. 1 art 7 ust. 1 i 3 Pzp;

3. dokonania niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty Asseco jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona - czym naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności oceny ofert; (ii) unieważnienia czynności wyboru oferty Asseco; (iii) dokonanie ponownej czynności oceny ofert; (iv) odrzucenia oferty Asseco; (v) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że oferta firmy Asseco została złożona w konkretnym otoczeniu biznesowym i rzeczywistości technologicznej, które to posiadają następujące niezaprzeczalne cechy:

- wszyscy oferenci (Asseco, DXC, Comarch) działają na tym samym rynku pracy i wszyscy musieli zapewnić podobnej klasy specjalistów do realizacji zamówienia;

- wszyscy oferenci mają doświadczenie we współpracy z Zamawiającym w oparciu o wzorzec umowy wykorzystany w niniejszym postępowaniu (różniące się w ilości lat współpracy oczywiście, ale dla żadnego z nich ARiMR nie jest klientem nieznanym), oraz wielokrotnie uczestniczyli w procedurach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego;

- w stosunku do dotychczasowych postępowań, Zamawiający zmienił podręcznik wyceny IFPUG z wersji 1.0 na wersję 2.8. Podręcznik ten reguluje zasady wyceny prac modernizacyjnych;

- wszystkie znaczące na rynku firmy IT korzystają z dostępnych i adekwatnych do konkretnego zastosowania metod optymalizacji i automatyzacji pracy (czyni to również Odwołujący);

- narzędzia oraz metodyki wspierające procesy wytwórcze i jakościowe stanowią znaczący segment rynku IT, a te z nich, które pozwalają na faktyczne oszczędności są niezwłocznie wdrażane przez wszystkie racjonalnie działające firmy;

- każda optymalizacja kosztu / ilości pracy posiada swoją granicę, której nie da się przekroczyć bez obniżenia jakości lub bez wkroczenia w rozwiązania prawnie niedozwolone;

- każdy racjonalnie działający podmiot wykorzystuje wszystkie dostępne mu możliwości, aby złożyć ofertę możliwie konkurencyjną, a możliwości te analizuje, zaś te uwzględnione w ofercie dokumentuje - przed jej złożeniem;

- żadna firma rynkowa nie posiada magicznego rozwiązania, które pozwalałoby uzyskać wydajność znacząco wyższą od konkurentów - taka metoda niezwłocznie pozwoliłaby tej firmie zmonopolizować całość światowego rynku. Nie zmienia to faktu, że wiele firm twierdzi, że produkowane / posiadane przez nie narzędzia są niezwykle skuteczne - jedyną realną metodą weryfikacji tych twierdzeń jest udział w rynku tych narzędzi (jeśli nie są one powszechnie używane, to znaczy, że nie dają faktycznie takich przewag jak deklaruje ich producent);

- oba główne systemy Zamawiającego (OFSA i SIA) są w przeważającej większości zbudowane w analogicznych technologiach, znanych wszystkim oferentom;

- Asseco w niniejszym postępowaniu złożyło cenę za 1 Punkt Funkcyjny, która dowodzi wydajności o ok. 100% większej, niż oferowana na rynku (jeden pracownik Asseco w ciągu 8-godzinnego dnia pracy jest w stanie wytworzyć dwa razy więcej punktów funkcyjnych), w tym w stosunku do dotychczas proponowanej wydajności przez samo Asseco oraz przez jego w/w konkurentów w ofertach składanych w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Co istotne, wydajności takiej Asseco już nie zaproponowało w ofercie składanej Zamawiającemu ok. 4 miesiące później dla systemu SIA. Owa nadzwyczajna wydajność jest zatem w świetle składanych przez Asseco Zamawiającemu ofert wydarzeniem bez precedensu i jednorazowym.

Zarzut dot. zaniechania odrzucenia oferty Asseco w wyniku złamania zasady jednokrotnego wezwania do wyjaśnień, pomocy Zamawiającego w jej dowodzeniu oraz pomimo nieudzielenia wyjaśnień

W ocenie Odwołującego na tle niniejszej sprawy jako rażąco naruszające ustawę Pzp rzuca się w oczy niespotykane wręcz dążenie Zamawiającego do uratowania za wszelką cenę wyjaśnień ceny składanych początkowo nieudolnie przez Asseco. Odwołujący wskazał, że Zamawiający skierował do Asseco aż 5 wezwań do wyjaśnienia ceny, otrzymująca 5 wyjaśnień, a na samo wyjaśnienie ceny Asseco miało łącznie 58 dni kalendarzowych, czyli niewiele mniej niż łączny czas na przygotowanie ofert w tym postępowaniu który wynosił 88 dni kalendarzowych.

Odwołujący wskazał, że ww. zarzut opiera się na trzech prostych faktach:

1. Zamawiający nie odrzucił oferty Asseco wtedy kiedy był do tego zobowiązany (uwzględniając zasadę jednokrotności wezwania do wyjaśnień ceny) z powodu złożenia przez Asseco wyjaśnień, które nie udowadniały realności ceny, lecz kontynuował wezwania do wyjaśnienia „do skutku" aspektów, które mimo wcześniejszych wezwań, nie były przez Asseco wyjaśniane ani dowiedzione;

2. Zamawiający podpowiedział Asseco jaki dowód na potwierdzenie swych wyjaśnień winno złożyć, pomimo braku takiej inicjatywy dowodowej po stronie samego wykonawcy, co doprowadziło do przygotowania żądanych dowodów, które pozwoliły następnie na uznanie wyjaśnień za wiarygodne i udowodnione;

3. Zamawiający nie odrzucił oferty Asseco pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego (wyjaśnienia Asseco z 21.01.2019)

Odwołując wskazał, że aspektami o które Zamawiający dopytywał wielokrotnie nie uzyskując od razu wyjaśnienia ani dowodu były co najmniej:

1.1. Kwestia wyceny Punktu Funkcyjnego (PF) w kontekście cyklu wytwórczego oprogramowania przyjętego we wzorze umowy;

1.2. Kwestia rozwiązań technicznych i użytych metod mających wpływ na wysokość ceny (autorskie narzędzia Asseco automatyzujące proces wytwórczy oprogramowania).

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył obowiązek odrzucenia oferty określony w art. 90 ust. 3 Pzp w wyniku naruszenia zasady jednokrotnego wezwania do wyjaśnień ceny (art. 90 ust. 1 Pzp) oraz zasady rozkładu ciężaru dowodowego (art. 90 ust 2 Pzp.) i równego traktowania wykonawców, w tym bezstronnego prowadzenia postępowania (art. 7 ust. 1 Pzp). W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył również obowiązek odrzucenia oferty Asseco z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w terminie (art. 90 ust. 3 Pzp).

W ocenie Odwołującego, w rezultacie powyższych naruszeń oferta Asseco winna zostać odrzucona. Składane przez Asseco dalsze (ponad zasadę jednokrotnego wezwania) wyjaśnienia i dowody nie powinny być bowiem brane pod uwagę dla oceny wiarygodności i rzeczowości wyjaśnień.

Odwołujący powołała się na historię korespondencji pomiędzy Zamawiającym i Asseco w zakresie wyjaśnień ceny, która przerodziła się w swego rodzaju dialog, przedstawia się chronologicznie następująco:

- 19.12.2018 - pierwsze wezwanie do wyjaśnień o RNC: wezwanie dotyczy m.in. wpływających na wysokość ceny „rozwiązań technicznych" i oszczędnych „metod wykonania zamówienia"; Zamawiający podkreśla konieczność złożenia dowodów, o Wyznaczono termin: do 4 stycznia 2019r.

- 20.12.2018 Asseco: wskazuje, że potrzebuje więcej czasu

- 21.12.2018 Zamawiający udziela zgody na przedłużenie terminu (do 14 stycznia 2019)

- 11.01.2019 Asseco: przed upływem wyznaczonego terminu składa pierwsze wyjaśnienia ceny (44 strony); wyjaśnienia te wg Asseco zawierają (dane z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa tych wyjaśnień - str. 41): (i) Szczegółowy opis sposobu obliczenia ceny; (ii) Stawki zastosowane przez Asseco dla obliczenia ceny; (iii) szereg szczegółowych kalkulacji; (iv) Szczegółową analizę przedmiotu zamówienia w kontekście rozbicia jej na zadania i wskazanie sposobu realizacji. Wyjaśnienia te nie zawierają informacji o „rozwiązaniach technicznych" dających przewagę konkurencyjną w cenie, w szczególności takich jak autorskie narzędzia Asseco służące do automatyzacji procesu wytwórczego oprogramowania. Wyjaśnienia te nie zawierają również informacji o oszczędnych metodach realizacji zamówienia, takich jak

  automatyzacja procesu wytwórczego ze wskazaniem jej wpływu na cenę. Wyjaśnienia te nie zawierają też metodyki wytwarzania oprogramowania Asseco Poland S.A.

- 17.01.2019 Zamawiający po raz drugi wzywa Asseco do złożenia wyjaśnienia dot.

ceny, w zakresie 6 kwestii (pogrupowanych w 6-u kolejnych punktach), w tym w punkcie 5 wskazuje na „brak w wyjaśnieniach informacji dotyczących wyceny Punktu Funkcyjnego w odniesieniu do struktury prac wynikających z przyjętego we wzorze Umowy cyklu wytwórczego oprogramowania".

(i) Zamawiający wyraźnie wskazuje, by wyjaśnić cenę PF w kontekście obowiązującego w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia cyklu wytwórczego oprogramowania - Zał. 4C do wzoru umowy pkt 7: „Przez czynności wchodzące w pracę nad wytworzeniem lub zmianą oprogramowania o złożoności określonej w Punktach Funkcyjnych Propozycji bądź Zgłoszenia Zmiany Modyfikacji rozumie się wszystkie prace wynikającego z przyjętego w Umowie cyklu wytwórczego oprogramowania oraz zasad działalności Zamawiającego, w szczególności:

7.1. zarządzanie projektem/zmianą,

7.2. zbieranie i analiza wymagań oraz opracowanie dokumentacji analitycznej,

7.3. opracowanie architektury i szczegółowych projektów rozwiązań wraz z dokumentacją projektową,

7.4. wytworzenie oprogramowania wraz z testami wewnętrznymi i integracyjnymi,

7.5. optymalizację i przetestowanie oprogramowania na zgodność z wymogami SIA,

7.6. opracowanie dokumentacji technicznej, administratora i użytkownika,

7.7. przygotowanie i przeprowadzenie Testów Akceptacyjnych,

7.8. przygotowanie i przekazanie pakietu instalacyjnego oprogramowania wraz z kodami źródłowymi.

Zamawiający podkreśla konieczność złożenia dowodów. W ocenie Odwołującego Zamawiający dba o spójność wyjaśnień Asseco, przypominając, że składane wyjaśnienia „powinny korespondować z przyjętymi przez Wykonawcę założeniami w zakresie pracochłonności i poziomu cen (kosztów) przedstawionymi w wyjaśnieniach pierwotnych (z 11.01.2019r.) i zgodne z założeniami przyjętymi do kalkulacji cen. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do 24 stycznia 2019 r.

- 21.01.2019 Asseco: ponownie przed upływem wyznaczonego terminu składa drugie wyjaśnienia. Wyjaśnienia te wg Asseco zawierają (dane z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa tych wyjaśnień): (i) opis sposobu obliczenia ceny; (ii) metodykę sposobu szacowania ceny; (iii) analizę przedmiotu zamówienia w kontekście sposobu szacowania ceny

- 22.01.2019 Zamawiający po raz trzeci kieruje do Asseco wezwanie do złożenia wyjaśnień i wskazuje, że Asseco wyjaśniło jedynie jedną z sześciu (1 z 6) kwestii o które było pytane w drugim wezwaniu, podana w punkcie 1 drugiego wezwania, o ARIMR podkreśla, że dokonując oceny „czy wyjaśnienia Wykonawcy pozwalają w sposób wystarczający uwiarygodnić możliwość należytej realizacji umowy za zaoferowana cenę ofertową, Zamawiający brał pod uwagę całość dostępnej argumentacji przytoczonej w piśmie z dnia 21.012019r." Po „dodatkowej analizie" Zamawiającemu informuje, że uznaje, że „w zakresie wątpliwości podniesionych w punkcie 1 wezwania (z 17.01.2019) całokształt zebranych informacji pozwala na dokonanie oceny oferty odnośnie rażąco niskiej ceny co do aspektów podniesionych w punkcie 1." Jednocześnie Zamawiający wzywa do przedłożenia „wyjaśnień w zakresie pozostałych punktów z pisma z dnia 17.01.2019". Zamawiający w wezwaniu tym tłumaczy się również Asseco, że w drugim wezwaniu do wyjaśnień nie było jego intencją „aby Wykonawca sporządził kalkulację cenową na podstawie metodologii odmiennej niż przyjął przy sporządzaniu oferty. Wyjaśnia, że intencją drugiego wezwania było „przedłożenie wyjaśnień, które nie pozostawia wątpliwości co do ujęcia w ramach oferowanej ceny wszystkich elementów związanych z charakterem przedmiotu zamówienia". Zamawiający przywołuje tu w szczególności „ryzyka, zysk, zobowiązania wykonawcy wynikające z gwarancji jakości. Termin na złożenie wyjaśnień został określony na dzień 24 stycznia 2019r.

- 24.01.2019 trzecie wyjaśnienia Asseco - wyjaśnienia te wg Asseco zawierają (str. 6 Uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa): (i) opis sposobu obliczenia ceny; (ii) metodykę sposobu szacowania ceny; (iii) analizę przedmiotu zamówienia w kontekście sposobu szacowania ceny.

- 11.02.2019 Zamawiający dokonuje wstępnej oceny ofert, wzywa Asseco w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów;

- 15.03.2019 Zamawiający stwierdza, że jednak dotychczasowe wyjaśnienia ceny nie są wystarczające, wskazując, że „nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny". Unieważnia czynności dokonane w dniu 11.02.2019 r. i kieruje czwarte wezwanie do wyjaśnień ceny. W wezwaniu tym wzywa do złożenia dowodów do dnia 21 marca 2019 r.;

- 15.03.2019 Asseco: wskazuje, że potrzebuje więcej czasu;

- 19.03.2019 Zamawiający udziela zgody na przedłużenie terminu (do 26 marca 2019);

- 26.03.2019 czwarte wyjaśnienia ceny Asseco - wyjaśnienia te zawierają listę rozwiązań technicznych służących do automatyzacji procesu wytwórczego oprogramowania, jest ich najmniej 5 (co wynika z kolejności numeracji i opis ujawnionego narzędzia); Asseco wyjaśnia, że powstały one na bazie własnych „doświadczeń z realizacji dużych projektów" (cytat za piątym wezwaniem ARIMR do wyjaśnienia ceny); w szczególności (fragment odtajniony) - str. 20 - Asseco wskazuje na „autorski pakiet narzędzi do automatyzacji testów oprogramowania" pn. ATA Studio, który jest w ofercie Asseco, można go kupić. Asseco odsyła do swej strony internetowej co do informacji i produkcie i warunków jego zakupu. Ponadto wyjaśnienia te wg Asseco zawierają (str. 25 wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa tych wyjaśnień): (i) kompleksową metodykę wytwarzania oprogramowania Asseco Poland S.A.; (ii) opis autorskich, wysoko specjalizowanych narzędzi umożliwiających' (iii) automatyzowanie procesów wytwórczych i utrzymaniowych;

- 13.05.2019 Zamawiający co raz piąty wzywa Asseco do wyjaśnień, wskazując, że

  wcześniejsze wyjaśnienia dalej „nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny". Zamawiający zaznacza, że jego wątpliwości budzą złożone 26.03.2019 wyjaśnienia „dotyczące opisu poszczególnych elementów cyklu wytwórczego modyfikacji oprogramowania. Zamawiający ponownie „przypomina, że zgodnie z pkt 7 załącznika 4C do wzoru Umowy został przyjęty określony cykl wytwórczy oprogramowań, składający się z następujących etapów:

7. Przez czynności wchodzące w pracę nad wytworzeniem lub zmianą oprogramowania o złożoności określonej w Punktach Funkcyjnych Propozycji bądź Zgłoszenia Zmiany Modyfikacji rozumie się wszystkie prace wynikającego z przyjętego w Umowie cyklu wytwórczego oprogramowania oraz zasad działalności Zamawiającego, w szczególności:

7.1. zarządzanie projektem / zmianą,

7.2. zbieranie i analiza wymagań oraz opracowanie dokumentacji analitycznej,

7.3. opracowanie architektury i szczegółowych projektów rozwiązań wraz z dokumentacją projektową,

7.4. wytworzenie oprogramowania wraz z teslami wewnętrznymi i integracyjnymi,

7.5. optymalizację i przetestowanie oprogramowania na zgodność z wymogami SLA,

7.6. opracowanie dokumentacji technicznej, administratora i użytkownika,

7.7. przygotowanie i przeprowadzenie Testów Akceptacyjnych,

7.8. przygotowanie i przekazanie pakietu instalacyjnego oprogramowania wraz z kodami

źródłowymi".

W wezwaniu tym Zamawiający wskazuje Asseco, że „..dopuszcza złożenie w myśl art. 90 ust 1 ustawy (materiał wideo z komentarzami na nośniku elektronicznym jako dowodu"). Zamawiający wyjaśnia, że „Dowody, w tym prezentacja mają za zadanie umożliwić Zamawiającemu dokonanie samodzielnej weryfikacji prawdziwości twierdzeń określonych w wyjaśnieniach" i zaznacza też, że „nie dopuszcza udziału Wykonawcy w trakcie

przeprowadzanie oceny złożonych dowodów w tym w przeprowadzenia przez Wykonawcę prezentacji (na żywo)". Zamawiający ustala termin na złożenie wyjaśnień do dnia 22 maja 2019 r.

- 14.05.2019 Asseco: wskazuje, że potrzebuje więcej czasu, wskazując, że dodatkowy czas „pozwoli Asseco Poland na złożenie pełnych i wyczerpujących wyjaśnień, popartych odpowiednimi dowodami (jakby dopiero teraz nadszedł czas by stały się one wyczerpujące); ponadto Asseco informuje, że „Ww/w piśmie [piąte wezwanie] wskazali Państwo, że dopuszczają Państwo dowód w postaci prezentacji (materiał wideo wraz z komentarzem) na nośniku elektronicznym. Wstępna analiza dokonana w dniu dzisiejszym wskazuje, że przygotowanie takiego dowodu jest bardzo pracochłonne. Podjęte już zostały prace nad takim dowodem, jednakże obawiamy się, że dochowanie terminu 22 maja 2019 może być znacznie utrudnione o Asseco dalej podaje, że „Dodatkowo w chwili obecnej praca nad całością wyjaśnień we wskazanym zakresie (cykl wytwórczy oprogramowania w kontekście ceny za 1 punkt funkcyjny IFPUG) jest w organizacji Asseco utrudniona ze względu na urlop kluczowej osoby odpowiedzialnej za przygotowanie wyceny oferty w tym zakresie. Dyrektor Pionu odpowiedzialnego za produkcję oprogramowania na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia do dnia 20 maja 2019 przebywa na urlopie, a operacyjny kontakt z nim jest właściwie niemożliwy (inna strefa czasowa").

- 17.12.2018 Zamawiający udziela zgody na przedłużenie terminu (do 27 maja 2019)

- 27.05.2019 Asseco: piąte wyjaśnienia Asseco. Wyjaśnienia te wg Asseco zawierają (str. 7 wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa tych wyjaśnień): (i) szczegółowy opis autorskich, wysoko specjalizowanych narzędzi umożliwiających automatyzowanie procesów wytwórczych i utrzymaniowych, ze wskazaniem funkcjonalności tych narzędzi; (ii) informacje dotyczące metodyki wytwarzania oprogramowania w Asseco Poland S.A. ; (iii) wskazanie na sposób użycia w/w narzędzi w projektach Asseco Poland S.A. wraz z ich wpływem na prowadzenie projektów; (iv) odniesienie się do know-how Asseco Poland S.A.; (v) przyjęty na etapie przygotowania oferty sposób realizacji części przedmiotu zamówienia. Do wyjaśnień tych załączono 8 filmów - na pendrive'ie złożonym w bezpiecznej kopercie (wraz z wersja zapasową)

W ocenie Odwołującego analiza powyższego stanu faktycznego prowadzi do wniosków, dowodzących następujących, licznych nieprawidłowości Zamawiającego w zakresie wezwań do wyjaśnień ceny i ich oceny.

Ad. 1.1. Kwestia wyceny Punktu Funkcyjnego (PF) w kontekście cyklu wytwórczego oprogramowania przyjętego we wzorze umowy

Odwołujący wskazał, że po pierwsze to co przesądziło o wyborze Asseco w świetle opisanego stanu faktycznego to finalne złożenie, po blisko półrocznej wymianie korespondencji, wyjaśnień ceny w zakresie sposobu uwzględnienia przez Asseco wynikającego z SIWZ cyklu wytwórczego oprogramowania w cenie za 1 punkt funkcyjny IFPUG oraz udowodnienia tej okoliczności (w postaci m.in. załączonych filmów i analiz/metod). Zamawiający tymczasem wzywał do wyjaśnienia w zakresie uwzględnienia w cenie 1 PF owego cyklu wytwórczego wcześniej, tj., w wezwaniu drugim (z 17.01.2019). Już wówczas wskazywał na przedmiotowy cykl wytwórczy oprogramowania narzucony SIWZ, domagając się „informacji dotyczących wyceny Punktu Funkcyjnego w odniesieniu do struktury prac wynikających z przyjętego we wzorze Omowy cyklu wytwórczego oprogramowania”.

Następujące po tym precyzyjnym wezwaniu wyjaśnienia Asseco (drugie - z dnia 21 stycznia 2019) nie zawierały tych informacji. Już wówczas zatem Zamawiający winien zakończyć ocenę wyjaśnień, gdyż nie sposób uznać, by jego pytanie z pkt 5 wezwania 17 stycznia 2019 roku było nieprecyzyjne czy niezrozumiałe. Już wówczas też Zamawiający prosił o przedłożenie dowodów. Co więcej, w ocenie Odwołującego, również kolejne, trzecie i czwarte wyjaśnienia nie udzieliły odpowiedzi na tę wątpliwość. Najpóźniej zatem Zamawiający winien był odrzucić ofertę Asseco w dniu, w którym stwierdził, że kwestia wyceny Punktu Funkcyjnego w odniesieniu do obowiązującego cyklu wytwórczego oprogramowania nie została wyjaśniona. Było to w dniu w którym wystosował trzecie wezwanie (22.01.2019).

Zamiast tego Zamawiający dalej ponawiał pytanie o tę kwestię, wręcz „przypominał” (to cytat) o obowiązującym w SIWZ cyklu wytwórczym (13.05.2019 - w piątym wezwaniu). W ocenie Odwołującego w tej sytuacji wszystkie późniejsze wyjaśnienia i dowody w tym zakresie jakie złożyło Asseco winny zostać uznane przez Zamawiającego (a obecnie przez KIO kontrolujące działania Zamawiającego) za spóźnione, a tym samym za niepodlegające uwzględnieniu w ocenie wyjaśnień, gdyż zostały złożone po terminie wyznaczonym drugimi wyjaśnieniami (24.01.2019), a ponadto w sposób wymuszony wielokrotnym dopytywaniem, sugerowaniem dowodów, z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania.

W ocenie Odwołującego relewantne dla oceny czy cena oferty (PF) jest realna winny zostać przyjęte tylko te wyjaśnienia i dowody, których złożenie nastąpiło bez naruszenia zasady jednokrotnego wezwania i inicjatywny dowodowej. Zdaniem Odwołującego dla omawianej w niniejszym rozdziale części wyjaśnień, czyli uwzględnieniu w koszcie 1 PF cyklu wytwórczego z SIWZ winny to być wyłącznie wyjaśnienia pierwsze i drugie. Gdyż zrozumiałe i konkretne pytanie Zamawiającego w tym zakresie padło w drugim wezwaniu do wyjaśnień (z 17.01.2019), i w odpowiedzi na nie należało to wyjaśnić, a nie w piątych wyjaśnieniach w maju 2019 roku. Tymczasem, dzięki kontynuacji wezwań do wyjaśnień Asseco dopiero finalnie w piątym wyjaśnieniu wyjaśnia jakoby (co Odwołujący gdzie indziej kwestionuje) tę kwestię. Odwołujący zwrócił uwagę, że Asseco 14.05.2019 prosząc o kolejne przedłużenie terminu na przygotowanie sugerowanego dowodu wskazuje, że „praca nad całością wyjaśnień we wskazanym zakresie (cykl wytwórczy oprogramowania w kontekście ceny za 1 punkt funkcyjny IFPUG)" a zatem dalej, jeszcze w maju, kwestia ceny 1 PF w kontekście obowiązującego cyklu wytwórczego nie była wyjaśniona.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, powyższe fakty całkowicie dyskwalifikują złożone w tym zakresie wyjaśnienia i dowody. Zostały złożone po terminie wyznaczonym w pierwszym precyzyjnym wezwaniu (drugim z dnia 17.01.2019), wezwanie było zrozumiałe, a Asseco mogło - gdyż miało lub przynajmniej powinno mieć ku temu wszelkie dane - kwestię tę od razu wyjaśnić. Tym bardziej, że skoro opierało się na rzekomo przeprowadzonej przed składaniem ofert analizie wpływu przyjętej metody wykonania zamówienia na wydajność i na cenę 1 PF (praca ta musiała zostać przecież wykonana przed dniem złożenia oferty z ceną). Nic nie stało na przeszkodzie - by analizy te i informacje po prostu przedstawić.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że należy uznać za zdumiewające, że z jednej strony Asseco eksponuje swe jakoby unikalne doświadczenie i wiedzę, w tym znajomość OFSA i działania samego Zamawiającego oraz, że dysponuje licznym zespołem specjalistów - a okazuje się niejako na koniec dnia, że tylko jedna osoba (sic!) ma wiedzę jak szacowano PF w kontekście przedmiotu zamówienia i przyjętego w SIWZ cyklu wytwórczego (jest ona na urlopie). Takie okoliczności świadczą, w ocenie Odwołującego, albo o niskiej kompetencji pozostałych członków zespołu (a zatem niewiarygodności zapewnień, że zespół ten będzie zdolny wykonywać zamówienia w pełnym zakresie z wszystkim wymaganiami włącznie), albo o tym, że Asseco potrzebowało czasu, by po prostu następczo wytworzyć owe analizy, gdyż w dniu złożenia oferty nie zostały one przeprowadzone. Ostatnią hipotezę potwierdza fakt, że analiz i wyliczeń takich Asseco nie złożyło od razu tzn. w wyjaśnieniach drugich z dnia 21.01.2019 ani w trzecich (z dnia 24.01.2019). Zresztą również nie złożono ich w czwartych (26.03.2019), gdyż w dalszym ciągu po nich ARIMR dopytywał o wpływ cyklu wytwórczego na cenę 1 PF.

Ad. 1.2. Kwestia rozwiązań technicznych i użytych metod mających wpływ na wysokość ceny (autorskie narzędzia Asseco automatyzujące proces wytwórczy oprogramowania)

Odwołujący wskazał, że kolejnym naruszeniem ustawy Pzp przez Zamawiającego jest pominięcie faktu, że podanie rozwiązań technicznych oraz metod wykonania zamówienia, o które Zamawiający pytał już w pierwszym wezwaniu (co w tym stanie faktycznym sprowadza się do autorskich narzędzi Asseco automatyzujących proces wytwórczy) nastąpiło dopiero w marcu 2019 - w ramach trzecich wyjaśnień ceny (26.03.2019). I to w dalszym ciągu w sposób niepełny i nieudowodniony. Wcześniej Asseco na ten temat nic nie wspominało. W szczególności nie wspominało w odpowiedzi na pierwsze i drugie wezwanie, że dysponuje takim narzędziami, co o tyle dziwi, że przecież miały one istnieć i miały być wzięte pod uwagę dla optymalizacji ceny (w wyniku nadzwyczajnej w ich efekcie wydajności pracy pracownika Asseco). Jedno z nich - odtajnione - jest nawet dostępne w oficjalne ofercie Asseco (można je kupić - por. narzędzie do automatyzacji testów ATA Studnio) - stąd - na marginesie - dziwi teza, że jest to rozwiązanie unikatowe dla Asseco, skoro jest oferowane dla innych przedsiębiorców, ergo: Asseco nie musi być jedyną firmą, które je stosuje.

Odwołujący wskazał, że skoro Asseco szacując cenę i uzasadniając swą ekstraordynaryjną wydajność (wyższą o ok. 100% od przeciętnej na rynku oraz swej własnej wydajności z innych ofert dla Zamawiającego), która pozwoliła na zaoferowanie tak niskiej ceny 1 PF - to miało obowiązek i mogło wskazać na to ułatwienie techniczne już po pierwszym wezwaniu. Wezwanie to jasno wskazywało, by podać „wpływające na wysokość ceny (...) rozwiązania techniczne" oraz „oszczędne metody wykonania zamówienia". Zastosowanie automatyzacji w wytwarzaniu oprogramowania niewątpliwie jest „oszczędną metodą", podobnie jak wykazywane przez Asseco narzędzia do automatyzacji (w wyjaśnieniu czwartym i piątym) są „rozwiązanymi technicznymi". W tym kontekście nie ma znaczenia, że wezwanie Zamawiającego w tym zakresie jest pochodną Ustawy pzp (art. 90 ust. 1 Pzp). Przemawia za tym ranga i skala wpływu tego właśnie argumentu tzn. posiadania narzędzi automatyzujących oraz metody automatyzacji na proces wytwórczy oprogramowania, co przełożyło się na tak

korzystną cenę, dzięki której Asseco uzyskało zamówienie (różnica w cenie 1 PF w stosunku do kolejnej ceny przemnożona przez liczbę PF w ramach zamówienia daje miliony zł. przewagi nad kolejną ofertą Odwołującego).

W ocenie Odwołującego opisany wyżej stan faktyczny dotyczący wyjaśnień ceny Asseco dowodzi, że kluczem do sukcesu ceny Asseco były właśnie owe narzędzia automatyzujące i przyjęta metoda automatyzacji. Dopiero po ich przedstawieniu (ogólnikowym) w wyjaśnieniach czwartych i już bardziej szczegółowym w wyjaśnieniach piątych (wraz z dowodem jaki zasugerował Zamawiający) Zamawiający uzyskał bowiem przekonanie, że cena oferty w zakresie 1 PF nie jest rażąco niska. W ocenie Odwołującego, za niewiarygodną i nie znajdującą uzasadnienia uznać należy okoliczność, że Asseco „zapomniało" o metodzie automatyzacji i narzędziach do automatyzacji, wobec czego nie mogło podać wyjaśnień w tym zakresie w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Należy też odrzucić tezę, że Asseco nie musiało tego wyjaśniać, gdyż nie było o to jakoś precyzyjniej zapytane. Otóż po pierwsze musiało dlatego, że jest to w świetle całości licznych wyjaśnień główny element, który przekonał ARIMR o realności ceny 1 PF w ofercie Asseco, dostępny jakoby tylko temu przedsiębiorcy (na marginesie z tezą taką Odwołujący się nie zgadza, gdyż automatyzacja produkcji to jest standard na rynku i sam ją stosuje - o czym niżej). Po drugie - Asseco mogło i musiało te metody i listę narzędzi z dowodami przedstawić wcześniej, gdyż właśnie zostało o to zapytane - pierwszy raz (jako podano wyżej) w pierwszym wezwaniu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że dopytano o to w drugim wezwaniu - w kontekście wyjaśnienia ceny 1 PF w procesie wytwórczym obowiązującym w SIWZ. Tymczasem Asseco wyjaśniło (zdaniem Odwołującego i tak niewiarygodnie i niewystarczająco) powyższe, dopiero 27 maja 2019 roku. Odwołujący podkreślił ponadto, że narzędzia na jakie powołuje się Asseco musiały przecież istnieć co najmniej w dniu składania ofert. Co więcej - by wyliczyć precyzyjnie cenę - przy składaniu oferty Asseco winno było dokonać symulacji i wpływu wykorzystania tych narzędzi automatyzujących na oszacowanie możliwości obniżenia ceny za 1 PF do oferowanego poziomu. Zresztą faktu, że tak nie było dowodzi to, że Asseco nie było przygotowane do wyjaśnień w tym zakresie w zasadzie do końca, a unikalną wiedzę w tym zakresie miała tylko jedna osoba w całym Asseco!

W ocenie Odwołującego w wyniku złożenia pierwszych wyjaśnień Asseco nie wskazało w wyznaczonym terminie na żadne rozwiązania techniczne (narzędzia automatyzujące) ani oszczędne metody (automatyzację). Złożone wyjaśnienia winny prowadzić do wniosku, że do wniosku, że cena 1 PF jest cena nierealną. Relewantnymi w tym zakresie wyjaśnieniami, które nie są spóźnione i które zostały złożone z zachowaniem zasady jednokrotnego wezwania są zdaniem Odwołującego wyjaśnienia pierwsze z 11.01.2019 r., gdyż wówczas Zamawiający o to pytał, a rzecz była dla wyceny PF po prostu kluczowa.

W ocenie Odwołującego jest to odrębna podstawa nakazania odrzucenia odwołania Asseco, gdyż wyjaśnienia późniejsze (po wezwaniu pierwszym) są po prostu spóźnione, złożone ze złamaniem zasady jednokrotnego wezwania i zakazu dopytywania do skutku, a przy okazji ze złamaniem zasady dotyczącej ciężaru dowodowego i naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. (wskazywania dowodu przez Zamawiającego).

Odwołujący wskazał, że finalnie złożone dopiero w ramach piątych wyjaśnień dowody (filmy) oraz informacje w tym zakresie, obejmujące: (i) szczegółowy opis autorskich, wysoko specjalizowanych narzędzi umożliwiających automatyzowanie procesów wytwórczych i utrzymańiowych, ze wskazaniem funkcjonalności tych narzędzi; (ii) informacje dotyczące metodyki wytwarzania oprogramowania w Asseco Poland S.A.; (iii) wskazanie na sposób użycia w/w narzędzi w projektach Asseco Poland S.A. wraz z ich wpływem na prowadzenie projektów; (iv) odniesienie się do know-how Asseco Poland S.A., (v) przyjęty na etapie przygotowania oferty sposób realizacji części przedmiotu zamówienia, jak najhardziej mogły i powinny być w całości złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. W ocenie Odwołującego nie było powodu, by Asseco ich nie złożyło, zaś narzędzia te musiały istnieć na dzień składania ofert (Odwołujący nie ma wiedzy na temat pozostałych „wewnętrznych narzędzi Asseco" gdyż są tajne), metodyka wytwarzania oprogramowania w Asseco również, a analizy wpływu tych metodyk i automatów na prowadzenie projektów i na przyjęty sposób wykonania tego zamówienia - musiały być zrobione przed złożeniem oferty (przed ustaleniem ceny za 1 PF).

Ad. 2. Wskazanie przez Zamawiającego Asseco jaki dowód na potwierdzenie swych wyjaśnień winno złożyć, pomimo braku takiej inicjatywy dowodowej po stronie wykonawcy

Odwołujący wskazał, że kolejnym elementem, który zdecydował o uznaniu wyjaśnień ceny za

wystarczające i wiarygodne, było złożenie - również na końcu, dopiero w ramach piątych wyjaśnień, dowodu (Odwołujący wskazał, że kwestionuje jego przydatność do wyjaśnień ceny w innym miejscu odwołania) w postaci 8 filmów, Dowód ten miał wykazać wiarygodność i realność twierdzeń, że oferowana cena 1 PF jest ceną realną, w tym że uwzględnia proces wytwórczy obowiązujących w SIWZ, a wynikająca z automatów autorskich Asseco wydajność i metoda wytwórcza rzeczywiście pozwala na tak niską cenę (efekt wyjątkowej wydajności Asseco).

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie tylko wzywa wielokrotnie Asseco do złożenia wyjaśnień o kwestie o które już pytał uprzednio, nie tylko za każdym razem przedłuża na żądanie termin składania wyjaśnień, a co już szczególnie gorszące - niejako podpowiada Asseco w wezwaniu z dnia 13.05.2019r. jakie dowody wykonawca ten mógłby złożyć, Zamawiający „dopuszcza" dowód z prezentacji/materiałów wideo, które potem Asseco skrzętnie sporządza, wyrażając jednak sprzeciw przeciwko krótkiemu czasowi na ich sporządzenie oraz obawę o niemożliwość jego sporządzenia - z uwagi na przebywanie na urlopie jednej konkretnej osoby (Dyrektora Pionu odpowiedzialnego za produkcje oprogramowania na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia).

W ocenie Odwołującego wskazywanie tego dowodu było własną inicjatywą Zamawiającego, który rażąco łamiąc w tym miejscu ustawę Pzp wyszedł z roli bezstronnego obserwatora i podmiotu publicznego, oceniającego wyjaśnienia ceny wykonawcy. Zamawiający tym samym przejął na siebie inicjatywę dowodową, łamiąc przy okazji zasadę bezstronności i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający nie tylko wskazał rodzaj dowodu („prezentacja (materiał wideo z komentarzami na nośniku elektronicznym)"), jak i okoliczność na jaką ma zostać on złożony („dokonanie [przez Zamawiającego] samodzielnej weryfikacji prawdziwości twierdzeń określonych w wyjaśnieniach").

W ocenie Odwołującego prowadzi to do podstawowego wniosku: wyjaśnienia Asseco złożone do daty omawianego wezwania, tzn. do dnia 13.05.2019 r., w którym inicjatywę dowodową przejął Zamawiający były pozbawione w przedmiotowym zakresie dowodów, były zatem gołosłowne i nie dowodziły twierdzeń w nich zawartych. Innymi słowy: wszystkie składane do tej daty (liczne) wyjaśnienia Asseco nie dowodziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdyż po ponad 5 miesiącach wyjaśniania, dalej brakowało dowodów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien przeciąć znacznie wcześnie ciąg wezwań do wyjaśnień z uwagi na ich nikłą wartość dowodową i gołosłowność oraz odrzucić ofertę Asseco na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, uznając iż ocena złożonych wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami prowadzi do wniosku, że oferta Asseco zawiera rażąco niską cenę, a Asseco nie sprostało ciężarowi dowodowemu w myśl art. 90 ust. 2 Pzp. Brak inicjatywy dowodowej Asseco w zakresie wskazanym w wezwaniu z dnia 13.05.2019 r. (dopiero wymuszony tym wezwaniem) i przejęcie inicjatywy dowodowej przez Zamawiającego potwierdza nie tylko zacytowana wyżej treść wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i dowodu (pismo Zamawiającego z dnia 13.05.2019). Powyższy brak inicjatywy dowodowej Asseco potwierdza też reakcja tego wykonawcy na omawianą wskazówkę co do dowodu, zawartą w piśmie Asseco z dnia 14.05.2019 r. Wynika z niej, że w odpowiedzi na sugestię przedłożenia określonego dowodu (na owo „dopuszczenie") Asseco wykonało dopiero „wstępną analizę w dniu dzisiejszym", która dowiodła, że „przygotowanie takiego dowodu jest bardzo pracochłonne", Asseco w piśmie tym wyjaśnia dalej, że „Podjęte już zostały prace nad takim dowodem", jednakże wyraża obawę, że „dochowanie terminu może być znacznie utrudnione".

Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający nie zgodził się wówczas po raz kolejny przesunąć termin na przygotowanie dowodu (a zgodził się), oferta Asseco mogłaby (i zresztą powinna już wcześniej) zostać odrzucona, bo dowód był bardzo pracochłonny i Asseco mogło nie zdążyć go wytworzyć, a ponadto nie było nikogo kto wyjaśniłby cenę w zakresie cyklu wytwórczy oprogramowania w kontekście ceny za 1 PF IFPUG.

W ocenie Odwołującego, gdyby nie inicjatywa dowodowa Zamawiającego i gdyby nie jego spolegliwość odnośnie przedłużania terminu na sporządzenie „pracochłonnego dowodu", dowód taki nie zostałby sporządzany, gdyż nawet nie było go w planach Wykonawcy, skoro dopiero w odpowiedzi na podpowiedz jego złożenia Asseco „WSTĘPNIE" oceniło, że jest to bardzo pracochłonne, a prace nad jego sporządzeniem zostały „już podjęte" - zatem nie były podjęte wcześniej.

W ocenie Odwołującego wszystkie wcześniejsze wyjaśnienia Asseco poza ostatnimi były po prostu pozbawione dowodu na okoliczność wykazania wpływu na cenę 1 PF zastosowanych

przez Asseco rozwiązań technicznych (autorskich automatów Asseco) i oszczędnych metod wykonania zamówienia (automatyzacja) w kontekście procesu wytwórczego oprogramowania obowiązującego w SIWZ

Ad. 3 Brak udzielenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie - wyjaśnienia Asseco z dnia 21 stycznia 2019 r.

Odwołujący wskazał na odrębny i niezwykle istotny element stanu faktycznego - otóż na sytuację, jaka miała miejsce na gruncie drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny. W wezwaniu tym z dnia 17.01.2019 Zamawiający poprosił o wyjaśnienie 6 aspektów wpływających na cenę oferty i wyznaczył ku temu stosowny termin. Był to termin do dnia 24 stycznia 2019 r. W szczególności wówczas Zamawiający pytał o wyjaśnienie kalkulacji 1 PF w kontekście wspomnianego, obowiązującego w SIWZ cyklu wytwórczego. W odpowiedzi na to wezwanie złożyło wyjaśnienia, które nie zawierały wyjaśnienia wszystkich aspektów, o jakie pytał Zamawiający, Asseco wyjaśniło jedynie aspekt z punkt 1 (dotyczący wątpliwości czy cena oferty pozwala na realizację pełnego zakresu wymagań przez 33 osoby pod kątem ich zaangażowania). Pozostałe aspekty z punktów 2-6 nie zostały wyjaśnione w odpowiedzi na wezwanie - co wynika wprost z w/w korespondencji. Zamawiający w kolejnym wezwaniu z dnia 22.01.2019 wezwał do udzielenia wcześniej żądanych informacji - z pkt 2-6.

Odwołujący wskazał, że pismo Asseco z 21.01.2019 niewątpliwie stanowi odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia ceny. Stanowi też wyjaśnienie ceny z dwóch powodów:

> (i) Zamawiający sam przyznał, że wziął argumentacje wskazaną w tych wyjaśnieniach pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień ceny (por. twierdzenie Zamawiającego z pisma z dnia 22.01.2019 - „dokonując oceny czy wyjaśnienia Wykonawcy pozwalają w sposób wystarczający uwiarygodnić możliwość należytej realizacji
>
> umowy za zaoferowana cenę ofertową, Zamawiający brał pod uwagę całość dostępnej argumentacji przytoczonej w piśmie z dnia 21.01.2019 r.”;
>
> (ii) Wyjaśnienia zawarte w piśmie Asseco z dnia 21.01.2019 pozwoliły Zamawiającemu na pozytywną ocenę aspektu pkt 1 z wezwania poprzedzającego jego złożenie - co Zamawiający wprost przyznał uznając, że „w zakresie wątpliwości podniesionych w punkcie 1 wezwania z 17.01.2019 całokształt zebranych informacji pozwala na dokonanie oceny oferty odnośnie rażąco niskiej ceny co do aspektów podniesionych w punkcie 1."

W ocenie Odwołującego, skoro zatem po pierwsze pismo z 21.01.2019 Asseco były wyjaśnieniami ceny i po drugie wyjaśnienia te nie wyjaśniały wszystkich aspektów o które pytał Zamawiający - prawidłowa i zgodna z Pzp jest tylko jedna konstatacja: wyjaśnienia ceny Asseco z dnia 21 stycznia 2019 nie udzieliły żądanych wyjaśnień. Co wprost podpada pod normę art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego nic nie stało na przeszkodzie, by Asseco aspekty te wyjaśniło - tym bardziej, że usiłowało to czynić w kolejnych wyjaśnieniach (trzecich i następnych) - co wynika z art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie cofnął tez nigdy wątpliwości z punkt 2 - 6 tego wezwania i były one dalej drążone.

W konsekwencji Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco z uwagi na to, że wyjaśnienia Asseco złożone 21.01.2019 nie udzielały wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego w wezwaniu poprzedzającym ich złożenie. Powyższe stanowi odrębną od wyżej opisanych podstawę uwzględnienia odwołania i nakazania odrzucenia oferty Asseco.

III. Zarzut dotyczący wadliwej oceny złożonych wyjaśnień ceny jako dowodzących jakoby realności ceny oraz zarzut rażąco niskiej ceny Asseco - zaniechanie odrzucenia oferty Asseco

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że proces wyjaśnień ceny nie naruszał ustawy Pzp w sposób zarzucony w zarzucie z pkt II odwołania i że z tego powodu oferta Asseco nie podlega odrzuceniu - Odwołujący w niniejszym zarzucie kwestionuje cenę Asseco jako rażąco niska oraz złożone wyjaśnienia (w zakresie w jakim mu je ujawniono) - jako wyjaśnienia, których poprawna ocena winna skutkować odrzuceniem oferty Asseco jako zawierającą rażąco niską cenę.

Anomalia nadzwyczajnej wydajności pracy pracownika Asseco w ofercie

Na wstępie Odwołujący zauważył, że wszyscy oferenci tj.: Asseco Poland S.A., DXC Technology Polska Sp. z o.o. „rywalizują" o największe zamówienia w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa od lat. Przez określenie „największe zamówienia" rozumiemy zamówienia na „Zakup usługi Utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA" oraz na „Zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSiPplus, PA oraz eWniosekPlus". Jest to o tyle istotne, że obydwa systemy tj.: OFSA i ZSZiK wraz z innymi są Systemami dużymi i skomplikowanymi, wymagającymi od oferentów dysponowania kompetentnym zespołem, szeregiem narzędzi wspierających proces wytwórczy oprogramowania (w ramach Usług Rozwoju). Biorąc pod uwagę powyższe w ostatnich latach wszystkie trzy podmioty rywalizowały ze sobą w postępowaniach na utrzymanie wskazanych wcześniej Systemów informatycznych. W ocenie Odwołującego jest to o tyle istotne, że pozwala odnieść się do danych historycznych mających kluczowe znaczenie z punktu postawionego zarzutu.

Odwołujący wskazał, że oferty na Zakup usługi Utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA na okres 47 miesięcy należy rozpatrywać w kontekście dwóch głównych składowych tj. świadczenia usług utrzymaniowych rozliczanych ryczałtowo ora usług rozwoju realizowanych w ramach zleceń. Oferty wszystkich wykonawców tj. DXC, Asseco oraz Comarch zawiera poniższa tabela:

Oferent	Łączna cena oferty brutto	Cena za Usługi Rozwoju (Mody Akacji] brutto (pozycja 2 z tabeli VI formularza oferty)	Cena za Usługi Utrzymania brutto (pozycja 1 z tabeli VI formularza oferty)	Cena jednostkowa brutto za roboczodzień (tabela IV formularza oferty, pozycja I-f)	Cena jednostkowa brutto za Punkt Funkcyjny (tabela V formularza oferty, pozycja I-f)
Asseco Poland S.A.	45 345 867,57 zł	29 434 366,17 zł	15 911501,40 zł	1476,00 zł	635,91 zł
Comarch Polska SA	72 994847,76 zł	54 427 957,56 zł	18 566 530,20 zł	1 389,90 zł	1 175,88 zł
DXC Technology Polska Sp. z o.o.	149 942 623,56 zł	130 945 923,00 zł	18 996 700,56 zł	2 460,00 zł	2 829,00 zł

Jednocześnie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto 73 558 300,60zł.

Dalej Odwołujący wskazał, że złożona przez Asseco oferta znacząco odbiega od budżetu, który Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia stanowiąc zaledwie 61,65% tej sumy. Jednocześnie oferta ta jest niższa o 27 648 980,19 zł brutto od kolejnej oferty. Tak istotna dysproporcja względem przewidzianego na realizację zamówienia budżetu, jak i pozostałych ofert nie mogła ujść uwadze Zamawiającego, który 19.12.2018 wezwał Asseco do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Odwołującego zaoferowana przez Asseco cena oferty w zakresie jej budowy i przyjętych do jej oszacowania składników składających się na cenę całkowitą - istotnie odbiega od cen pozostałych wykonawców i wykazuje odrębne, właściwe tylko dla Asseco właściwości, będące skutkiem przyjętego sposobu wyceny usług w ramach przedmiotu zamówienia. Analizując wartości Usług Utrzymani owych zaoferowanych przez

poszczególnych oferentów zauważyć można iż są one na bardzo zbliżonym poziomie. Znaczące dysproporcje cenowe pojawiają się natomiast w ramach Usług Rozwoju (Modyfikacji).

Odwołujący wskazał, że na szczególną uwagę zasługuje fakt, że co do zasady nie ma istotnych różnic pomiędzy poszczególnymi ofertami w pozycji „Cena za Usługi Utrzymania brutto (pozycja 1 z tabeli VI formularza oferty)". Oznacza to, że wszyscy składający w postępowaniu oferty, w tym Asseco w taki sam sposób oszacowali pracochłonność i koszt realizacji usług utrzymania płatnych ryczałtowo. Nie ma także istotnych różnic pomiędzy ceną za jeden roboczodzień w ofertach Asseco Poland S.A. i Comarch Polska S.A., co wynika z faktu, że obie te firmy znajdowały się w trakcie sporządzania wyceny w podobnej sytuacji rynkowej tj.:

- działały na tym samym rynku, zatrudniając w takich samych (co do poziomu merytorycznego i związanych z nim kosztów wynagrodzeń) specjalistów;
- posiadały podobne kompetencje i wiedzę związane z technologiami wykorzystywanymi w systemie OFSA i jego budową (Asseco jako firma, która do 2013 utrzymywała ten system, a Comarch jako firma która aktualnie świadczy usługi utrzymaniowe);
- posiadały podobne narzędzia i środowiska wytwórcze związane ze świadczeniem usług utrzymania i rozwoju ww. systemu (Asseco zapewne wykorzystywane wcześniej lub odtworzone środowiska wytwórcze i deweloperskie, a Comarch środowiska, które są aktualnie używane w związku z utrzymaniem OFSA);

posiadały podobny poziom narzutów kosztów.

Dalej Odwołujący wskazał, że realizacja przedmiotu zamówienia jest w głównej mierze uzależniona od kosztów osobowych pracowników. Realizacja przedmiotu zamówienia obejmuje bowiem przede wszystkim świadczenie usług. Wszyscy wykonawcy działając w zbliżonych warunkach rynkowych, pozyskują pracowników na rynku w analogicznych warunkach i zmuszeni są płacić im zbliżone rynkowe stawki. Porównanie ofert w pozycji „utrzymanie bez usługi integracji i certyfikacji" wskazuje, że tak jest w istocie. Wszyscy wykonawcy w zbliżony sposób oszacowali pracochłonność tej pozycji oferty, co przy zbliżonym poziomie kosztów pracowniczych przełożyło się na zbliżony poziom ofert w tej właśnie pozycji wyceny. Do analogicznych wniosków prowadzi porównanie ofert w pozycji „Zlecenia Operacyjne", w której koszt roboczo dnia został wyceniony następująco:

* Asseco: 1 476 zł brutto za roboczodzień,
* Comarch: 1 389,90 zł brutto za roboczodzień,
* DXC: 2 460 zł brutto za roboczodzień,

co wskazuje jednoznacznie, że koszt jednego roboczodnia jest w przypadku Asseco i Comarch zbliżony a różnica w cenie roboczodnia wynosi zaledwie 86,1 zł brutto, co stanowi 6,19%.

W ocenie Odwołującego takie ukształtowanie się cen wynika z faktu, że zarówno wykonawca Asseco, jak i Comarch znają system OFSA (Comarch jako obecnie świadczący usługi utrzymania, a Asseco jako wykonawca, który świadczył takie usługi przed rokiem 2013), Wyższa cena w przypadku wykonawcy DXC może być pochodną konieczności przeznaczenia nakładów pracy i kosztów na pozyskanie wiedzy na temat tego systemu. Zarówno Asseco jak i Comarch podobnie szacują więc złożoność i pracochłonność realizacji przedmiotu zamówienia i koszty pracy.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu najistotniejszym czynnikiem cenotwórczym jest pracochłonność związana z realizacją Usług Modyfikacji. Czynnikiem, który wpłynął na rażąco niską cenę oferty Asseco było niezwykle niskie zaoferowanie ceny za usługi Modyfikacji, w której to pozycji Asseco złożyło ofertę niższą o 24,99 min zł brutto od kolejnej. Usługi Rozwoju realizowane w ramach Umowy z Zamawiającym wymiarowane są w ramach odrębnych zleceń zgodnie z zasadami opisanymi przez Zamawiającego w „Podręczniku stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa". W ramach Umowy Zamawiający przewiduje realizację 46287 PF, co jest znaczącą ilością i co do skali możliwe jedynie do porównania ze wcześniej wspomnianym postępowaniem na Utrzymanie Systemu ZSZiK, w którym pula PF w ostatnim postępowaniu wynosiła 69230 PF.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę, że Zamawiający precyzyjnie określił sposób wyceny Usług Modyfikacji „Sposób wyceny Usług Modyfikacji" Załącznik Nr 4C do Umowy należy przyjąć, że poszczególne zlecenia realizowane w ramach Umowy będą oszacowane na taką samą ilość PF niezależnie od wykonawcy. Zamawiający poprzez precyzyjny i szczegółowy opis stosowania metody Punktów Funkcyjnych zagwarantował sobie, iż żaden z wykonawców nie ma możliwości zawyżania bądź zaniżania pracochłonności poszczególnych zleceń.

W ocenie Odwołującego zaniżenie ceny Usług Modyfikacji o prawie 25 milionów złotych brutto wymagało zatem zdaniem Odwołującego wnikliwego sprawdzenia i wyjaśnienia. Zdaniem Odwołującego Asseco nie było w stanie podołać wyjaśnieniu tak rażącej dysproporcji cenowej. Cena Usług Modyfikacji jest pochodną kosztu wytworzenia jednego Punktu Funkcyjnego. Należy mieć na uwadze, że w obydwu zespołach, tj. realizującym usługi rozwojowe (modyfikacji OFSA rozliczane wg Punktów Funkcyjnych (PF)), jaki w zespole realizującym pozostałe usługi średnie wynagrodzenie pracowników jest analogiczne. Wynika to z tego, że wymagany jest od pracowników realizujących usługi utrzymania i modyfikacje analogiczny poziom wiedzy i kompetencji. W ocenie Odwołującego należałoby oczekiwać, że podobnie, zarówno w przypadku wykonawcy Asseco i wykonawcy Comarch koszty te będą zbliżone. Nie występują bowiem żadne szczególne okoliczności, które w przypadku wykonawcy Asseco mogłyby uzasadniać znacząco wyższą wydajność wytwarzania Punktów Funkcyjnych niż w przypadku wykonawcy obecnie utrzymującego i rozwijającego system. Tymczasem zaoferowane zostały następujące ceny za Punkt Funkcyjny:

- Asseco: 517 zł netto,
- Comarch: 956 zł netto.

Porównanie ceny za Punkt Funkcyjny z ceną za roboczodzień zadeklarowaną w formularzu ofertowym wskazuje, że o ile w przypadku Comarch wytworzenie jednego Punktu Funkcyjnego wymaga 6,768 roboczogodzin, to w przypadku Asseco 3,447 roboczogodziny. Oznacza to, że Asseco jest w stanie wytwarzać Punkty Funkcyjne z dwukrotnie większą wydajnością niż wykonawca, który obecnie utrzymuje system i wykonuje jego modyfikacje. Tak znacząca różnica w wydajności nie jest jednak wstanie znaleźć oparcia w zasadach doświadczenia życiowego. Odwołujący zaznaczył, iż sposób wymiarowania oprogramowania metodą Punktów Funkcyjnych jest metodą idealną w przypadku zakładanej dużej ilości zmian w systemie. Pozwala poszczególnym oferentom określić w precyzyjny sposób koszt realizacji 1 PF. Należy przy tym zaznaczyć, iż koszt wykonania 1 PF jest z konieczności uśredniony i należy go rozpatrywać w kontekście całej umowy i wszystkich zleceń (dużych, małych, mniej lub bardziej skomplikowanych). W niektórych przypadkach (zleceniach) okazać może się, że koszt wykonania 1 PF jest wyższy niż zaoferowany w ofercie w niektórych koszt będzie niższy. Oferenci w ramach złożonych ofert musieli uśrednić ten koszt i podać wartość jako koszt wykonania 1 PF niezależnie od charakteru zlecenia. Posiadając szczegółowe dane historyczne dotyczące ilości zleceń i ich rozmiaru poszczególni oferenci powinni być w stanie precyzyjnie określić średnią pracochłonność realizacji 1 PF zwanej dalej produktywnością rozumianą jako ilość PF realizowanych w trakcie dnia pracy jednej osoby (MD). Odwołujący zaznaczył przy tym, że w kolejnych latach Zamawiający doprecyzowywał „Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa". Każda kolejna wersja Podręcznika wymagała od wykonawcy realizacji większego zakresu prac którego koszt miał być uwzględniony w koszcie PF przez co produktywność realizacji była mniejsza.

W ocenie Odwołującego zaniżenie ceny oferty za Punkt Funkcyjny, a w konsekwencji za część zmienną oferty (rozwój i modyfikacja) oznacza dumping i oferowanie ceny za usługi budowy oprogramowania poniżej kosztów wytworzenia, co nie jest prawidłowe. Gdyby nie ów dumping - cena oferty Asseco winna być wyższa (szczegóły w dalszej części odwołania), skutkiem czego inny byłby wynik postępowania i inny ranking oceny ofert, w szczególności cena oferty Asseco byłaby ceną droższą od oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę, że Zamawiający w ramach oferty na niniejsze postępowanie (jak również dla wcześniejszych postępowań na Utrzymanie Systemów OFSA i ZSZiK) wymagał podania w formularzu cenowym ceny za jeden roboczodzień pracy możliwe jest wykazanie produktywności poszczególnych oferentów. Poniższe dane prezentują oferowaną produktywność w postępowaniach dotyczących Systemów ZSZiK w roku 2015 i 2018 oraz OFSA w 2015 i 2018. Odwołujący wskazał przy tym, iż cena oferty Asseco za Punkt Funkcyjny jest zaniżona i jest ceną niepokrywającą kosztów wykonania zmian w ramach 1 Punktu Funkcyjnego wskutek błędnego oszacowania przez Asseco zdolności wytwarzania (produktywności) Punktów Funkcyjnych w przeliczeniu na roboczodni.

Produktywność wyrażona jako liczba Punktów Funkcyjnych realizowanych w trakcie 1 dnia roboczego

SIA 2015 (DZP-2611- 5IA 2018 OFSA 2015 (DZP-2611- OFSA 2013

3/2015} (DPiZP.2610.20.2018) 2/2015) (DPiZP.2610.19.2018)

a Asseco Poland 5.A. a Comarch Polska 5.A. n DXC Technology Polska Sp, z o.o.

Na wykresie nie uwzględniono produktywności Asseco Poland S.A, w postępowaniu na Utrzymanie Systemu SIA w roku 2015. Wynika to z faktu, iż wskazany Oferent dopuścił się w tym zakresie czynu nieuczciwej konkurencji poprzez zaoferowania ceny realizacji 1 PF na bardzo niskim poziomie.

Postępowanie	oferent	Cena za PF netto	Cena za md netto	Pracochłonność wytwarzania rbh//pf	Produktywność pf'md		Wersja podręcznik a JFPUG
OFSA2015 (DZP-2611 - 2/2015)	Asseco	612.85 zł	750.00 zł	6.537	1,224		1,0
OFSA2015 (DZP-2611 - 2/2015)	ATOS	550.00 zł	1000.00 zł	4.400	1,818		1,0
OFSA2ÓI5 (DZP-26U-2/2015)	HP	734.00 zł	849.00 zł	6.916	1,157		1.0
OFSA 2015 (DZP-2Ć11-2/2015]	OUKfAK	615.00 zł	972.00 zł	5.062	1,580		1.0
OFSA 2015 (DZP-2611-2/2015)	Svanitv	791,00 zł	900.00 zł	7.031	1,138		1.0
OFSA2D15 (DZP-2611-2/2015)	Comarch	500,00 zł	675,00 zł	5.926	1,350		1.0
SIA 2015 (DZP-2611-3/2015)	Comarch	700,00 zł	800,00 zł	7,000	1,143		1.0
SIA 2015 (D2P-2611-3/2015)	Asseco	174,00 zł	2 035,00 zł	0,684	11,695	Asseco nopełnilo czyn nieuczc lwej <onkurencji	1.0
SIA 2015 (DZP-2611 - 3/2015)	Syanity	400,00 zł	600,00 zł	5,333	1,500	Oferta uznana arzez KIO za zawierająca rażąco niską cena	1.0
SIA 2015 (DZP-2611 - 3/2015)	ATOS	450,00 zł	1 000,00 zł	3,600	2,222	Oferta uznana arzez KIO za zawierająca rażąco niską cena	1.0
SIA2015 (DZP-2611-3/2015]	HP	456,00 zł	652,00 zł	5,593	1,430	Oferta uznana przez sąd za zawierająca rażąco niską cenę	1.0
OFSA 2018 (DPIZP. 2610.19.2018)	Comarch	936,00 zł	1 130,00 zł	6,768	1,102		2,8
OFSA 2018 (DPiZP.26m19.2018)	Asseco	517,00 zł	1200,00 zł	3,447	2,321		2.8
OFSA 2018 (DPiZP.2610.19.2018)	DXC	2 300.00 zł	2 000,00 zł	9,200	0,870		2.8
SIA2018 (DPtZP.2610.20.2018}	Comarch	1579,00 zł	1130,00 zł	11,179	0,716		2.9

SIA2018 (DPI.ZP.2610.20.20180	DXC	1 134,00 Zł	1 300,00 zł	6,976	1,146		2.9
SIA2018 (DPIZP.2610.20.2018)	Asseco	1118,00 zł	1 200,00 zł	7,453	1,073		2.9

W ocenie Odwołującego z powyższego wykresu widać wyraźnie, że poza sytuacją, która miała miejsce w poprzednim postępowaniu na utrzymanie systemu SIA, w którym oferta Asseco została odrzucona za czyn nieuczciwej konkurencji, współczynnik pracochłonności wytwarzania Punktów Funkcyjnych prezentuje się dla wszystkich dotychczas składanych ofert podobnie poza jedynie ofertą Asseco w niniejszym postępowaniu - co należy uznać za anomalię, która wymaga dogłębnego wyjaśnienia i zbadania. Produktywność Asseco w rozważanym postępowaniu jest na anormalnym poziomie zarówno w porównaniu do innych oferentów jak również do oferty złożonej przez Asseco w roku 2015. Wszyscy oferenci wzięli również pod uwagę szerszy zakres prac do realizacji w ramach nowej wersji podręcznika (mniejsza produktywność w porównaniu do poprzednich postępowań) oprócz Asseco. Co więcej, w porównaniu do produktywności zaoferowanej przez tego samego wykonawcę jest ona dwukrotnie wyższa od zaoferowanej w postępowaniu na utrzymanie Systemu SIA. W ocenie Odwołującego ta anormalna sytuacja w kontekście oferty Asseco wynika tylko i wyłącznie z zaoferowania stawki za realizację 1 PF na poziomie znacząco odbiegającym od cen rynkowych i na poziomie rażąco niskim.

Odwołujący zaznaczył, że w realiach niniejszej sprawy nie można uznać, iż wybrany wykonawca Asseco w ogóle mógłby złożyć wystarczające wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny - a to z następujących powodów:

• przemawiają za tym względy wiedzy rynkowej, którą posiadł przecież chociażby sam Zamawiający, dokonując oszacowania wartości przedmiotu zamówienia na danym poziomie (art. 35 ustawy Pzp), nadto względy doświadczenia, powtarzalność cen pozostałych wykonawców, kształtowanie się cen składanych przez tego samego wykonawcę w innych postępowaniach na utrzymanie systemu OFSA jak i innych systemów Zamawiającego wytworzonych w zbliżonej technologii oraz zasady

logicznego rozumowania. Trudno zatem wobec powyższych okoliczności uznać, iż wybrany wykonawca uzasadnił w złożonym wyjaśnieniu tak znacznie odbiegającą wycenę zamówienia z powodu wystąpienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp;

• Asseco nie jest w stanie wykazać, iż znajduje się - ze względu na możliwość redukcji kosztów - w jakiejś szczególnie uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców:

(i) po pierwsze przesądza o tym przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu, gdzie mamy do czynienia z gotowymi, funkcjonującymi u Zamawiającego systemami, w stosunku do których należy świadczyć usługi serwisowe i rozwojowe, a zatem nie ma miejsca konieczność budowania od zera systemu, co mogłoby usprawiedliwiać niskie koszty z uwagi na efekt skali, czy na zastosowanie własnych, sprawdzonych gdzie indziej gotowych rozwiązań (co więcej Zamawiający szacując budżet postępowania wprost zakładał określoną pulę Punktów Funkcyjnych na modyfikacje istniejących funkcjonalności);

(ii) nie można powołać się na okoliczność oszczędności związanych z doświadczeniem we wdrożeniach podobnych systemów, gdyż wszyscy uczestniczący w postępowaniu wykonawcy dysponują zbliżonym doświadczeniem i wiedzą, wszyscy uczestniczyli lub uczestniczą w realizacji prac u trzymani owych i rozwojowych różnych systemów Zamawiającego, Asseco Poland do 2013 roku rozwijało system OFSA, a Comarch od 2013 realizuje zadania utrzymania i rozwoju tego samego systemu. Krótko mówiąc: przedmiot zamówienia jest dla wszystkich wykonawców tak samo dobrze znany i w konsekwencji nie pozostawia pola do zastosowania niestandardowych, czy specyficznych metod wytwórczych czy też narzędzi, których nie mogliby użyć pozostali oferenci,

(iii) każdy wykonawca do realizacji zamówienia może zatrudnić np. stażystów, podobnie każdy wykonawca ma dostęp do odpowiedniego „know-how", czy korzysta z różnego rodzaju źródeł dofinansowania. W konsekwencji ich możliwości realizacyjne są podobne, a zatem tak znacząca różnica w cenach nie ma oparcia w wymienionych wyżej okolicznościach (stażyści, know-how, dofinansowania),

(iv) podobnie należy ocenić ewentualnie podnoszony przez Asseco fakt posiadania

znaczącego doświadczenia i kumulacji wiedzy, czy zamierzonej współpracy ze znanym na rynku podwykonawcą, co miałoby wpływać na oszczędności w realizacji zamówienia - ponieważ są to tylko stwierdzenia o wpływie takich okoliczności na niską cenę, a nie dowody takiego wpływu.

Zdaniem Odwołującego żadne wyjaśnienia złożone przez Asseco nie mogły podołać uzasadnieniu prawie dwukrotnie wyższej wydajności wytwarzania punktów funkcyjnych od pozostałych konkurentów. Jak zostanie wykazane poniżej ta nierealistyczna wydajność musiałaby być jeszcze wyższa ze względu na zmiany sposobu liczenia Punktów Funkcyjnych w załączonej do obecnego SIWZ metodyce IFPUG.

Odwołujący wskazał, że swój rzeczywisty, nie manipulowany, lecz realny sposób wyznaczania pracochłonności przypadającej na jeden PF ujawniło Asseco w swoim piśmie procesowym z 07.09.2015 dotyczącym sprawy KIO 1847/15 - w postępowaniu w przedmiocie zawarcia przez Zamawiającego Umowy Ramowej, w którym Asseco dowodziło rażąco niskiej ceny Punktu Funkcyjnego swych konkurentów.

„W metodzie szacowania z zastosowaniem punktów funkcyjnych przyjmuje się, że pracochłonność dla technologii 3GL wynosi 8 godzin, natomiast 4GL 1,5 godziny kodowania przez programistę. W przypadku systemów ARiMR można oszacować, że 85% stanowi technologia 3G, a 4GL15%. Średnia ważona za 1 PF wynosi zatem 7 godzin pracy kodowania przez programistę. Powyższe szacunki stanowią czystą pracę kodowania. Należy wskazać, że projekty unijne są bardzo restrykcyjne, wymagają dobrej jakości kodu oraz dobrego zarządzania i dokumentowania. W związku z tym do wymienionej pracochłonności 7 godzin należałoby doliczyć narzuty na: analizę i projekt rozwiązania, testowanie, dokumentowanie, wsparcie procesu certyfikacji, zarządzanie projektem. Dodatkowo, cena punktu funkcyjnego powinna zawierać narzuty związane z kosztami, które zostały przez ARiMR scedowane na oferentów, mianowicie koszty zakupu licencji za technologie które będą realizowane w ramach Umów Wykonawczych oraz koszty instalacji i utrzymania środowisk deweloperskich. Przyjmując minimalny narzut na pracochłonność programistyczna na poziomie 40% za 1 PF. należałoby spodziewać się cepy za 1 PF na poziomie około 10 godzin (1.25 dnia roboczego)”.

Odwołujący wskazał, że powyższe oświadczenie Asseco zostało złożone w postępowaniu dotyczącym umowy Ramowej, której przedmiot, jak wskazano powyżej, pokrywa się z przedmiotem niniejszego postępowania. Podkreślamy, iż przestawiona powyżej ówczesna argumentacja Asseco abstrahuje od konkretnego przedmiotu zamówienia, a wynika wprost z zasad szacowania złożoności oprogramowania w Punktach Funkcyjnych zgodnych z IFPUG i wykorzystywanych technologii programistycznych. Uważna analiza przytoczonej argumentacji Asseco prowadzi do jednego wniosku - obecnie w niniejszym postępowaniu Asseco samo - wbrew tym zasadom - dokonało nierzeczywistej i dumpingowej (poniższej kosztów wytworzenia) wyceny ceny Punktu Funkcyjnego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że na uwagę zasługuje w tym kontekście stanowisko wykonawcy Asseco, dotyczące wydajności wytwarzania Punktów Funkcyjnych, prezentowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na „Utrzymanie i Rozwój Systemu Informatycznego Agencji - SIA (ZSZIK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIPplus, PA)", nr postępowania DZP-2611-3/2015. System ten jest zbudowany w technologii zbliżonej do systemu OFSA, uzasadnionym jest zatem przyjęcie, że wydajność wytwarzania modyfikacji w tym systemie nie może być znacząco różna od wydajności wytwarzania modyfikacji systemu OFSA. W toku postępowania odwoławczego dotyczącego postępowania DZP-2611-3/2015 wykonawca Asseco przedstawił stanowisko, że wydajność wytwarzania Punktów Funkcyjnych jest zbliżona do 6 roboczogodzin na Punkt Funkcyjny. Stanowisko to zostało udokumentowane w piśmie procesowym Asseco z dnia 27 kwietnia 2016 w sprawie KIO 550/16 przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie dot. postępowania DZP-2611-3/2015:

„W zakresie Usług Rozwoju należało uwzględnić wytworzenie 61 932 Punktów Funkcyjnych 1PPUG, co nawet przy bardzo dobrej produktywności i wytwarzaniu 1 PF IPPUG w 6 roboczogodzin powoduje konieczność uwzględnienia dodatkowych 58 etatów realizujących Usługi Rozwoju (61933 PF IFPUG X 6 godzin na 1 PF 1FPLFG = 152 roboczogodziny miesięcznie, do realizacji w 42 miesiące daje ok. 58 etatów średniomiesięcznie)” WNIOSEK: Uwzględniając powyższe zespól do realizacji przedmiotu zamówienia mniejszy niż 133 osoby nie jest w stanie zrealizować przedmiotu Umowy, a ceny ofertowe Wykonawców: Konsorcjum Atos, HPE oraz Konsorcjum Sygnity, po uwzględnieniu innych niezbędnych elementów kosztowych, nie pozwalają na finansowanie takiego zespołu projektowego,”.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w trakcie rozprawy dotyczącej tego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. KIO 550/16) Asseco (jako przystępujący) złożyło oświadczenie, że potrzebuje więcej niż 6 roboczogodzin (wskazane w piśmie procesowym) na wytworzenie jednego Punktu Funkcyjnego. Stanowisko to zostało zaprotokołowane w protokole z rozprawy z dnia 16 maja 2016 roku na str. 11: „wolnej ręki, gdzie wskazano na uzasadnienie zastosowania tego trybu. Odnośnie efektywności wyjaśnia, że podał te informacje na str. 31 swoich wyjaśnień z dnia 04.03.2016 r. i jest to efektywność niższą niż ta, która jest wskazana w piśmie procesowym (potrzeba większej liczby godzin na wytworzenie 1 PF niż wskazana w piśmie procesowym).

W ocenie Odwołującego należy zwrócić uwagę, że w poprzednim postępowaniu na utrzymanie i rozwój systemu OFSA Asseco zaoferowało za Punkt Funkcyjny cenę 612,85 zł netto przy cenie roboczodnia 750,00 zł za roboczodzień netto. Wskazuje to, że przewidywało wtedy wydajność wytwarzania rzędu 6,537 roboczogodziny na Punkt Funkcyjny.

Odwołujący wskazał, że Punkty Funkcyjne, których wycena jest przedmiotem ofert wykonawców oparte są o metodykę IFPUG, która była podstawą wyceny punktów funkcyjnych we wszystkich poprzednich postępowaniach dotyczących systemu OFSA, jak również w przypadku innych systemów utrzymywanych przez Zamawiającego. Metodyka ta została wprawdzie przez Zamawiającego zmodyfikowana, ale w ten właśnie sposób, że pracochłonność wytwarzania Punktów Funkcyjnych zgodnie z podręcznikiem szacowania Punktów Funkcyjnych obowiązującym w niniejszym postępowaniu, może być jedynie wyższa, a nie niższa niż w przypadku poprzednich postępowań. Nowy podręcznik doprecyzowuje i wprowadza wskaźniki, które wskazuj iż za tą samą modyfikację liczoną według nowego podręcznika wykonawca otrzyma mniejszą ilość punktów funkcyjnych. Dla zbilansowania kosztów wytworzenia modyfikacji (otrzymania takiego samego wynagrodzenia za tą samą pracę poświęconą na realizację modyfikacji) cena za PF musi być wyższa.

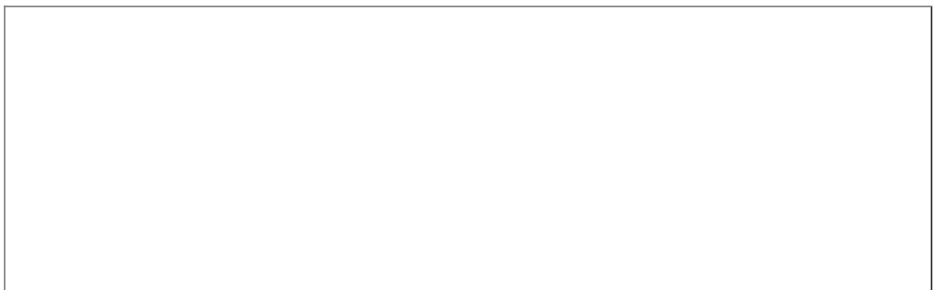
W ocenie Odwołującego powyższa teza znajduje potwierdzenie w oświadczeniach samego Asseco - w toku rozprawy dotyczącej odwołania na SIWZ obecnie prowadzonego postępowania Asseco przyznało, że jego zdaniem nowy podręcznik (wprowadzony w postępowaniu DPiZP.2610.19.2018) wymusza wyższe wyceny Punktów Funkcyjnych - (sprawa KIO 1948/18 - cytat z wyroku str. 21): „Z uwagi na konieczność uwzględnienia nowych zapisów Podręcznika, dotychczasowe sposoby wyceny tracą na znaczeniu, co również przyznał Odwołujący, jako Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 1948/18 prezentując argument dotyczący nowego liczenia punktów funkcyjnych (zgodnie z nowym Podręcznikiem ta sama funkcjonalność zwymiarowana będzie inną liczbą PF)."

Ponadto Odwołujący wskazał, że w protokole z rozprawy KIO (w niniejszego postępowania DPiZP.2610.19.2018) sygn. 1948/18 z dnia 5 listopada 2018 Asseco przyznało, że po zmianie podręcznika dla tej samej pracochłonności liczba PF będzie niższa. Asseco zatem wiedziało i winno było przyjąć, że jeden PF musi być droższy niż przy starej wersji podręcznika (bo na jeden PF przypada więcej osobodni) (str. 12 protokołu z dnia 5 listopada 2018):

Przystępujący Asseco:

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że zmiana wprowadzona w podręczniku spowoduje, że faktycznie ilość PF do wykonania danych prac będzie niższa niż wynikała to z poprzednich zasad, a tym samym ilość 2,5 tysiąca PF nie zostanie osiągnięta.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem Asseco wyrażonym w wystąpieniach przed KIO, oświadczeniach i ofertach wydajność wytwarzania PF (liczonych na zasadach wg. starego podręcznika) powinna kształtować się w następujący sposób:



Stanowisko Asseco	Wartość wynikająca z przeliczenia ceny oferty Asseco w bieżącym postępowaniu	Wartość podana w piśmie procesowym z 07.09.2015 dotyczącym sprawy KIO 1847/15-w postępowaniu UW przedmiocie zawarcia przez ARIMR Umowy Ramowej	Wartość podana w piśmie procesowym Asscecо z dnia 27 kwietnia 2016 w sprawie KIO 550/16 dot. postępowania DZP-2611-3/2015	Wartość podana w oświadczeniu Asseco w protokole z rozprawy z dnia 16 maja 2016 roku w sprawie sygn. KIO 550/16.	Wartość wynikająca z przeliczenia cen oferty złożonej przez Asseco w postępowaniu DZP-2611-2/2015 dot systemu OFSA w2015 roku
Deklarowana pracochłonność wytwarzania roboczogodzin	3,447 rbh/pf	7-10 rbh/pf	6 rbh/pf	>6 rbh/pf	6,537rbh/pf

W ocenie Odwołującego z powyższego widać wyraźnie, że wynikająca ze złożonej w niniejszym postępowaniu oferty Asseco wydajność - stanowi aberrację względem dotychczasowych deklaracji tegoż samego Asseco. Odwołujący zarzuca, że taka aberracja nie może być w żaden sposób logicznie wyjaśniona przez jakiekolwiek okoliczności, powoływanie się na nadzwyczajną wiedzę czy kompetencje swoich pracowników, ani też wykorzystanie nietypowych narzędzi. Co więcej, zgodnie ze stanowiskiem samego Asseco i Zamawiającego nowy podręcznik w wersji 2.8 załączony do SIWZ powoduje, że pracochłonność wytwarzania każdego Punktu Funkcyjnego powinna być jeszcze wyższa.

Zmiana podręcznika IFPUG obowiązującego u Zamawiającego - istotny czynnik cenotwórczy

Odwołujący wskazał, że w realizowanej dotychczas umowie na utrzymanie i rozwój systemu OFSA (dla której było prowadzone postępowanie DZP-2611-2/2015 liczba Punktów Funkcyjnych była obliczana zgodnie z podręcznikiem IFPUG stanowiącym załącznik do SIWZ, w wersji 1.0. W aktualnym SIWZ Zamawiający zmianą z 05.10.2018 wprowadził podręcznik IFPUG (stanowiący załącznik 4C do Wzoru Umowy) w wersji 2.8. (W punkcie 5 załącznika 4C do Wzoru umowy Zamawiający wskazuje: „Przez modyfikację i rozszerzenia metody PF IFPUG rozumie się zasady, wzorce i wyjaśnienia zawarte w dokumencie „Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa" (dalej: Podręcznik) w wersji 2.8, który jest załącznikiem do niniejszego Załącznika")

Wprowadzone w tymże podręczniku modyfikacje mają istotny wpływ na kształtowanie się liczby Punktów Funkcyjnych przypadających na dany zakres modyfikacji. Powyższe pośrednio przyznał także sam Zamawiający wyrażając w trakcie rozprawy z 19.10.2018 (sygn. akt KIO 1935/18 i KIO 1948/18) następującą opinię (str. 8 protokołu):

„Treść podręcznika uległa zmianie w stosunku do poprzedniego przede wszystkim w zakresie zasad przydzielania punktów funkcyjnych. Wyjaśnia, że przed zleceniem danej modyfikacji określa się złożoność oprogramowania w punktach funkcyjnych. Wyjaśnia dalej, że w ofercie wykonawca wycenia koszt jednego 1 punktu funkcyjnego, a dopiero na etapie realizacji poszczególnych prac wykonawca określa szacunkową ilość punktów funkcyjnych jakich wymaga wykonanie danej modyfikacji. Dla ustalenia ilości punktów funkcyjnych znaczenie ma metoda opisana w podręczniku stosowania, która uległa w tej chwili modyfikacji w stosunku do poprzedniego."

I także dalej (str. 14 protokołu):

„Zamawiający nie widział potrzeby dołączania modelu, który był przygotowany na podstawie innego podręcznika, przy innych zasadach przeliczania punktu funkcyjnego. Zmienione

zasady zostały ujęte w podręczniku przekazanym wykonawcy

Zamawiający wyraźnie zasygnalizował zatem Wykonawcom, że w obecnej umowie obowiązuje nowy podręcznik i zasady liczenia Punktów Funkcyjnych uległy istotnej zmianie (protokół z 5.11.2018 sygn. KIO 1935/18 i KIO 1948/18 str. 5):

„Odnośnie modelu IFPUG zauważa, iż zakres zmian dokonany w nowym podręczniku jest na tyle istotny, że czyni dotychczasowy model nieprzydatny"

Potwierdziła powyższe również Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając w sprawach sygn. KIO 1935/18 i KIO 1948/18 co następuje (str. 21 wyroku):

„Z uwagi na konieczność uwzględnienia nowych zapisów Podręcznika, dotychczasowe sposoby wyceny tracą na znaczeniu, co również przyznał Odwołujący, jako Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 1948/18 prezentując argument dotyczący nowego liczenia punktów

funkcyjnych (zgodnie z nowym Podręcznikiem ta sama funkcjonalność zwymiarowana będzie inną liczbą PF).

Dalej Odwołujący wskazał, że zmiany dokonane przez Zamawiającego w nowym podręczniku polegają między innymi na tym, że wyłączono z procesu szacowania szereg procesów i funkcjonalności, które zgodnie z metodyką IFPUG powinny podlegać szacowaniu i zostać wliczone w cenę punktu funkcyjnego, między innymi:

- W wersji 2.8 została zmieniona tabela do wyliczania złożoności elementarnych procesów na bardziej niekorzystną dla Wykonawcy,
- W wersji 2.8 została zmieniona tabela do wyliczania współczynnika wpływu dla zmian funkcji transakcyjnych na bardziej niekorzystną dla Wykonawcy,
- W wersji 2.8 zapisano, iż nie stosuje się współczynnika VAF, a dotychczas VAF wynosił 1,14 (czyli wpływał na zwiększenie liczby PF g podręcznika w wersji 1.0 o 14%),
- W wersji 1.0 na potrzeby szacowania złożonych funkcjonalności została wprowadzona reguła IFPUG102: Skomplikowane funkcjonalności (w zakresie interakcji). Pozwalała ona na wyodrębnienie dodatkowych procesów elementarnych. W wersji 2.8 reguła ta została usunięta,
- W wersji 2.8 została przytoczona definicja "stanu stabilnego" wraz podanym przykładem - narzucona w podręczniku interpretacja może utrudniać wycenianie procesów elementarnych wynikających z logiki biznesowej i wymagań w ten sposób, że wymaganie, które dotychczas podlegałoby wycenie na wyższą liczbę PF będzie musiało być wycenione na mniejszą ich liczbę,
- Podręcznik w wersji 2.8 wprowadza doprecyzowanie co oznacza „różne warianty logiki procesowej" przy wyznaczaniu elementarnych procesów, tymczasem wymiarowanie w IFPUG nie zależy od sposobu implementacji wymagań czy użytej technologii - w konsekwencji wg podręcznika w wersji 2.8 liczona jest mniejsza liczba procesów elementarnych niż wynikałoby to z niezmodyfikowanej metodyki IFPUG i podręcznika w wersji 1,0.

W ocenie Odwołującego tym samym ta sama zmiana (modyfikacja systemu zlecona przez Zamawiającego) zwymiarowana według zasad obowiązujących w podręczniku w wersji 2.8 będzie wyceniona na mniejszą ilość punktów funkcyjnych niż według podręcznika w wersji 1.0, czyli za tę samą pracę trwającą tyle samo dni roboczych, zostanie naliczona mniejsza ilość PF. Mniejsza ilość PF przełoży się na niższe wynagrodzenie Wykonawcy za tę samą pracę. Co oznacza, że w celu utrzymania tej samej stawki za tę samą pracę Wykonawca musi wycenić PF zwymiarowane wg nowych zasad jako droższe.

Dalej Odwołujący wskazał, że w celu przedstawienia wpływu nowego podręcznika na ilość PF odpowiadających tej samej pracy, Wykonawca dokonał obliczenia złożoności wybranych zmian, które zostały już zrealizowane i wycenione w oparciu o Podręcznik w wersji 1,0. W poniższej tabeli zestawiono obliczoną przez certyfikowanych pracowników Wykonawcy [posiadających certyfikat Certified Function Point Specialist: M. L. [18-CFPS-13933C IFPUG], A. P. (P.) [18-CFPS- 138908-1FPUG] złożoność szeregu przykładowych modyfikacji które zostały już zrealizowane i odebrane przez Zamawiającego:

Numer modyfikacji	PF w wersji podręcznika 1.0	PF w wersji podręcznika 2.8	v 1.0/v2.8
PO 02	670,32	338,50	2,0
P007	254,79	121,00	2,1
P009	2280,29	858,00	2,7
P010	2850,00	1148,00	2,5
P011	816,53	306,75	2,7
P020	471,68	219,25	2,2
P051	111,15	42,75	2,6
P063	1709,83	869,75	2,0
P067	255,08	154,50	1,7
P070	412,97	268,50	1,5
P071	149,06	74,50	2,0
PO 73	941,07	684,50	1,4
PO 7 5	266,19	115,25	2,3
RAZEM	11188,96	5201,25	2,2

W ocenie Odwołującego z powyższego zestawienia wynika, że pracochłonność przypadająca na jeden punkt funkcyjny jest w przypadku wersji 2.8 średnio 2,2 razy wyższa niż w przypadku wersji 1.0. Odwołujący zwrócił również uwagę na pozostałe czynniki zwiększające w górę koszty Punktu Funkcyjnego w niniejszym postępowaniu w stosunku do poprzednich:

• wymaganie nałożone przez Zamawiającego dotyczące gwarantowania zdolności realizacyjnej na poziomie 2500 PF miesięcznie powoduje po stronie Wykonawcy powstanie kosztu niezależnie od tego czy Zamawiający w danym miesiącu zleci jakiekolwiek Modyfikacje i ile rzeczywiście Punktów Funkcyjnych wykorzysta. Jest to koszt stały, gdyż wynika z wymagania "dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie całkowitej wydajności realizacyjnej" - z którego wynika, że Wykonawca musi dysponować zasobami, a zatem ponosić ich koszt (zasobem tym są pracownicy, a kosztem ich wynagrodzenie] i nie może skierować pracowników do innych zadań, gdyż obowiązkiem Wykonawcy jest gwarantować zdolność do realizacji określonej puli

prac w miesiącu, a gwarancja musi mieć oparcie w zdolności do zadysponowania tych zasobów. Ponieważ Zamawiający zobowiązał się do złożenia Zamówień na poziomie 20% całkowitej ilości Punktów Funkcyjnych, to Wykonawca musi rozłożyć na te punkty koszty wszystkich potencjalnych przestojów pozostającego w gotowości zespołu wykonawczego - Zamawiający nie zobowiązał się bowiem do zamawiania w sposób równomierny stałej liczby punktów, co wiąże się z ryzykiem wahań w obciążeniu zespołu i liczbie potrzebnych programistów, a koszt przerzucania pracowników pomiędzy projektami jest wysoki;

• Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert "deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych", a także w ramach procedury

opisanej w pkt 8 w Załączniku 4C do Wzoru umowy zawarł szereg przedziałów, dla

których Wykonawcy zobowiązani są zadeklarować czas realizacji Modyfikacji o

określonym rozmiarze funkcjonalnym. Przedziały te nie są ciągłe - występują znaczące

przeskoki czasu realizacji w zależności od wielkości zamawianej modyfikacji. Taka konstrukcja SIWZ nie daje możliwości Wykonawcom zadeklarowania rzeczywistych

obliczonych lub oszacowanych przez nich (w jakikolwiek sposób] czasów realizacji dla danego wymiaru określonego w Punktach Funkcyjnych. W konsekwencji Wykonawcy ponoszą ryzyko, że dla części modyfikacji nie zdążą ich wykonać w zadeklarowanym

terminie, to ryzyko zmuszeni są niwelować zwiększając cenę Punktu Funkcyjnego;

• opisanej w pkt 8 w Załączniku 4C do Wzoru umowy zawarł szereg przedziałów, dla

których wykonawcy zobowiązani są zadeklarować czas realizacji Modyfikacji o

określonym rozmiarze funkcjonalnym. Przedziały te nie są ciągłe - występują znaczące

przeskoki czasu realizacji w zależności od wielkości zamawianej modyfikacji. Taka konstrukcja SIWZ nie daje możliwości wykonawcom zadeklarowania rzeczywistych obliczonych lub oszacowanych przez nich (w jakikolwiek sposób) czasów realizacji dla danego wymiaru określonego w Punktach Funkcyjnych. W konsekwencji wykonawcy ponoszą ryzyko, że dla części modyfikacji nie zdążą ich wykonać w zadeklarowanym terminie, to ryzyko zmuszeni są niwelować zwiększając cenę Punktu Funkcyjnego.

Odwołujący wskazał, że powyższą pracochłonność usług obliczanych zgodnie z wymaganiami zawartymi w obecnym postępowaniu potwierdza również sam Zamawiający, vide wywiad zamieszczony na stronach Pulsu Biznesu z ówczesnym wiceprezesem ARiMR M. D. fhttps://www.pb,pl/arimr-dozbraia-sie-w-it-9599411 w którym wiceprezes ARIMR mówi, że:

„ Według szacunków ARiMR oferty na OFSA powinny być wyższe niż w 2015 r., bo usługi są bardziej pracochłonne "

Z powyższego, w ocenie Odwołującego, widać wyraźnie zatem sprzeczność:

- samo Asseco w dotychczas prezentowanych przez siebie stanowiskach twierdziło, że na wytworzenie jednego Punktu Funkcyjnego (bazując na wersji Podręcznika 1.0) potrzebne jest od 6 do 10 roboczogodzin;
- zgodnie z obliczeniami po zmianie wersji Podręcznika na 2.8 pracochłonność wytwarzania jednego Punktu Funkcyjnego wzrasta 2,2 razy,
- obecna umowa wprowadza dodatkowe czynniki zwiększające koszt Punktu Funkcyjnego,
- jednocześnie z oferty Asseco (jak i zapewne z prób wyjaśnienie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Asseco) wynika, niezwykle wysoka wydajność wytwarzania nowych Punktów Funkcyjnych (w wersji 2.8 podręcznika) na poziomie 3,447 rbh/pf co odpowiadałoby wydajności na poziomie 1,567 rbh/pf (w wersji 1.0 podręcznika) - czyli od 3,82 do 6,381 razy większej niż uprzednio deklarowana.

W ocenie Odwołującego, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego nie jest możliwe znalezienie wiarygodnego wyjaśnienia fenomenu, polegającego na tym, że pomimo iż (zgodnie z obliczeniami dokonanymi przez certyfikowanych specjalistów, dla wykonawcy posiadającego największe doświadczenie i stale dokonującemu modyfikacji systemu OFSA) pracochłonność wytwarzania Punktów Funkcyjnych w wersji 2.8 rośnie, to dla Asseco pracochłonność ta maleje niemal dwukrotnie. Nadmienić przy tym należy że wszyscy oferenci poza Asseco uwzględnili w swoich ofertach wpływ zmiany wersji podręcznika zarówno na stawki za punkt funkcyjny jak również w wskaźniku produktywności wytworzenia punktu funkcyjnego. Porównując oferty z roku 2015 i 2018 zarówno stawki za PF Comarchu jak i DXC uległy znaczącemu zwiększeniu jak również produktywność wytwarzania PF uległa zmniejszeniu.

W ocenie Odwołującego Asseco w zakresie stawki za PF zaproponowało rażąco niską cenę. Nie istnieją bowiem żadne obiektywne przesłanki tłumaczące obniżenie stawki za PF oraz zwiększenie produktywności przy tak istotnych zamianach podręcznika. Fakt ten dobitnie potwierdza oferta złożona przez Asseco w postępowaniu na utrzymanie i modyfikacje Systemu SIA w równoległym przetargu prowadzonym przez Zamawiającego. Nadmienić przy tym trzeba, że w ramach postępowania na SIA Zamawiający również zmienił zasady obliczania PF dla modyfikacji zmieniając podręcznik z wersji 1.0 do 2.9 (minimalne zmiany w stosunku do wersji 2.8). Zestawiając stawki za PF i współczynnik produktywności dla tych dwóch przetargów w kontekście ofert Asseco nie ma wątpliwości, iż w ofercie na OFSA Asseco zaproponowało rażąco niską cenę (w odniesieniu do swojej własnej oferty w postępowaniu na SIA zbieżnej z cenami rynkowymi).

Odwołujący podkreślił, że Asseco w swoich wyjaśnieniach dotyczących sposobu oszacowania oferty cenowej nie było w stanie przedstawić żadnych obiektywnych czynników, które uzasadniałyby zaoferowanie tak niskiej ceny. Tymczasem dogłębne zbadanie sposobu oszacowania i uwzględnienia ww. kosztów w cenie oferty jest zgodne z rekomendacją z informacji o wynikach kontroli NIK nr ewid. 15/2018/P/17/113/KRR „Zapewnienie systemu informatycznego do prawidłowej realizacji płatności bezpośrednich dla rolników" str. 26.: „określenie jakie rodzaje kosztów, w tym osobowych (takie jak nadgodziny) oraz ryzyk powinny znaleźć się w jednostkowym wynagrodzeniu (np. w ramach PF lub Roboczodni), aby nie mogły być doliczane jako dodatkowy element kosztów realizacji modyfikacji)".

Odwołujący ponadto podkreślił, że dokonanie dogłębnej analizy sposobu sporządzenia przez Asseco wyceny jest konieczne, aby zabezpieczyć interes Zamawiającego. W szczególności, doświadczenia związane z realizacją usług utrzymania systemu informatycznego SIA wskazują, że akceptacja oferty zawierającej rażąco niską cenę zamówienia prowadzi do realizacji przez wykonawcę prac w sposób niezadawalający pod względem jakości i terminowości, a jednocześnie naraża Zamawiającego na konieczność zwiększenia pracochłonności po własnej stronie (jak wskazano informacji o wynikach kontroli NIK nr ewid. 15/2018/P/17/113/KRR „Zapewnienie systemu informatycznego do prawidłowej realizacji płatności bezpośrednich dla rolników"). Jednocześnie wybór wykonawcy, który w oczywisty sposób zaoferował zaniżoną ceną realizacji usług modyfikacji może prowadzić do sytuacji analogicznej jak w przypadku systemu SIA, gdzie (jak wskazano w raporcie NIK) Zamawiający był zmuszony akceptować warunki dotyczące terminów wprowadzania zmian w systemie informatycznym SIA oraz wyceny realizowanych usług narzucone przez wykonawcą, który nie zapewniał wystarczających zasobów kadrowych do realizacji umowy.

Kwestia automatyzacji - Odwołujący wskazał, że dowód na rzekomą prawdziwość skuteczności automatyzacji, która ma uzasadniać nadzwyczajną wydajność pracowników Asseco w kontekście rażąco niskiej ceny jest manipulacją, gdyż posiadanie narzędzi automatyzujących proces wytwórczy nie jest unikatową cechą jednego wykonawcy, lecz regułą obowiązującą na rynku IT. W procesie wytwórczym oprogramowania można wykorzystywać szereg narzędzi, które poprzez automatyzacje pewnych czynności pozwalają na osiągnięcie zwiększenia wydajności niektórych etapów wytwarzania, Komputerowo wspomagana inżynieria oprogramowania (CASE) korzysta z oprogramowania do wspomagania czynności procesu tworzenia oprogramowania, takich jak inżynieria wymagań, projektowanie, programowanie i testowanie. Automatyzacja w procesie tworzenia oprogramowania może pełnić jedynie rolę wspomagającą. Nie istnieją narzędzia ani systemy w pełni automatycznie realizujące proces wytwórczy. Nie istnieją także systemy automatyczne, które mogłyby z któregoś z etapów procesu wytwórczego w całości wyeliminować człowieka. Przykładowo, w kontekście testów funkcjonalnych, testowanie automatyczne nie oznacza narzędzia, które samoczynnie zweryfikuje oprogramowanie podlegające testom, zastępując całkowicie człowieka. Dla rozbudowanych systemów, takie narzędzie nie istnieje. Dalej Odwołujący wskazał, że dostępne narzędzia wspomagające obejmują między innymi takie obszary jak zarządzanie wersjami kodu, edycję i generowanie kodu, budowanie i kompilację kodu wynikowego, testowanie.

W swoich wyjaśnieniach Asseco powołuje się m.in. na posiadanie autorskich, wysoko wyspecjalizowanych narzędzi umożliwiających automatyzowanie procesów utrzymaniowych. Wskazujemy, że posiadanie takich narzędzi automatyzujących różne aspekty procesu wytwórczego nie jest żadną unikalną cechą właściwą wyłącznie Asseco, inni wykonawcy również posiadają takie narzędzia, nierzadko zbudowane w sposób dedykowany właśnie dla konkretnego systemu (jak jest w przypadku autorskich narzędzi posiadanych przez Comarch służących do automatyzacji procesu budowy, testowania i utrzymywania systemu OFSA). Odwołujący wskazał, że poprzez powołanie się na wykorzystanie narzędzi automatyzujących proces wytwórczy nie da się wyjaśnić nadzwyczajnej anomalii w wydajności wytwarzania Punktów Funkcyjnych, która jest widoczna w ofercie Asseco. W ocenie Odwołującego punktem odniesienia do oceny wydajności i wyceny powinna być średnia rynkowa - wszyscy używają podobnych narzędzi, są one powszechnie dostępne więc ich wpływ na wydajność wytwarzania jest zbliżony u wszystkich wykonawców. Wynika to z faktu, że rynek informatyczny cierpi na niedobór specjalistów i z tego powodu wszyscy wykonawcy zmuszeni są do korzystania z narzędzi automatyzujących. Automatyzacja nie jest rozwiązaniem, które pozwala na całkowite wyeliminowanie czynnika ludzkiego z procesu wytwórczego. Powodów jest kilka:

- Nie da się zautomatyzować wszystkich czynności w 100%,
- Nie da się całkowicie automatycznie bez udziału człowieka wytwarzać kodu,
- System automatyzujący wymaga operatora, administrowania i utrzymywania go w odpowiednim stanie technicznym (robią to ludzie),
- Narzędzia automatyzujące muszą być także testowane i sprawdzane (robią to ludzie),
- Aby wdrożyć proces automatyzacji (w dowolnej dziedzinie) trzeba go najpierw zaprojektować, następnie zaprogramować automaty, sprawdzić czy wytwarzają oczekiwany produkt, a następnie kontrolować ich działanie (robią to ludzie),
- Automatyzacja pozwala usprawniać procesy powtarzalne, zdarzenia czy też produkty unikalne muszą być wytwarzane przez ludzi.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że automatyzacja pozwala na pokrycie jedynie fragmentów procesu wytwórczego, w pewnym określonym (nie 100%) stopniu. Co więcej, nie sposób przyjąć a priori (np. wyceniając ofertę) założenie, że zautomatyzuje się proces w jakimś określonym wymiarze, gdyż wiąże się to z ryzykiem, że (np. gdy Zamawiający będzie zlecał unikalne modyfikacje albo zdefiniuje specyficzne wymagania, czy zmieni technologię) nie będzie można zastosować automatyzacji w zakładanej skali. W ocenie Odwołującego powoływanie się przez Asseco na zastosowanie „wysoko wyspecjalizowanych narzędzi umożliwiających automatyzowanie procesów wytwórczych i utrzymaniowych" należy uznać za niewiarygodne i wprowadzające Zamawiającego w błąd. Wykorzystaniem narzędzi automatyzujących nie da się w sposób rzetelny i wiarygodny uzasadnić dlaczego Asseco miałoby osiągnąć tak niezwykle wysoką wydajność. Co więcej, Asseco samo w swoich wyjaśnieniach nie posługiwało się tym argumentem w piśmie z 11.01.2019, ani w kolejnych pismach z 21.01.2019 i 23.01.2019. Dopiero w piśmie z 26.03.2019, w którym Asseco odpowiadało na wezwanie Zamawiającego z 15.03.2019 znalazły się wyjaśnienia wskazujące na użycie narzędzi automatyzujących. Oznacza to, że argumentację o użyciu jakoby doskonale zwiększających wydajność narzędzi, Asseco opracowało dopiero w marcu 2019 na potrzeby składanych wyjaśnień, a nie zakładało ich użycia na etapie szacowania ceny. Gdyby było inaczej już w pierwszych wyjaśnieniach 11.01.2019 Asseco powołałoby się na narzędzia automatyzujące przedstawiając metodykę szacowania ceny, tak jak powoływało się na inne okoliczności związane ze swoim doświadczeniem, czy znajomością procesów biznesowych u Zamawiającego.

W tym zakresie Odwołujący zarzucił co następuje:

II 1.1. brak różnic pomiędzy warunkami dostępnymi Comarch i Asseco

Odwołujący wskazał, że w swoim piśmie z dnia 11.01.2019 (PUS-R/101/2019/A W) Asseco powołało się na następujące okoliczności mające wpływ na cenę oferty:

- oszczędności wynikające ze szczególnych warunków wykonywania zamówienia dostępnych jedynie dla wykonawcy;
- doświadczenie Asseco w zakresie rozwoju i utrzymania OFSA o Znajomość procesów biznesowych Zamawiającego i specyfiki Zamawiającego o Oszczędności i oryginalność projektu Wykonawcy - dedykowana organizacja certyfikowana zgodnie z ISO 22301 i 27001;
- oszczędności kosztów Wykonawcy,
- prowadzenie projektu zgodnie z metodyką Prince2;
- inne okoliczności mające wpływ na cenę oferty.

Odwołujący wskazał, że Asseco podało w swoich wyjaśnieniach szereg nieprawdziwych informacji w zakresie powyższych punktów. Wyjaśnienia Asseco są w związku z tym zmanipulowane i niewiarygodne i jako takie winny zostać przez Zamawiającego odrzucone. Podane przez Asseco nieprawdziwe informacje (już w pierwszym piśmie zawierającym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny!) powodują, że Zamawiający nie miał w zasadzie żadnej innej możliwości poza odrzuceniem tych wyjaśnień. W świetle faktów bowiem, nieprawdziwe informacje podane przez Asseco nie dają się wyjaśnić ani uszczegółowić, a zatem samo ich podanie stanowi wystarczającą przesłankę odrzucenia przez Zamawiającego wyjaśnień. Poniżej przedstawiamy szczegółową analizę nieprawdziwych informacji podanych przez Asseco w piśmie z dnia 11.01.2019

1. Doświadczenie Asseco w zakresie rozwoju i utrzymania OFSA

W ocenie Odwołującego nie jest prawdą, że jedynie Asseco posiada „unikalne doświadczenie w obszarze objętym przedmiotowym zamówieniem”. Wynika to z następujących faktów:

- Asseco świadczyło usługi związane z utrzymaniem i rozwojem systemu OFSA jedynie do 30 czerwca 2013 roku. W późniejszym okresie utrzymanie i rozwój systemu OFSA świadczył Comarch w ramach następujących umów: o 18/DI/2013/2611 z dnia 29.04.2013, 68/DJ/2015/2615 z dnia 22.10.2015, 9/D1/2016/2611 z dnia 29.02.2016. Przedmiotem powyższych umów było zarówno świadczenie usług utrzymania jak i znacząca rozbudowa i przebudowa systemu OFSA. Nie można zatem twierdzić, że

posiada się unikalne doświadczenie związane z systemem, co do którego od sześciu lat nie świadczy się żadnych usług, który został znacząco przebudowany przez innego Wykonawcę, a w niektórych obszarach zbudowane zostały całkowicie nowe jego moduły. To Comarch, który w sposób ciągły od sześciu lat utrzymuje i rozwija system OFSA, może podnosić argument o posiadaniu aktualnego i unikalnego doświadczenia, związanego z tym systemem ponieważ: (i) tylko Comarch aktualnie posiada zespół osób bezpośrednio zaangażowanych w utrzymanie systemu OFSA i jego rozwój - Asseco takiego zespołu nie posiada (czego najlepszym dowodem jest fakt, że w toku dalszych wyjaśnień Asseco wnioskowało o przesunięcie terminu złożenia wyjaśnień, ze względu na urlop kluczowej osoby sporządzającej wycenę - jednego pracownika mającego wiedzę o sposobie spreparowania ceny ofertowej!); (ii) tylko Comarch posiada unikalną, autorską wiedzę na temat wszystkich modyfikacji, które zostały przez

niego wytworzone dla Zamawiającego od 30 czerwca 2013 roku, Asseco takiego know-how nie posiada, o Asseco może odwoływać się do doświadczeń związanych z wytworzeniem tych modułów systemu OFSA, których użytkowanie zostało już u Zamawiającego wygaszone, a nie posiada wiedzy związanej z budową modułu OFSA-PROW1420, oraz Rejestr Odwołań w których tworzeniu nie uczestniczyło.

• Nie jest prawdą, że Asseco wzięło pod uwagę oszczędności wynikające ze szczególnych warunków wykonywania zamówienia dostępnych jedynie dla Asseco, jako twórcy systemu OFSA oraz wiodącej firmy informatycznej w Polsce: „Asseco dysponuje specjalistami najwyższej klasy w zakresie technologii które będą wykorzystywane w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Dzięki temu ograniczone do minimum zostają ryzyka związane z wydajnością czy integracją na poziomie infrastruktury techniczno-systemowej."

W ocenie Odwołującego twierdzenie powyższe jest nieprawdziwe z kilku powodów: (i) po pierwsze nie jest prawdą, że jedynie Asseco dysponuje „specjalistami najwyższej klasy w zakresie technologii, które będą wykorzystywane w toku realizacji przedmiotowego zamówienia ” - najlepszym dowodem tego jest fakt, że nie tylko Asseco złożyło w niniejszym postępowaniu ofertę. Złożył ją także Comarch i DXC. Wszyscy wykonawcy musieli wykazać się posiadaniem zespołu wysoko wykwalifikowanych specjalistów w zakresie technologii, w której zbudowany jest system OFSA. Wszyscy w swoich ofertach taki zespół osób (posiadających stosowną wiedzę, doświadczenie i certyfikaty) wykazali i żadnej z ofert Zamawiający nie odrzucił w związku z przedstawionym wykazem osób; (ii) po drugie, jako że Asseco od sześciu lat nie świadczy już usług związanych z systemem OFSA, można przyjąć (zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego), że wiedza osób, które uczestniczyły w budowie systemu OFSA i nadal pracują w Asseco jest już przestarzała - nie można w związku z tym powoływać się na ten fakt jako uzasadniający jakieś znaczące oszczędności kosztowe. Fakt ten jest wręcz uzasadnieniem tego, że zespół osób, które Asseco zamierza skierować do realizacji przedmiotowego zamówienia, musi swoją wiedzę uzupełnić w okresie przejściowym; (iii) posiadanie przez Asseco podpisanej umowy ramowej na modyfikację systemów ARiMR (Comarch również ma taką umowę zawartą) nie daje Asseco uprzywilejowanej pozycji oraz nie zapewnia bieżącego kontaktu ze stanem systemu OFSA - w ramach tej umowy ramowej w obszarze OFSA nie zostało zrealizowane ani jedno zamówienie. Z ostrożności zastrzegamy, że potencjalne twierdzenia Asseco o śledzeniu realizowanych w OFSA zmian musiałoby być potwierdzone ujęciem w ofercie będącej przedmiotem niniejszego odwołania znaczących kosztów związanych z takim utrzymywaniem wiedzy; (iv) poza Asseco i Comarch, także DXC uczestniczyło w realizacji projektów dla Zamawiającego, między innymi na utrzymanie i rozwój systemu SIA, który wykonany jest w technologii analogicznej do OFSA; (v) liczba wad systemu zgłoszona do Comarch po przejęciu utrzymania systemu w lipcu 2013 roku po Asseco wynosiła 179, w sierpniu 207, a we wrześniu 135, oznacza to, że Asseco utrzymując system realizowało usługi niskiej jakości pozostawiając system z wieloma błędami, których usuwanie wymagało wielu miesięcy pracy. W ciągu pierwszych trzech miesięcy po przejęciu systemu od Asseco (zanim jeszcze Comarch zaczął wdrażać w systemie istotne modyfikacje) zgłoszonych zostało 521 wad systemu.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że w pierwszych miesiącach po przejęciu systemu przez Comarch, zanim jeszcze Comarch zaczął realizować jakiekolwiek modyfikacje zgłaszane były setki błędów, które były pochodną zaniechać Asseco i niskiej jakości wykonywanych przez zespół Asseco modyfikacji systemu w okresie poprzedzającym - ilustracją jest poniższy wykres pokazujący dużą liczbę zgłoszeń związanych z systemem OFSA na samym początku realizacji umowy (po przejęciu systemu od Asseco) - co wynikało z faktu niskiej jakości usług utrzyma ni owych świadczonych przez Asseco pod koniec swojej umowy.

• W ocenie Odwołującego nie jest prawdą, że „Asseco, jako twórca systemu OFSA, doskonale zna oprogramowanie od strony funkcjonalnej i technologicznej, a także

bardzo dobrze zna procesy biznesowe, jakie to oprogramowania wspiera.” - bieżąca znajomość systemu OFSA przez Asseco ustała 30 czerwca 2013 roku. Po tym okresie Comarch wykonał w systemie szereg modyfikacji i rozbudów, zwymiarowanych łącznie na ponad 73 tysiące Punktów Funkcyjnych, z których ponad 64 tysiące zostały przeznaczone na budowę nowej aplikacji OFSA 14-20. Zaimplementowane zostały nowe działania i procedury. Odwołujący wskazał, że zmianie ulegały też procesy biznesowe, Asseco mija się z faktami powołując się na doskonałą znajomość oprogramowania, które uległo tak dalekim przeobrażeniom. Zmianie uległy też wykorzystywane przez system OFSA technologie. Porównanie załączników 10 w obecnym postępowaniu oraz w postępowaniu DZP-2611-2/2012 (w którym opisano stan, systemu z okresu przed zakończeniem realizacji jego utrzymania przez Asseco) prowadzi do następujących wniosków: (i) przed rokiem 2013 użytkowana była baza danych Oracle w wersji 10g i 11 g, a aktualnie system oparty jest o bazę w wersji 12c release 2; (ii) warstwa oprogramowania systemowego Red Hat Enterprise Linux została zmieniona z wersji 5 lub 6 na wersję 7, o przed 2013 rokiem w systemie OFSA wykorzystywane były dwa serwery aplikacji BEA Weblogic Server 8.1 oraz Jboss Application Server 6 - aktualnie system opiera się wyłącznie na JBoss 7 Enterprise Application Platform; (iii) przed czerwcem 2013 roku wykorzystywano serwer LDAP iPlanet Directory Server 5.1, a obecnie Red Hat Directory Server 10. Mając na uwadze powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego, powoływanie się przez Asseco na „doskonałą znajomość" systemu OFSA nie może być prawdą.

2. Znajomość procesów biznesowych Zamawiającego i specyfiki Zamawiającego

Odwołujący wskazał, że Asseco podnosi argument, jakoby jednym z czynników mających wpływ na wyjątkowo wysoką produktywność wytwarzania modyfikacji, a poprzez to na wyjątkowo niską cenę Asseco, była znajomość specyfiki Zamawiającego. Zwracamy uwagę na fakt, że znajomość ta nie jest niczym wyjątkowym i w przypadku wszystkich uczestniczących w postępowaniu Wykonawców kształtuje się na zbliżonym poziomie. W ciągu ostatnich sześciu lat, każdy z wykonawców realizował co najmniej jedną umowę związaną z utrzymaniem i rozwojem dużego systemu teleinformatycznego w Agencji. Każdy z Wykonawców musiał wypracować procesy i procedury związane z zapewnieniem bezpieczeństwa przetwarzanych danych, czy zapewnieniem niezawodności systemów. Było to bowiem wymogiem w każdej zawieranej z Agencją umowie. Dalej Odwołujący wskazał, że Asseco powołuje się, na fakt, że jako „wykonawca wszystkich głównych systemów informatycznych ARiMR, wypracowało wewnątrz firmowe procedury szybkiej reakcji na zmiany, gdyż często zmiany legislacyjne wymagające dostosowania systemu informatycznego wchodziły w życie w terminie kilku/kilkunastu dni od ich ogłoszenia. Taka specyfika wymogła opracowanie i wdrożenie w ramach organizacji procesów umożliwiających optymalne i sprawne zarządzanie personelem, które w dalszym ciągu są wykorzystywane i udoskonalane u innych klientów." W ocenie Odwołującego, okoliczność ta nie jest to niczym wyjątkowym. W takcie utrzymania systemu OFSA Comarch także wypracował analogiczne procedury szybkiej reakcji na zmiany i zarządzania personelem. Nie jest żadną unikalną wiedzą także znajomość procesów biznesowych Zamawiającego, gdyż zarówno Asseco, jak i Comarch czy DXC posiadają taką samą wiedze o tychże procesach. Nie stanowi to tym bardziej uzasadnienia tego, że akurat w przypadku tego postępowania na utrzymanie systemu OFSA Asseco było w stanie zaoferować tak niską cenę za wytwarzanie PF modyfikacji, a w żadnym z innych postępowań (wcześniejszych i późniejszych) tego nie zrobiło (pomijając stwierdzony w postępowaniu na utrzymanie SIA z 2015 roku DZP-2611-3/2015 czyn nieuczciwej konkurencji),

3. Oszczędność i oryginalność projektu Wykonawcy - Dedykowana organizacja certyfikowana na zgodność z ISO 22301 i 27001

Odwołujący wskazał, że Asseco podnosi w swoim piśmie z 11.01.2019, że posiadanie przez Asseco organizacji certyfikowanej na zgodność z normami ISO 22301 i 27001 miałoby wpływać na szczególne oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że:

- norma ISO 22301 nie ma bezpośredniego przełożenia na produktywność czy efektywność organizacji, jest to standard dotyczący zapewnienia ciągłości działania organizacji, który służy identyfikacji zagrożeń i rozpoznaniu czynników ryzyka dla ciągłości działania, ale nie wpływa bezpośrednio na zwiększenie produktywności organizacji;

- norma ISO 27001 standaryzuje systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, nie ma zatem wpływu na zdolność organizacji do wydajnego wytwarzania końcowych produktów, służy jedynie zabezpieczeniu przed wyciekiem przetwarzanych danych do

osób nieuprawnionych.

W ocenie Odwołującego powyższe standardy organizacyjne, nawet jeżeli są skutecznie wdrożone w danej organizacji, nie mogą służyć jako uzasadnienie obniżenia kosztów czy zwiększenia produktywności. Wręcz przeciwnie, zestaw norm i procedur generuje dla każdej organizacji dodatkowy koszt związany z ich przestrzeganiem i wypełnianiem, koniecznością przeprowadzania audytów, czy uzyskiwania certyfikatów. Znamienne jest także, że Asseco nie przywołuje w swoich wyjaśnieniach innych norm tj.

- ISO/IEC 20000 dotyczącej zarządzania usługami IT która to norma pozwala optymalizować procesy związane z realizacja usług IT zarówno w aspekcie kosztowym jak i jakościowym,
- ISO 9001, która to norma stanowi „złoty standard" dotyczący systemu zapewniania jakości i doskonalenia organizacji co pozwala uzyskiwać mierzalne oszczędności w działaniu organizacji,
- ISO 13053 która opisuje metody optymalizacji procesów zgodnie z technika „Six Sigma" i pozwala uzyskiwać mierzalne rezultaty usprawnień w działalności organizacji, co przekłada się na obniżenie kosztów.

W ocenie Odwołującego argumentacja Asseco zawarta w wyjaśnieniach przedłożonych Zamawiającemu jest oparta na ogólnikach i hasłach, których celem było sprawienie jedynie wrażenia, że istnieją wyjątkowe organizacyjne czynniki, właściwe tylko dla Asseco, które mogą uzasadniać taką a nie inną konstrukcję ceny oferty. Odwołujący wskazał, że posiada zintegrowany system zarządzania jakością certyfikowany na zgodność z normami ISO 9001:2015, PN-N-18001:2004, PN-EN ISO 14001:20015-09 i PN-ISO/IEC 27001:2014-12, wskazywane przez Asseco oszczędności i oryginalność dedykowanej organizacji nie są zatem w tym aspekcie rzeczywiste.

4. Oszczędności kosztów pracy wykonawcy

Dalej Odwołujący wskazał, że Asseco w swoich wyjaśnieniach podnosi, że w zakresie kosztów pracy dokonuje oszczędności poprzez: (i) minimalizowanie kosztów delegacji; (ii) zatrudnianie pracowników spoza Warszawy. Odwołujący podkreślił, że wszyscy wykonawcy (w tym Comarch) działając na tym samym rynku i realizując zadania dla tego samego Zamawiającego, wykorzystują te same mechanizmy optymalizacji kosztów. Obecny zespół Comarch, realizujący utrzymanie systemu OFSA, oprócz osób w Warszawie także posiada, pracowników w swoich oddziałach terenowych. Podobnie jak Asseco, Comarch minimalizuje koszty delegacji przez użycie metod pracy zdalnej i łączności teleinformatycznej (różnorodne komunikatory wspierające pracę zespołową, systemy wideokonferencyjne, etc). Nie są to okoliczności w żaden sposób szczególne i właściwe tylko Asseco, w ten sposób działa większość firm IT. Ponadto, w ocenie Odwołującego, zatrudnianie pracowników spoza Warszawy, nie daje tak dużych oszczędności kosztowych, jak chciałoby to zarysować w swoich wyjaśnieniach Asseco. Wynagrodzenia w sektorze IT dla wysokiej klasy specjalistów, o unikatowym doświadczeniu i certyfikatach, jakich wymagał Zamawiający w SIWZ - są niezależne od regionu geograficznego. Za taką konstatacją i oceną przemawia doświadczenie życiowe oraz wiedza wynikająca choćby z obserwacji rynku i występujących na nim wynagrodzeń w różnych branżach. Należy też nadmienić w tym miejscu, iż branża IT jest szczególnie odporna na wahania wynagrodzeń uzależnione od geograficznego położenia miejsca pracy. Wynika to ze specyfiki pracy informatyków i programistów, dla których miejsce pracy zasadniczo nie ma znaczenia, gdyż cała obsługa realizowana jest zdalnie, zatem o wysokości wynagrodzenia w sektorze IT w mniejszym stopniu decyduje geograficzne położenie miejsca świadczenia pracy, zaś kluczowym aspektem jest wiedza, doświadczenie i posiadane certyfikaty danego pracownika. Te zaś były wymagane w SIWZ na najwyższym poziomie. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że w przypadku pracowników sektora IT o tak wysokich kwalifikacjach (potwierdzonych stosownymi certyfikatami) jak to wymagał Zamawiający w SIWZ, co do zasady nie występuje bezrobocie. W ocenie Odwołującego nie można zatem powoływać się na fakt, że zatrudniając osoby spoza obszaru dużych aglomeracji, albo z obszarów o wyższym bezrobociu (jak to argumentuje Asseco) uzyskuje się korzyść ekonomiczną w postaci niższych kosztów pracy tych samych fachowców. Koszty te są w różnych obszarach kraju zbliżone, ponieważ pracujący zdalnie specjalista wysokiej klasy może sprzedawać swoje usługi dowolnemu odbiorcy / zleceniodawcy nie tylko z Polski, ale nawet z całego świata, a jego mobilność zatrudnienia jest w zasadzie nieograniczona. Argument o możliwości znaczącego obniżenia kosztów w tym zakresie należy potraktować tylko jako element beletrystyczny, bez oparcia w rzeczywistości. Faktyczną korzyścią z zastosowania metod pracy zdalnej jest uzyskanie dostępu do większej ilości specjalistów, a

nie ograniczenie kosztów w sposób odmienny od standardowo wykorzystywanego przez rynek.

5. Prowadzenie projektu zgodnie z metodyką Prince2

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Asseco powołuje się na fakt posiadania procedur zgodnych z metodyką Prince2, które zostały wzięte przy ustalaniu ceny oferty. Fakt ten podnoszony jest na okoliczność uzasadnienia niskiej ceny Asseco w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że posiadanie metodyki Prinee2 nie jest w żaden sposób unikatowe - szereg projektów jest zarządzanych zgodnie z tą metodyką. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, posiadanie kierownika projektu posiadającego znajomość tej metodyki była jednym z wymogów do złożenia oferty. W związku z powyższym wszyscy wykonawcy musieli brać pod uwagę procedury realizacyjne związane z jej wykorzystaniem i korzyści wynikające np. z procesu planowania (na które powołuje się Asseco) są analogiczne dla wszystkich wykonawców, a przez to nie mogą mieć znaczenia dla ustalenia unikatowości i szczególnej oszczędności w przypadku Asseco.

6. Inne okoliczności, mające wpływ na cenę oferty

Dalej Odwołujący wskazał, że Asseco próbuje także zastosować argumentację, zgodnie z którą z faktu, że Asseco od lat uzyskuje zysk wynika, jakoby nie praktykowało stosowania rażąco niskich cen w swojej działalności gospodarczej. Odwołujący wskazał, że zysk firmy jest wypadkową realizacji wielu projektów i jego wykazanie nie przesądza, że w pojedynczych poszczególnych przypadkach, jakieś projekty są realizowane po cenach, które nie pokrywają kosztów ich realizacji. Dodatkowo w tym konkretnym obszarze argumentacja Asseco jest podwójnie nieprawdziwa - to właśnie Asseco w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego na utrzymanie i rozwój systemu SIA popełniło potwierdzony prawomocnym wyrokiem Sądu czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na zaniżeniu ceny za wykonanie jednego Punktu Funkcyjnego. Odwołujący w tym miejscu podkreślił, że w/w informacje złożone w wyjaśnieniach ceny przez Asseco jednocześnie kwalifikują się do uznania ich podania za czynność „przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oznaczałoby to że w myśl art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp Asseco winno zostać wykluczone z postępowania. Ustalenie spełnienia powyższej przesłanki winno skutkować taką decyzją KIO - o co Odwołujący wnosi (nakazanie wykluczenia Asseco z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17) ustawy Pzp.

111.2. Braki w wyjaśnieniach ceny Asseco
111.2,1. Nierealistyczna zakładana skala automatyzacji i czas osiągnięcia realnych oszczędności % jej wprowadzenia.

Odwołujący wskazał, że w swoich wyjaśnieniach Asseco powołuje się m.in. na posiadanie autorskich, wysoko wyspecjalizowanych narzędzi umożliwiających automatyzowanie procesów wytwórczych utrzymaniowych. W ocenie Odwołującego wdrożenie takich narzędzi (ich wytworzenie w sposób, dedykowany lub dostosowanie gotowych narzędzi) i późniejsze utrzymywanie ich w odpowiednim stanie, aby osiągnąć wystarczająco wysoki poziom specjalizacji i automatyzacji, wymaga czasu i nakładów finansowych. Przykładowo w przypadku testów manualnych implementacja testu związana jest z opisaniem poszczególnych kroków w postaci scenariusza. Dla testów automatycznych, implementacja oznacza dodatkowo zaprogramowanie automatu testującego, symulującego działanie człowieka. Napisany program-symulator musi być również dodatkowo przetestowany, aby potwierdzić że działa prawidłowo (np. klika w odpowiedni przycisk). Czas i koszt implementacji testu automatycznego jest zawsze znacznie większy niż manualnego. Dopiero przygotowany, poprawnie działający skrypt testowy, może zostać wykonany przez system testujący, który standardowo zwraca raport z wykonania,

Odwołujący wskazał, że w przypadku systemu OFSA Comarch wdrożył system służący do testów automatycznych oparty o narzędzie Selenium Web Driver. Porównując to narzędzie do ujawnionego w wyjaśnieniach Asseco autorskiego i jakoby „wysoko specjalizowanego" narzędzia ATA Studio można stwierdzić, że narzędzie Selenium zapewnia dużo większą funkcjonalność i elastyczność.

	ATA Studio (Asseco) 1	Selenium WebDrlver (Comarch)

Wspierane języki programowania	Brak wsparcia (własny zestaw funkcji)	Java C# Pytlion Ruby Perl PHP JavaScript

Wytwarzanie testów	Manualny wybór funkcji i parametrów	Nagrywanie skryptów (bez programowania), pisanie kodu źródłowego
Nagrywanie testów	Brak	Selenium IDE + niezależne narzędzia
Ciągła integracja	Brak	Dowolne rozwiązanie (tutaj Jenkins]
Organizacja kodu źródłowego	Baza danych MS Access	Pliki tekstowe
Liczba organizacji korzystających	2 (Asseco, ZUS)	41618 (dane
Edycja skry ptu	Dedykowany ATA Edytor	Dowolny edytor tekstowy lub IDE
Liczba funkcji dla testów aplikacji WEB (dla systemu OFSA)	Ograniczona ze względu na przyjęty sposób obsługi; 13 akcji WEB + 19 pozostałych ogólnych funkcji sterujących	20 uniwersalnych, natywnych akcji WebDriver, 43 dedykowane dla OFSA + dowolne funkcje wynikające z użytego języka i bibliotek (nie można oszacować)
Technika mapowania interfejsu	keyword-driven	Dowolna, w zależności od potrzeb (w tym keyword-driven)
Popularność (liczba stron w Coogle), dostępne wsparcie	Taslo: „Asseco ATA Studio": 118 Taslo: „Asseco ATA Tobot":. 3 rak wyników	v Taslo: „Selenium WebDriver" 3 690 000
Pozostałe funkcje	Analogiczne	

W ocenie Odwołującego narzędzie Selenium posiada szerokie wsparcie i jest powszechnie znane w środowisku programistów, co wpływa na zmniejszenie pracochłonności związanej z jego wdrożeniem. Mimo to w przypadku Comarch koszty wdrożenia i późniejszego utrzymania systemu testów automatycznych wymagały nakładu 987 roboczodni i zajęły wiele miesięcy. Są to więc milionowe koszty, które trzeba zainwestować aby osiągnąć poziom automatyzacji dający satysfakcjonujące rezultaty.

W ramach budowy kompleksowego systemu testów opracowano 3123 scenariusze testowe, z których ostatecznie zautomatyzowano 43,64%.

Odwołujący wskazał, że rynek narzędzi do automatyzacji m.in. testów jest wart wg agencji analitycznej Gartner setki miliardów dolarów. Sam tylko rynek systemów do automatyzacji

wydawania oprogramowania był wart wg. raportu Magie Quadrant for Application Release

Automation w 2015 roku 219,7 mld dolarów. Firma Gartner regularnie publikuje raporty dotyczące narzędzi służących do automatyzacji w procesie wytwórczym oprogramowania. W żadnym z raportów publikowanych od 2016 do 2019 roku:

- Magie Ouadrant for Application Release Automation - uwzględniający 13 wiodących producentów oprogramowania do automatyzacji wydań oprogramowania:
:

- Magie Ouadrant for Software Test Automation - uwzględniający 11 wiodących

producentów oprogramowania do automatyzacji testów:

automation;

- Magie Ouadrant for Application Testing Services, Worldwide - uwzględniający wiodących na świecie 20 dostawców usług testowania oprogramowania:
;

- Magie Ouadrant for Application Security Testing - uwzględniający 11 wiodących

producentów oprogramowania do testów bezpieczeństwa:

- wśród tych producentów/produktów nie występują narzędzia firmy Asseco.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego: (i) nie jest możliwe zwiększenie wydajności wytwarzania oprogramowania o 100% w oparciu o narzędzia automatyzujące; (ii) Asseco nie istnieje na rynku globalnym takich narzędzi jako liczący się gracz, a posiadane przez niego rozwiązania nie dorównują liderom rynku; (iii) gdyby Asseco rzeczywiście posiadało tak zaawansowane narzędzia automatyzujące jak twierdzi, to osiągana dzięki nim przewaga rynkowa uwidoczniłaby się na wszystkich polach działalności tej firmy, dając jej istotną przewagę konkurencyjną i prowadziła do uzyskiwania nadzwyczajnych zysków (co nie ma miejsca). Gdyby zaś komercyjnie oferowane przez Asseco narzędzia jak (wspomniane w wyjaśnieniach ATA Studio) były na takim poziomie efektywności jak to Asseco twierdzi, to zostałyby uwzględnione w zestawieniach analiz rynku prowadzonymi przez Gartnera na równi z rozwiązaniami wiodących producentów.

Odwołujący podkreślił, że Asseco nie było w stanie w swoich wyjaśnieniach udowodnić, że zastosowane przez siebie narzędzia pozwolą na tak znaczące oszczędności wynikające ze skali zakładanej automatyzacji. Na żadnym etapie procesu wytwórczego nie da się osiągnąć skali 100% automatyzacji. Skala możliwej automatyzacji na każdym etapie procesu

wytwórczego jest ograniczona. Co więcej z wdrożeniem systemu automatyzacji wiążą się koszty i ryzyko. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, nie jest możliwe, aby uznać za wiarygodne składane przez Asseco wyjaśnienia, dlaczego cena zaoferowana przez Asseco za Punkt Funkcyjny jest tak rażąco niska.

III.2.2. Koszty manualne do czasu osiągnięcia zakładanej automatyzacji

W uzupełnieniu do powyższej argumentacji Odwołujący wskazał, że wdrożenie jakiegokolwiek systemu automatyzującego proces wytwórczy wymaga czasu. Przez ten okres system musi być testowany ręcznie. Na przykładzie oprogramowania do testów automatycznych wskazujemy, że zgodnie z praktyką wytwarzania oprogramowania, automatyzacja nie jest możliwa na wczesnym etapie produkcji oprogramowania i nie może oznaczać rezygnacji z testów manualnych w przypadku rozbudowy systemu. Testowanie należy rozpocząć możliwie najwcześniej (już na etapie analizy modyfikacji).

Odwołujący wskazał, że niezależnie od tego czy wykonawca przewidział wdrożenie systemu automatyzującego proces wytwórczy w okresie przejściowym, czy też później w trakcie realizacji umowy - w każdym przypadku powinien był w cenie oferty uwzględnić koszt manualnej pracy poprzedzającej wdrożenie systemu automatycznego. Odwołujący zarzucił, że Asseco w swoich wyjaśnieniach nie uwzględniło w ogóle kwestii kosztów związanych z manualną pracą swoich pracowników zanim wdrożone narzędzia do automatyzacji osiągną zakładaną wydajność i skalę działania w kontekście tego konkretnego wdrożenia.

III.2.3. Koszt utrzymania automatów, ile osób będzie realizować automatyzację i dlaczego taka a nie inna liczba

Odwołujący wskazał, że automatyzacja nie może pokryć całości procesu wytwórczego. Systemy automatyzujące mają pewna określoną skalę powyżej której nie są w stanie wspierać procesu tworzenia oprogramowania. Przykładowo brak testów manualnych powoduje znaczne obniżenie jakości oraz znacząco podnosi koszt usunięcia błędu (zarówno po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy) w późnym etapie produkcji. Systemy testowania automatycznego nie zastąpią w całości testów manualnych. W przypadku systemu OFSA pokrywają one jedynie 43% scenariuszy testowych. Każda nowa zmiana i każda modyfikacja wprowadza konieczność dostosowywania także scenariuszy testów automatycznych. Co więcej scenariusze automatyczne także trzeba testować i robią to ludzie. Praca manualna przy procesie wytwórczym jest więc nieodzowna, a często zakładana (na wyrost) wydajność, która miałaby być osiągnięta dzięki wdrożeniu narzędzi automatyzujących, jest niejednokrotnie iluzoryczna.

Przykładowo Odwołujący wskazał, że wdrożenie testów automatycznych może znacznie podnieść jakość testowanej aplikacji w kontekście powtarzalnych testów regresyjnych (automat się nie męczy i daje te same rezultaty dla tych samych danych, częstsze testy oznaczają mniej błędów), ale ma niewielki wpływ na obniżenie kosztów testowania ponieważ zmniejszony nakład pracy na testy manualne jest zazwyczaj równoważony przez czas niezbędny na utworzenie i utrzymanie testów i infrastruktury testowej.

W ocenie Odwołującego, Asseco w swoich wyjaśnieniach dotyczących sposobu obliczenia ceny nie wyjaśniło: (i) ile osób będzie zajmowało się utrzymaniem i pielęgnacją samej infrastruktury automatyzującej; (ii) jaki przewidziało koszt utrzymania infrastruktury automatyzującej (w tym systemu testów automatycznych) w tym:

- koszt związany z utrzymaniem samego oprogramowania do automatyzacji (administracja środowiskiem automatyzującym, aktualizacje oprogramowania, wdrażanie poprawek);

- koszt związany z utrzymaniem dedykowanych skryptów automatyzujących w kontekście OFSA (np. koszt utrzymania aktualnych scenariuszy testów automatycznych, które trzeba modyfikować i testować po wdrożeniu zmian w systemie)

II 1.2.4. Kwestia liczby zespołu i podziału pracy (części etatów)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby do realizacji przedmiotu umowy wykonawca zaangażował zespół specjalistów o składzie co najmniej takim jak wskazany w załączniku nr 19 do umowy. Wymagany tam zespół 33 specjalistów był zgodnie z wymaganiami Zamawiającego minimalny, ale zgodnie z SIWZ (pkt 3.11 wzoru umowy) wykonawca winien dostosować jego liczebność do takiej liczby, która zapewni należyte wykonywanie umowy. Oczywistym jest, że dostosowanie to powinno się odbyć w górę i zespół 33 osób jest niewystarczający dla poprawnej realizacji przedmiotu zamówienia. Najlepszym dowodem na to, że Zamawiający zdefiniował jedynie minimalną a nie wystarczającą liczebność zespołu jest fakt, że na etapie szacowania budżetu przyjął dla usług utrzymania większą liczbę etatów niż wymagał w SIWZ. Przykładowo w załączniku 19 dla usług utrzymania Zamawiający wymagał zapewnienia minimum 7 osób. Jednak na etapie szacowania budżetu Zamawiający przyjął następujące liczby etatów dla usług utrzymania:

- Usługa Administracji Środowiskami - 3 etaty
- Usługa Monitorowania Dostępności i Wydajności - 2 etaty
- Usługa Instalacji -1 etat
- Usługa Usuwania Wad - 7 etatów
- Usługa Zarządzania Kodem i Dokumentacją - 2 etaty
- Usługa Administracji Systemem Informatycznym - 3 etaty

Co daje łącznie 18 etatów przyjętych przez Zamawiającego na etapie szacowania. Zamawiający przyjął zatem na etapie szacowania oferty wyższą liczbę wymaganych etatów, a w samym SIWZ ujął mniejszą -minimalną (ale nie wystarczającą) ich liczbę. W ocenie

Odwołującego adekwatna liczba etatów do obsługi całej umowy winna wynosić zatem nie 33 etaty, ale więcej.

W przypadku Comarch, w okresie kiedy realizowane było miesięcznie średnio 1928PF modyfikacji, projekt realizowany był przez zespół zatrudniony w wymiarze ponad 62 etatów. Ponieważ zgodnie z SIWZ Zamawiający wymaga gotowości wytwórczej na poziomie 2500 punktów funkcyjnych miesięcznie, estymacje Comarch, na bazie dotychczasowej pracochłonności i doświadczenia, wskazują, że do realizacji projektu niezbędne jest ponad 70 etatów. Odwołujący zauważył również, że szacunki Zamawiającego były dokonywane w oparciu o obowiązującą umowę i podręcznik liczenia Punktów Funkcyjnych w wersji 1.0. Również wskazane powyżej wydajności zespołu Comarch dotyczą prac realizowanych zgodnie z podręcznikiem IFPUG ARiMR w wersji 1.0. Jak wykazujemy w innej części odwołania, po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego do wytworzenia zamawianych Punktów Funkcyjnych potrzebna będzie 2,2 razy większa liczba roboczodni a co za tym idzie większa liczba etatów.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział również w ramach usług rozwoju wymaganie, że wykonawca winien zapewnić zdolność i gotowość do wytwarzania 2500 Punktów Funkcyjnych miesięcznie. Gdyby przyjąć, że wydajność wytwarzania Punktów Funkcyjnych jest faktycznie tak wysoka jak to wynika z oferty Asseco i wynosi 2,321 Punktu Funkcyjnego na roboczodzień (co kwestionujemy twierdząc, że faktycznie ta wydajność jest znacząco niższa), to Asseco powinno zapewnić do wytwarzania samych tylko Punktów Funkcyjnych 1077 roboczodni w miesiącu, co daje około 51 etatów tylko dla wytwarzania Punktów Funkcyjnych. Dodając do tego szacowane przez ARIMR wartości 18 etatów wymaganych do świadczenia usług utrzymania otrzymujemy liczbę 69 etatów poniżej której każde wyjaśnienia Asseco należy uznać za niewiarygodne w świetle ceny złożonej.

W ocenie Odwołującego słusznie więc Zamawiający powziął wątpliwość względem wyceny Asseco, co do liczby etatów, która została przyjęta do obliczenia ceny ofertowej. Wątpliwość tę Zamawiający próbował wyjaśnić wzywając Asseco pismem z dnia 17.01.2019 (Zp.21.DPiZP.2610.19,2018.BS) do wyjaśnienia wątpliwości w jakim stopniu zaangażowany zespół będzie uczestniczył w realizacji umowy. Odwołujący wskazał przy tym, że Zamawiający winien był zwrócić szczególną uwagę, że wymagany zespół 33 specjalistów jest minimalnym

zespołem, a nie zespołem wystarczającym i winien był zbadać czy wykonawca przewidział faktycznie większą i odpowiednio wystarczająca liczbę etatów: (i) adekwatną do deklarowanej, jak i rzeczywiście możliwej do uzyskania produktywności; (ii) korespondującą z wymaganiem SIWZ dotyczącym zapewnienia zdolności produkcyjnych oraz (iii) zgodną z wcześniejszymi szacunkami Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Asseco takich wyjaśnień nie było w stanie złożyć w sposób wiarygodny. Odwołujący wskazał, że nawet jeżeli Asseco wyjaśniło, że przewidziało do realizacji umowy zespół 33 osób to jest on niewystarczający, co Zamawiający winien był stwierdzić. Każda zadeklarowana przez Asseco liczba etatów mniejsza od 69 etatów winna już z miejsca zostać uznana za niewiarygodną.

III.2.5 Brak wyjaśnienia kosztów PPK

Odwołujący zarzucił, że Asseco nie uwzględniło w przesłanych Zamawiającemu wyjaśnieniach sposobu obliczenia ceny ofertowej, wpływu pojawienia się dodatkowego czynnika jakim są koszty wzrostu obciążeń pracodawców związanych z wejściem w życie ustawy z dnia 4 października 2018 roku o Pracowniczych Planach Kapitałowych. W związku z wejściem w życie ustawy o PPK wykonawca Asseco będzie zobowiązany do zapisania swoich pracowników do Pracowniczych Planów Kapitałowych i odprowadzania do tychże PPK dodatkowej składki od wynagrodzeń zapisanych do tych planów pracowników. Pracodawca będzie musiał sfinansować składkę w wysokości 1,5% (z możliwością zadeklarowania dodatkowego 2,5%) podstawy składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe. Do obowiązków pracodawcy należeć również będą wszelkie formalności, takie jak zapisywanie i wypisywanie pracowników z programu oraz sporządzanie stosownych raportów - co w oczywisty sposób przełoży się także na dodatkowe narzuty na wynagrodzenia pracowników, Składki pracodawcy do PPK będą dodatkowym kosztem wykonawcy, który to koszt winien zostać uwzględniony w kalkulacji ceny oferty i tym samym w wyjaśnieniach składników tej ceny. Odwołujący zarzucił, że Asseco nie wyjaśniło w jakim stopniu uwzględniło w swojej

kalkulacji ceny ofertowej ten dodatkowy koszt.

III.2.6. Brak uwzględnienia wzrostu kosztów pracy

Odwołujący wskazał, że w ciągu ostatnich 4 lat rysuje się jednoznaczny i trwały wzrostowy trend wysokości wynagrodzeń (wg danych GUS przeciętne wynagrodzenie od początku 2015 roku do początku roku 2019 wzrosło o ponad 18%). Każdy racjonalny i wiarygodny przedsiębiorca musi zakładać w swoich kalkulacjach, że ten trend będzie się utrzymywał, a w

przypadku wysoko wykwalifikowanych specjalistów (szczególnie w branży IT) może być jeszcze gwałtowniejszy.

W ocenie Odwołującego w związku z tak istotnym wzrostem kosztów pracy w sektorze IT w ostatnich latach, należy ze szczególną uwagą podchodzić do wyjaśnień ceny w odniesieniu do wynagrodzeń pracowników. Bazowanie wyłącznie na historycznych kosztach pracy, nawet popartych dowodami w postaci rzeczywiście zawartych z pracownikami umów, jest niewystarczające, ponieważ odnosi się jedynie do chwili obecnej. Asseco winno w swoich wyjaśnieniach w sposób wiarygodny przedstawić w jaki sposób oszacowało i uwzględniło w cenie rezerwy na przyszły wzrost wynagrodzeń w branży IT w okresie trwania projektu, który wynosi 47 miesięcy. W ocenie Odwołującego potwierdzeniem tego, że konieczne było uwzględnienie wpływu przyszłego wzrostu wynagrodzeń na cenę jest fakt, że sam Zamawiający przygotowując szacowanie budżetu projektu, zwiększył szacunki w ramach poszczególnych Usług (w tym pozycja budżetu na zwiększenie ryczałtu Usługi Administracji Środowiskami oraz Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności) dodatkowo o 15% uwzględniając poziom inflacji i wzrost wynagrodzeń w branży IT, jaki miał miejsce w ostatnich latach. Asseco powinno było uwzględnić ten aspekt w swoich wyjaśnieniach, a Zamawiający winien był zbadać czy Asseco przyjęło odpowiedni margines kosztów na wzrost kosztów pracy. Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe aby Asseco w sposób wiarygodny uwzględniło w wyjaśnieniach rezerwy na wzrost wynagrodzeń pracowników na okres prawie czterech lat od momentu sporządzenia kalkulacji cenowej.

III.2.7. Brak wyjaśnień sposobu uwzględnienia zmiany podręcznika liczenia PF i wymogu zachowania gotowości do wytwarzania 2500 PF miesięcznie

Odwołujący wskazał, że sposób obliczania złożoności modyfikacji wyrażonej w Punktach Funkcyjnych uległ zmianie, w związku z wprowadzeniem w S1WZ nowego podręcznika w wersji 2.8. Zmiana tego sposobu liczenia ma przełożenie na wydajność wytwarzania Punktów Funkcyjnych, a co za tym idzie na cenę jednego Punktu Funkcyjnego, na którego wytworzenie będzie teraz potrzeba więcej roboczogodzin.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w obecnym SIWZ wprowadził także szereg zmian związanych z harmonogramowaniem Usług Rozwoju oraz z zapewnieniem gotowości do wytwarzania 2500 PF miesięcznie. Zmiany te wpływają na ogólny koszt punktu funkcyjnego ponieważ generują one obciążenie dla Wykonawcy. Wykonawca zmuszony będzie utrzymywać zatrudnienie nawet w przypadku zlecenia mu mniejszej liczby PF, a także będzie zmuszony do angażowania większej liczby pracowników celem dotrzymania sztywnie narzuconych harmonogramów. W ocenie Odwołującego, Asseco w swoich wyjaśnieniach nie przedstawiło także w jaki sposób zmiany dokonane w podręczniku wpływają na proces wytwórczy, ani w jaki sposób zmiany związane z wymogiem zapewnienia stałej gotowości do wytwarzania 2500 PF miesięcznie i dotrzymywania sztywnie narzuconych harmonogramów zostały uwzględnione w cenie oferty.

III.2.8. Brak wyjaśnienia szeregu pozostałych pozycji kosztowych

W ocenie Odwołującego niezależnie od powyższego dokonując badania złożonych przez Asseco wyjaśnień należało ze szczególną wnikliwością sprawdzić czy i w jaki sposób Asseco uwzględniło w cenie oferty następujące elementy:

- Koszty związane z budową środowisk deweloperskich, które zgodnie z SIWZ powinien po swojej stronie przygotować wykonawca. Comarch jako wykonawca aktualnie

świadczący usługi utrzymania i rozwoju systemu OFSA takie środowiska posiada, zaś Asseco jako, że nie wykonywało przy systemie OFSA prac w ostatnich latach takich środowisk nie ma i musi je zbudować. Nawet gdyby przyjąć, że Asseco zamierza wykorzystać już posiadane licencje i infrastrukturę sprzętową, to bez wątpienia winno uwzględnić w swoich wyjaśnieniach dotyczących wysokości skalkulowanej ceny co najmniej czynności związane z konfiguracją i przystosowaniem infrastruktury do świadczenia usług dotyczących systemu OFSA. Odwołujący zwrócił uwagę, że w związku z wymaganiem SIWZ aby ceny określone w formularzu ofertowym obejmowały wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, koniecznym jest zbadanie czy wykonawca Asseco szacując ceny (a w szczególności ceny Punktu Funkcyjnego) uwzględnił koszty niezbędnej infrastruktury (tak jej zakupu w przypadku infrastruktury nowej, jak i amortyzacji w przypadku infrastruktury już posiadanej);

- Koszty zapewnienia łącz teleinformatycznych pomiędzy infrastrukturą Zamawiającego a infrastrukturą wykonawcy. Zestawienie takich łącz jest wymagane w SIWZ, a jako, że Asseco przez ostatnie lata nie świadczyło dla Zamawiającego usług musi takie łącza zestawić i ponosić ich koszty w okresie trwania umowy;

- Pełne koszty okresu przejściowego obejmujące zgodnie z SIWZ: (i) przekazanie listy konsultantów; (ii) uzgodnienie trybu przekazywania haseł; (iii) zapoznanie się z dokumentami przedstawionymi przez Zamawiającego; (iv) zapoznanie się z repozytoriami i zasilenie materiałami otrzymanymi od Zamawiającego; (v) zestawienie przez Wykonawcę odpowiednich środowisk testowych; (vi) odtworzenie kopii baz oraz konfiguracja serwerów; (vii) uzgodnienie parametrów podlegających monitorowaniu; (viii) uruchomienie zdalnego łącza; (ix) podłączenie do SOZ i szczegółowe ustalenie

sposobu obsługi Zgłoszeń; (x) opracowanie opisu kategorii Zgłoszeń; (xi) opracowanie procedur administracji użytkownikami; (xi) opracowanie dokumentu Polityki Jakości; (xii) ustalenie procedury tworzenia i odtwarzania kopii bezpieczeństwa; (xiii) dopracowanie wzoru Raportu miesięcznego; (xiv) przekazanie listy członków grup w SOZ; (xv) ustalenie/doprecyzowanie wzoru Dokumentacji Technicznej oraz Dokumentacji Administratora; (xvi) budowanie systemu budowy SI na infrastrukturze Zamawiającego

W ocenie Odwołującego każdy wykonawcą który nie jest aktualnie zaangażowany w realizację czynności z zakresu utrzymania i modyfikacji systemu OFSA musi w związku z powyższym uwzględnić pracę co najmniej kilkudziesięciu osób w całym trzymiesięcznym okresie przejściowym. Jest to konieczne dla pozyskania wiedzy i przygotowania do świadczenia usług zarówno pod względem merytorycznym jak i technicznym.

- Koszty szkoleń personelu i koszty podróży służbowych związanych z realizacją projektu - oczywistym jest bowiem, że realizacja tak dużego projektu jakim jest utrzymanie i rozwój systemu OFSA będzie wymagało od pracowników podnoszenia kwalifikacji i podróży do siedziby Zamawiającego. Nawet jeżeli Asseco deklarowało ograniczenie liczby delegacji, to powinno w jakimś stopniu jednak uwzględnić koszty podróży, jest to bowiem koszt, którego nie da się w 100% wyeliminować;

- Koszty zapewnienia miejsc pracy pracowników (tj. koszty nieruchomości, koszty zapewnienia wyposażenia stanowisk pracy);

- Koszty rezerw tworzonych na poczet świadczeń chorobowych - Asseco winno wykazać w jaki sposób i w jakiej wysokości skalkulowało rezerwy na poczet kosztów związanych z absencjami chorobowymi pracowników, w trakcie których aby zapewnić świadczenie usług musi zapewnić za chorych pracowników zastępstwa;

- Koszty związane z wynagrodzeniem pracowników za pracę świadczoną w godzinach nocnych, a także w niedziele i święta - narzucony przez SIWZ reżim świadczenia usług wymaga aby niektórzy pracownicy pełnili dyżury także w godzinach nocnych oraz w niedziele i święta, wynagrodzenie tych pracowników winno być uwzględnione w kalkulacji ceny ofertowej i wyjaśnieniach złożonych przez Asseco. Asseco winno wykazać jaką część prac przewiduje do wykonania w godzinach nocnych oraz w niedziele i święta i wyjaśnić jakie koszty zostały w związku z tym uwzględnione w cenie oferty;

- Narzuty na roboczodzień związane z ponoszeniem przez przedsiębiorstwo Asseco kosztów ogólnego zarządu i działów „nieprodukcyjnych"' (np. działów logistyki, finansów, księgowości, administracji i kosztów sprzedaży). Oczywistym jest, że koszty te winny być pokryte z przychodów z każdego z realizowanych projektów. Asseco winno wykazać w składanych wyjaśnieniach w jaki sposób odniosło te koszty na cenę w niniejszym postępowaniu;

- Koszty zapewnienia obsady zapewniającej świadczenie usług niezależnie od nieobecności pracowników spowodowanych urlopami - Asseco winno wykazać w jaki sposób określiło i uwzględniło w kalkulacji ceny ofertowej koszty zapewnienia obsady stanowisk pracy w czasie kiedy pracownicy będą korzystali z przysługującego im prawa do urlopu wypoczynkowego. Oczywistym jest bowiem, że pod nieobecność części pracowników usługi dla Zamawiającego będą musiały być świadczone zgodnie z reżimem SLA i może być koniecznym zapewnienie (i poniesienie kosztów) odpowiednich zastępstw;

- Koszty zapewnienia obsady zapewniającej świadczenie usług niezależnie od nieobecności pracowników spowodowanych uczestnictwem pracowników w szkoleniach- Asseco winno wykazać w jaki sposób określiło i uwzględniło w kalkulacji ceny ofertowej koszty zapewnienia obsady stanowisk pracy w czasie kiedy pracownicy będą nieobecni w związku z uczestnictwem w szkoleniach. Oczywistym jest bowiem, że pod nieobecność części pracowników usługi dla Zamawiającego będą musiały być świadczone zgodnie z reżimem SLA i może być koniecznym zapewnienie (i poniesienie kosztów) odpowiednich zastępstw.

Odwołujący zaznaczył, że Asseco w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach nie było w stanie w sposób wiarygodny wyjaśnić w jaki sposób i w jakim zakresie uwzględniło powyższe kategorii kosztów. Co więcej, jeżeli Asseco przedstawiło w swoich wyjaśnieniach inna, swoją własna, autorską metodykę wyceny, to nie znaczy to, że metodyka ta może pomijać powyższe kategorie. Każda metodyka wyceny, niezależnie od sposobu kalkulacji ceny ofertowej musi bowiem uwzględniać w sobie wszystkie koszty realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Metodyka autorska, nie może przy tym służyć manipulacji liczbami w taki sposób, aby uniknąć uwzględniania i wykazania w wyjaśnieniach wszystkich rzeczywiście występujących w projekcie kosztów. Zamawiający winien być w stanie wyczytać z wyjaśnień Asseco wszystkie aspekty kosztowe, niezależnie od zastosowanej metodyki, a Wykonawca Asseco powinien być w stanie w sposób czytelni wykazać, które koszty i w jakiej wysokości zostały uwzględnione w cenie oferty.

.111.2.9 Brak w wyjaśnieniach Asseco wyjaśnienia wpływu podręcznika IFPUG wersja 2,8, o zwiększonej pracochłonności na oszacowanie ceny 1 PF w ofercie Asseco,

Odwołujący wskazał, że jednym z podstawowych punktów odniesienia podczas oceny czy oferta złożona w postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny jest jej porównanie z budżetem oszacowanym przez Zamawiającego. W sytuacji obecnego postępowania należy podkreślić, że Zamawiający szacując cenę Punktu Funkcyjnego oparł się na danych historycznych, a mianowicie na trzech poprzednio złożonych ofertach dotyczących usług utrzymania i rozwoju systemu OFSA. Takie podejście pominęło wprowadzoną przez Zamawiającego kluczową zmianę w obecnym postępowaniu w stosunku do postępowań wcześniejszych, a mianowicie zmianę podręcznika IFPUG z wersji 1.0 na wersję 2.8, która wprowadza drastycznie inne wyniki wycen prac (powoduje konieczność ponad dwukrotnie wyższego wycenienia jednego Punktu Funkcyjnego - jak opisano to wcześniej). Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający podczas oceny oferty Asseco i później złożonych przez Asseco wyjaśnień winien ze szczególną uwagą analizować wszelkie porównania cen za Punkt Funkcyjny. Porównując zaoferowaną cenę 517 złotych netto za jeden PF, do danych historycznych powinno się ją urealnić, tak aby uwzględnić współczynnik, o który zmieniła się pracochłonność wytwarzania Punktu Funkcyjnego. Współczynnik ten, jak zostało wykazane wcześniej wynosi 2,2. Tym samym, Zamawiający analizując cenę złożoną przez Asseco za PF, aby porównywać ją do cen historycznych winien ją podzielić przez 2,2 i dopiero po takiej operacji ocenić czy Asseco złożyło ofertę broniącą się co do konsensusu tynkowego.

Odwołujący wskazał, że operacja urealnienia ceny Asseco, uwzględniająca zmiany podręcznika, prowadzi do uzyskania ceny 517 zł / 2,2 współczynnik wzrostu pracochłonności = 235 zł netto za jeden Punkt Funkcyjny porównywalny z historycznymi ofertami składanymi ARiMR. Średnia z cen oferowanych ARiMR (w przetargach dotyczących systemu OFSA i SIA a więc zbliżonych technologicznie) za jeden PF w roku 2015, niepodlegających wykluczeniu za rażąco niską cenę, składanych w oparciu o analogiczne wzory umów i podręcznik IFPUG w wersji 1.0 wynosi 643,26 zł. Oferta Asseco stanowi realnie jedynie 36,5% tej kwoty, co w oczywisty sposób nie da się uzasadnić inaczej niż złożeniem ofert rażąco niskiej.

Dla porównania średnia z cen za Punkt Funkcyjny ofert, które zostały uznane za zawierające rażąco niską cenę albo czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu SIA 2015 (DZP-2611-3/2015) wynosiła 370 zł. Widać wyraźnie, że nie sposób uznać aby (urealniona) cena za PF w kwocie 235 zł broniła się, skoro już wyższe ceny były uznawane za rażąco niskie. Odwołujący zarzucił, że Asseco w swoich wyjaśnieniach nie wyjaśniło w żaden sposób jak uwzględniło wpływ zmiana podręcznika IFPUG wersja 2.8 wpływa na przyjętą przez siebie do oferty

pracochłonność i w konsekwencji na ceny oferty (1 PF). Z kolei Zamawiający oceniając złożone przez Asseco wyjaśnienia najwidoczniej pominął ten aspekt. Odwołujący wskazał, że jest dla niego niezrozumiałym jest dlaczego Zamawiający uporczywie pomija skutki zmian wprowadzonych podręcznikiem - jedynym racjonalnym wyjaśnieniem jest dążenie do wyboru oferty oczywiście zaniżonej i uzyskanie w ten sposób sprzecznych z prawem oszczędności we własnym budżecie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o powołanie biegłego, który oceniłby w jakim stopniu zmiany pomiędzy wersjami 1.0 i 2.8 w „Podręczniku stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa" wpływają na pracochłonność wytwarzania jednego Punktu Funkcyjnego,

III.3. Ocena dowodu - filmy i analizy złożone w piątym (ostatnim) wyjaśnieniu

Odnośnie 8 filmów przedstawionych jako dowód w ramach wyjaśnień ceny Odwołujący zakwestionował zasadność uznania jako przekonywujący dowód złożony w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w postaci materiału Filmowego z prezentacji. Fakt, że to Zamawiający go zasugerował, niczego tu nie zmienia, Zamawiający powinien podejść do prowadzonego postępowania krytycznie i skłonić się do refleksji, że przedmiotowe filmy z prezentacji po prostu nie dowodzą, gdyż nie mogą dowodzić realności oferowanej ceny oferty 1PF - a to z następujących powodów:

- Asseco wygenerowało film w maju 2019 roku pokazujący określona wydajność i sposób tworzenia oprogramowania z wykorzystaniem automatów. Tymczasem powinno przedłożyć dowód jak analizowało powyższy aspekt przed złożeniem oferty, a nie po;

- filmy siłą rzeczy prezentują określony wycinek rzeczywistości. Nie mogą dowodzić skuteczności automatyzujących narzędzi w zakresie przyszłych (nieznane jeszcze na etapie oferty) modyfikacji złożonego systemu w okresie 4 lat realizacji;

- filmy nie mogą uwzględniać przypadków, w których specyfika zamawianej modyfikacji powoduje, że nawet wcześniej zaimplementowane na systemie OFSA mechanizmy automatyczne są nieprzydatne;

- nie bez znaczenia jest też kwestia wiarygodności danego filmu. Odwołujący wskazał, że z uwagi na jego wytworzenie niejako na zamówienie - dowodzi on tezy z góry założonej, jednak nie dowodzi działań i analiz z etapu poprzedzającego złożenie oferty;

- film nie dowodzi faktów. A faktem jaki Asseco miało udowodnić, to czy prawidłowo i realnie oszacowało cenę 1PF z uwzględnieniem posiadanych przez siebie autorskich narzędzi do automatyzacji i specjalnej metodyki wytwarzania softu w skali całości 4 letniego zamówienia i modyfikacji rozliczanych w PF, których na dzień składania ofert po prostu nikt nie zna. Nie jest znana ich specyfika, zakres, skala integracji z obecnym system itd.

W ocenie Odwołującego nie da się na podstawie filmu obrazującego wycinek rzeczywistości, udowodnić w/w faktu. W tym czy zakładana automatyzacja i jej skala w tym czas jej osiągnięcia w ogóle będzie przydatna i czy spełni swoją rolę (czy nie trzeba będzie zwiększyć liczby zespołu, gdyż automaty nic lub niewiele pomogą). W ocenie Odwołującego jeżeli owe filmy miały udowodnić wiarygodność opisanego przez Asseco w wyjaśnieniach wpływu autorskich narzędzi Asseco automatyzujących proces wytwórczy na prace Asseco, na jej wydajność, a tym samym w efekcie na niską cenę PF - to film (y) dowodzić tego po prostu nie mogą. Odnośnie pozostałych dowodów przedłożonych w ostatnich wyjaśnieniach, to Odwołujący wskazał, że przygotowane w maju 2019 roku pracochłonne dowody w postaci analiz i metod postępowania pod kątem tego konkretnego zamówienia powstały następczo, w wyniku wezwania i nie istniały na etapie składania ofert. Jak wskazywaliśmy na wstępie odwołania - racjonalne i bezpieczne podejście do procesu wyceny oferty oznacza dokumentowanie dokonywanych oszacowań przed złożeniem oferty. Wycena oferty pozostawia po sobie zawsze liczne ślady analiz, prób, wycen, kalkulacji itd. w których uczestniczy nie jeden, lecz liczne grono osób.

W ocenie Odwołującego z procesu oszacowania ceny oferty muszą zatem istnieć dowody z chwili kiedy to następowało. Choćby po to by na wewnętrzne potrzeby umożliwić decydentom finalną akceptację ceny pod kątem tego, czy nie doprowadzi ona do konieczności dopłacania do wykonania zamówienia, z uwagi na jej zbyt niskie oszacowanie (czy firma osiągnie zakładany zysk). Tymczasem w niniejszej sprawie okazało się, że by udzielić piątych wyjaśnień trzeba poczekać na powrót z urlopu jedynej osoby, która wie jak przebiegała wycena

i jak ją wyjaśnić. W ocenie Odwołującego, oceniając rzecz racjonalnie i obiektywnie w świetle zasad doświadczenia życiowego należy dojść do wniosku, że powyższe dowodzi tego, że przedłożonych w ostatnich wyjaśnieniach analiz po prostu na etapie szacowania oferty nie przeprowadzono. Musiałby po nich bowiem istnieć ślad, a wręcz cały szereg śladów pokazujących dojście zespołu wykonawcy do oferowanej ceny. Odwołujący podkreślił, że do 5 -ych wyjaśnień nie było żadnych dowodów pokazujących proces ustalania ceny w kontekście o jaki dopytywał AR1MR, w tym wpływu zastosowanej metody automatyzacji i konkretnych narzędzi automatyzujących na wycenę 1PF, z uwzględnieniem procesu wytwórczego obowiązującego w SIWZ. Gdyby były takie dowody były - zostałby przedłożone wcześniej, a nie dopiero pod koniec maja 2019 roku.

W ocenie Odwołującego Asseco nie udowodniło w sposób nie budzący wątpliwości, że rzetelnie, uczciwie i realnie oszacowało za 1 PF i że jest w stanie w cenie tej wykonać wszelkie możliwe modyfikacje systemu OFSA (w tym w odniesieniu do wymaganego w SIWZ cyklu wytwórczego oprogramowania).

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ") na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału; (ii) ofertę Przystępującego Asseco na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) pismo Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2018 r., 21 grudnia 2018 r., 17 stycznia 2019 r., 22 stycznia, 2019 r., 11 lutego 2019 r., 15 marca 2019 r., 19 marca 2019 r., 13 maja 2019 r. na okoliczność ustalenia liczby oraz treść wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego Asseco w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia; (iv) pismo Przystępującego Asseco z dnia 20 grudnia 2018 r., 11 stycznia 2019 r., 23 stycznia 2019 r., 15 marca 2019 r., 26 marca 2019 r., 14 maja oraz 27 maja 2019 r. na okoliczność ustalenia treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Przystępującym Asseco i Zamawiającym w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia; (v) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (vi) analiza pracochłonności P007 przygotowana przez Zamawiającego na okoliczność wykazania błędnych założeń co do wymaganej pracochłonności przez Odwołującego; (vii) zestawienie modułów bazowych oprogramowania OFSA ze wskazaniem twórców złożony przez Przystępującego Asseco na okoliczność wykazania, iż Przystępujący Asseco jako twórca bazowych modułów oprogramowania OFSA posiada przewagę konkurencyjną.

Izba dopuściła również w poczt materiału dowodowego dowody złożone przez Odwołujący podczas rozprawy tj.: (i) opracowanie własne - zestawienie udziału w przetargach w ARIMR dla Comarch, Asseco i HP/DXC za lata od 2010; (ii) Podręcznik ARIMR wersja 1,0 oraz Podręcznik ARIMR wersja 2.8; (iii) Zestawienie obowiązujących podręczników ARIMR w postępowaniach na OFSA i SIA w latach 2011 do 2015 — opracowanie własne na bazie wyciągów z SIWZ; (iv) Wydruki ze stron internetowych — przykładowa lista dostępnych na rynku narzędzi do optymalizacji wytwarzania oprogramowania (w tym automatyzacji); (v) Dokumentacja OFSA i SIA 2015 oraz Dokumentacja OFSA i SIA 2018 (załączniki do SIWZ dotyczące technologii systemów); (vii) Opracowanie własne — graficzne porównanie technologiczne systemów OFSA i SIA; (viii) Formularze ofert: Asseco, CASA i HP/DXC w postępowaniach OFSA i SIA w latach 2012, 2015 i 2018; (ix) Wzory umów w postępowaniu OFSA i SIA z lat 2018 i 2015; (x) Opracowanie własne kalendarium czynności ARIMR i Asseco w niniejszym postępowaniu — na podstawie akt sprawy; (xi) wyciąg z SIWZ na SIA 2018 - w zakresie puli PF ogląd; (xii) formularze Ofert stanowiące podstawę sporządzenia tabeli zawartej na stronie 20-21 odwołania (poza Formularzami Ofert wskazanymi w dla oferentów w niniejszym postępowaniu); (xiii) pismo procesowe Asseco z 7.09.2015 r. w sprawie sygn.

KIO 1847/15 dot. postępowania na zawarcie umowy ramowej z ARIMR (wyciąg) — powołane na str. 23 odwołania; (xiv) SIWZ z postępowania na zawarcie umowy ramowej z ARIMR (wyciąg); (xv) pismo procesowe Asseco z 27.04.2016r. w sprawie sygn. KIO 550/16 dot. postępowania na obsługę systemu SIA ARiMR (wyciąg) — powołane na str. 24 odwołania; (xvi) protokół z rozprawy (wyciąg) z dnia 16.05.2016r. w sprawie KIP 550/16 powołane na str. 24 odwołania; (xvii) protokół z rozprawy (wyciąg) z dnia 05.11.2018r. w sprawie sygn. KIO 1948/18 dot. niniejszego postępowania na utrzymanie i rozwój OFSA 2018 (wyciąg) — powołane na str. 25 odwołania; (xviii) opracowanie własne — grafik ilustrujący ewolucję/zmianę stanowiska Asseco odnośnie pracochłonności wytworzenia IPF dla systemów ARIMR na bazie pism procesowych Asseco; (xix) opinia certyfikowanych ekspertów wymiarowania Punktów Funkcyjnych IFPUG wykonana na podstawie podręczników ARIMR w. 1.0 i v.2.8 na podstawie historycznych danych rzeczywistych z dotychczasowych

modyfikacji systemu OFSA - Tajemnica przedsiębiorstwa — załączniki Excel zawierające wyceny wg 1.0 i 2.8; (xx) Opinia eksperta ds. wymiarowania oprogramowania metoda IFPUG dr E. M. (Uniwersytet Śląski); (xxi) Puls Biznesu z dnia 11.04.2019 zawierający wywiad z ówczesnym Wiceprezesem ARiMR M. D.; (xxii) Rekomendacje pokontrolne NIK w ARIMR nr ewid. 15/2018/P/17/113/KRR - powołane na str. 30 odwołania; (xxiii) protokół z rozprawy (wyciąg) z dnia 19.10.2018r. w sprawie sygn. KIO 1948/18 dot. niniejszego postępowania na utrzymanie i rozwój OFSA 2018 (wyciąg) — powołane na str. 26 odwołania; (xxiv) Opracowanie własne — zestawienie aplikacji wchodzących w skład systemu OFSA na przestrzeni lat 20132018, sporządzone na podstawie treści załączników do wzorów umów w postępowaniach prowadzonych przez ARiMR na utrzymanie systemu OFSA (wygaszanie licznych modułów OFSA); (xxv) Opracowanie własne —wykaz zmian technologicznych w systemie OFSA wykonany na bazie dokumentacji SIWZ OFSA 2015 do OFSA 2018 (str. 36 odwołania); (xxvi) Dokumentacja dotycząca ISO; (xxvii) Certyfikaty ISO posiadane przez Comarch: ISO 9001:2015, PN-N-18001:2004, PN-EN ISO 14001:20015-09, PN-ISO/IEC 27001:2014-12; (xxviii) Oświadczenie Działu Kadr co do miejsc pracy zespołu Comarch dedykowanego do realizacji OFSA 2018 (tajemnica przedsiębiorstwa Comarch); (xxix) Opracowanie własne — dot. metodyki Prince2; (xxx) Opracowanie własne — wykaz narzędzi do wspierania i automatyzacji wytwarzania i utrzymywania oprogramowania OFSA wykorzystywanych przez Comarch na każdym etapie produkcji (tajemnica przedsiębiorstwa Comarch); (xxxi) Opracowanie własne obejmujące porównanie narzędzi do testów automatycznych wykorzystywanych w OFSA przez Comarch (Selenium Webdriver) i przez Asseco (ATA Studio); (xxxii) Opracowanie własne na bazie danych systemowych - wskazane na str. 41 odwołania Tajemnica przedsiębiorstwa Comarch); (xxxiii) Zrzuty z narzędzi wspierających zarządzanie testami - wskazane na str. 41 odwołania wraz z kodami (tajemnica przedsiębiorstwa Comarch); (xxxiv) Informacja publiczna uzyska od ARIMR— dotycząca szacowania wartości zamówienia w niniejszym postępowaniu; (xxxv) Opracowanie własne — tabela dot. cen Asseco oferowanych w OFSA 2015 i SIA 2015; (xxxvi) Raporty GUS —dane źródłowe powołane na stronie 46 odwołania; (xxxv) Wykres str. 35 Odwołania; (xxxvii) Opracowanie własne — analiza ceny Asseco za IPF w OFSA bezspornego wzrostu kosztów

- łącznie określone w dalszej części wyroku jako „Dowody Odwołującego”.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA na okres 47 miesięcy”.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2 SIWZ przedmiot zamówienia został podzielny na grupy usług

- G1, G2, G3 oraz G4, których szczegółowy zakres został opisany w odpowiednikach załącznikach. Usługa Modyfikacji (G4) została opisana w załączniku nr 4 i 40. W załączniku 4C do wzoru Umowy został przyjęty określony cykl wytwórczy oprogramowań, składający się z następujących etapów:

7. Przez czynności wchodzące w pracę nad wytworzeniem lub zmianą oprogramowania o złożoności określonej w Punktach Funkcyjnych Propozycji bądź Zgłoszenia Zmiany Modyfikacji rozumie się wszystkie prace wynikającego z przyjętego w Umowie cyklu wytwórczego oprogramowania oraz zasad działalności Zamawiającego, w szczególności:

7.1. zarządzanie projektem / zmianą;

7.2. zbieranie i analiza wymagań oraz opracowanie dokumentacji analitycznej;

7.3. opracowanie architektury i szczegółowych projektów rozwiązań wraz z dokumentacją projektową;

7.4. wytworzenie oprogramowania wraz z teslami wewnętrznymi i integracyjnymi;

7.5. optymalizację i przetestowanie oprogramowania na zgodność z wymogami SLA;

7.6. opracowanie dokumentacji technicznej, administratora i użytkownika;

7.7. przygotowanie i przeprowadzenie Testów Akceptacyjnych;

7.8. przygotowanie i przekazanie pakietu instalacyjnego oprogramowania wraz z kodami źródłowymi.

W dniu 12 grudnia 2018 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty: (i) oferta Asseco na kwotę 45 345 867,57, w tym Usługa Modyfikacji na kwotę 29 434 366,17; (ii) oferta Comrach - Odwołujący na kwotę 72 994 487,76, w tym Usługa

Modyfikacji na kwotę 54 427 957,56; (iii) oferta DXC Technology Polska Sp. z o.o. na kwotę 149 942 623,56, w tym Usługa Modyfikacji na kwotę 130 945 923,00.

Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę brutto 73 558 300, 60 zł, w tym na usługę Modyfikację kwotę 45 147 876,92 zł. (pismo z dnia 12 grudnia 2019 r.)

Izba ustaliła, że złożona przez Przystępującego Asseco oferta stanowiła 61,65% sumy jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizacji zamówienia. Jednocześnie oferta ta była niższa o 27 648 980,19 zł brutto od kolejnej oferty.

Izba ustaliła następujący chronologię zdarzeń dotyczących procesu wyjaśnienia ceny za realizację zamówienia zaoferowanej przez Przystępującego Asseco:

1. 19 grudnia 2018 - Zamawiający wystosowuje do Przystępującego Asseco pierwsze wezwanie do wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej za realizacja zamówienia (w trybie art. 90 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp). Oferta Przystępującego Asseco jest o 30% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego oraz od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu;

2. 12 grudnia 2018 - Przystępujący Asseco wskazuje, że potrzebuje więcej czasu na przygotowanie wyjaśnień;

3. 21 grudnia 2018 - Zamawiający udziela zgody na przedłużenie terminu (do 14 stycznia 2019);

4. 11 stycznia 2019 - Przystępujący Asseco, przed upływem wyznaczonego terminu, składa pierwsze wyjaśnienia ceny (44 strony); wyjaśnienia objęte są klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający po dokonanej analizie częściowo utrzymuje klauzulę tajemnica przedsiębiorstwa;

5. 17 stycznia 2019 - Zamawiający ponownie wzywa Asseco do złożenia wyjaśnienia dotyczących ceny, w zakresie 6 kwestii (pogrupowanych w 6-u kolejnych punktach), w tym w punkcie 5 wskazuje na „brak w wyjaśnieniach informacji dotyczących wyceny Punktu Funkcyjnego w odniesieniu do struktury prac wynikających z przyjętego we wzorze Umowy cyklu wytwórczego oprogramowania";

6. 21 stycznia 2019 - Przystępujący Asseco składa pismo, w którym ustosunkowuje się częściowo do wezwania z dnia 17 stycznia 2019 r.;

7. 22 stycznia 2019 - Zamawiający odpowiada na pismo Asseco;

8. 23 stycznia 2019 - Przystępujący Asseco składa wyjaśnienia, których treść jest zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa; Zamawiający po dokonanej analizie, częściowo odtajnia wyjaśnienia;

9. 11 luty 2019 - Zamawiający dokonuje wstępnej oceny ofert, wzywa Asseco w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów;

10.15 marca 2019 - Zamawiający stwierdza, że dotychczasowe wyjaśnienia ceny nie są wystarczające, wskazując, że „nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny". Unieważnia czynności dokonane w dniu 11.02.2019 r. i kieruje do Przystępującego Asseco ponownie wezwanie do wyjaśnień ceny. W wezwaniu tym wzywa do złożenia dowodów do dnia 21 marca 2019 r.;

11.15 marca 2019 - Przystępujący Asseco wskazuje, że potrzebuje więcej czasu na przygotowanie wyjaśnień;

12.19 marca 2019 - Zamawiający udziela zgody na przedłużenie terminu (do 26 marca 2019);

13. 26 marca 2019 - Przystępujący Asseco składa wyjaśnienia, których treść zastrzega jako informację stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający po dokonanej analizie częściowo odtajnia dokument;

14.15 maja 2019 - Zamawiający wzywa Asseco do wyjaśnień, wskazując, że wcześniejsze wyjaśnienia dalej „nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny". Zamawiający zaznacza, że jego wątpliwości budzą złożone

26.03.2019 wyjaśnienia „dotyczące opisu poszczególnych elementów cyklu wytwórczego modyfikacji oprogramowania”.

15. 27 maja 2019 r. - Przystępujący składa wyjaśnienia oraz załącza dowody.

Pismem z dnia 1 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego Asseco.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 a pkt 1) oraz art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy 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 ust. 1a przywołanego przepisu ustawodawca wskazał, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zgodnie ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Ponadto w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż ustawodawca przewidział dwie przesłanki obligujące zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy: (i) brak złożenia wyjaśnień; (ii) ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższe regulacje stanowią implementację do krajowego systemu prawnego m.in. art. 69 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej „Dyrektywa Klasyczna”). Ustawodawca europejski w art. 69 Dyrektyw Klasycznej wskazał, że instytucje zamawiające żądają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie. W ust. 3 ustawodawca europejski wskazał, że instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Obie regulacje, zarówno krajowa jak i europejska, winny być interpretowana w świetle naczelnej zasady prawa zamówień publicznych tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej na tle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wypracowano stanowisko, że choć przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do

wykonawcy jednokrotnie. Kolejne wezwania są możliwe, jeśli służą one wyjaśnieniu informacji zawartych w pierwotnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO o sygn. akt: 1431/17 z dnia 28 lipca 2017 r., wyrok KIO o sygn. akt: 2025/14 z dnia 13 października 2014 r., wyrok KIO o sygn. akt: 2380/17 z dnia 24 listopada 2017 r.). Proces ten odpowiada użytemu przez ustawodawcę europejskiego pojęciu „konsultacji" wyjaśnień. W ocenie Izby pojęcie „konsultacji" wyjaśnień nie może być interpretowane w ten sposób, że umożliwia się wykonawcy wielokrotne wyjaśnienie tych samych kwestii związanych z wyceną zamówienia. Konsultacje dotyczą złożonych przez wykonawcę pierwotnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i zawartych w nich informacji. Informacje te mogą być oczywiście doprecyzowane w trackie konsultacji, ale doprecyzowanie nie może oznaczać przekazywania zamawiającemu zupełnie nowych informacji czy dowodów, które wykonawca mógł przekazać w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Nieusprawiedliwione w żaden sposób zaniechanie przekazania zamawiającemu wyczerpujących informacji co do wyceny kluczowych elementów zamówienia skutkujące przedłużaniem procesu wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi nadużycie prawa do składania wyjaśnień. Podkreślić należy, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że zamawiający traktują jednakowo wykonawców w tym samych czy podobnych okolicznościach. W ocenie Izby dopuszczenie możliwości „nieograniczonego" wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poprzez dopuszczenie możliwości uzupełniania wyjaśnień o nowe informacje czy dowody powoduje, iż zamawiający dysponuje niczym nieograniczoną swobodą i dyskrecją co do decyzji odnośnie liczby wezwań w stosunku do poszczególnych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, co z kolei przekładać się może na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Pojawiać się bowiem będzie problem dlaczego jeden wykonawca został wezwany dwa razy, zaś inny sześć razy, dlaczego oferta jednego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, choć zamawiający mógłby jeszcze dopytać w kolejnych wezwaniach o wycenę przedmiotu zamówienia czy dodatkowe dowody. Wprowadzenie tak szerokiego, trudno obiektywnie weryfikowalnego marginesu swobody dla zamawiających, potencjalnie może stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. To w zasadniczej mierze przemawia za wypracowaną w orzecznictwie zasadą jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, z możliwością konsultacji i wyjaśnienia treści pierwotnie złożonych wyjaśnień. Zasada ta służy maksymalnej obiektywizacji procesu weryfikacji cen zaoferowanych przez wykonawców.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że analiza złożonych przez Przystępującego Asseco wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2019 r. wskazuje, że odniósł się on wyceny przedmiotu zamówienia, opisując elementy jakie, w jego ocenie, wpłynęły na zaoferowaną cenę za realizację zamówienia. Na stronach od 14 do 19 wyjaśnień wykonawca odniósł się do kalkulacji pracochłonności Punktu Funkcyjnego. Wykonawca nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów na wykazanie realności przyjętych rozwiązań dotyczących pracochłonności. Jak wynika z treści drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 17 stycznia 2019 r. w wyjaśnieniach Przystępującego Asseco z dnia 11 stycznia 2019 r. nie zostały zawarte informacje dotyczących wyceny Punktu Funkcyjnego w odniesieniu do struktury prac wynikających z przyjętego we wzorze umowy cyklu wytwórczego oprogramowania. W Załączniku nr 4C do umowy Zamawiający bowiem w sposób szczegółowy opisał zakres prac jakie należy uwzględnić w wycenie kosztu realizacji Punktu Funkcyjnego. Zamawiający zwrócił się więc do wykonawcy, opisując w sposób szczegółowy zakres wymaganych informacji. Przystępujący Asseco pismem z dnia 23 stycznia 2019 r. złożył kolejne wyjaśnienia. Po raz kolejny podkreśla, że z uwagi na ogólne charakter wezwania z dnia 11 stycznia 2019 r., pierwotnie złożone wyjaśnienia nie były tak szczegółowe jak obecnie wymaga tego Zamawiający. Wykonawca nie składa żadnych dowodów. Zamawiający ponownie pismem z dnia 15 marca 2019 r. zwraca się do Przystępującego o wyjaśnienia w zakresie wyceny pracochłonności Punktu Funkcyjnego oraz złożenia dowodów na potwierdzenie przyjętych założeń. Pismem z dnia 26 marca 2019 r. Przystępujący Asseco składa wyjaśnienia, opisując szczegółowo wybrane elementu procesu cyklu produkcyjnego. W wyjaśnieniach w pkt 3.2.3, 3.2.7 wykonawca wskazał konkretne dane liczbowe dotyczące produktywności. Zamawiający w piśmie z dnia 13 maja 2019 r. wzywa po raz kolejny Przystępującego Asseco do wyjaśnienia treści wyceny Punktu Funkcyjnego oraz przewidywanego przez wykonawcę obniżenia wskaźnika pracochłonności. Ponawia żądanie złożenia dowodów, wskazując iż dopuszcza dowód na nośniku elektronicznym. Pismem z dnia 27 maja 2019 r. Przystępujący Asseco składa wyjaśnienia. Wykonawca po raz kolejny wyjaśnia optymalizację procesu wytwórczego oprogramowania, odnosząc się tym razem do poszczególnych etapów cyklu wytwórczego wynikającego z pkt 7 wzoru umowy. Po raz pierwszy składa dowody.

Analiza czynności podjętych przez Zamawiającego oraz Przystępującego Asseco w okresie od dnia 19 grudnia do dnia 27 maja 2019 r. w zakresie wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez wykonawcę za realizację zamówienia stanowi, w ocenie Izby, naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 a pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba doszła do takiego przekonania na podstawie następującym okoliczności wynikających z treści składanych pism i wyjaśnień w trakcie postępowania wyjaśniającego.

Po pierwsze, o ile zgodzić należy się z Zamawiającym i Przystępującym, że ustawa Pzp nie

wprowadza zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to stwierdzić należy kategorycznie, że niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym negocjacji co do treści wyjaśnień, z czym, w ocenie Izby, mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Okolicznością niesporną jest to, że pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało wystosowane przez Zamawiającego do Przystępującego Asseco w dniu 19 grudnia 2018 r., zaś ostatnie wezwanie w dniu 13 maja 2019 r., co oznacza, że przez prawie pięć miesięcy Przystępujący Asseco wyjaśniał dlaczego zaoferował za realizację zamówienia cenę o ponad 30% niższą niż wartość zamówienia i średnia arytmetyczna wartość ofert. Pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczące zaoferowanej ceny niewątpliwie stanowiło powtórzenie art. 90 ust. 1 i 1 a ustaw Pzp. Zamawiający wskazał, że żąda złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym m.in. przyjętych rozwiązań technicznych. Mimo swojej ogólności, doświadczony wykonawca, za jakiego należy uznać z pewnością Przystępującego Asseco, winien mieć pełną świadomość procedury obowiązującej w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym w szczególności obowiązku złożenia dowodów na wykazanie realności przyjętych rozwiązań technologicznych skutkujących możliwością obniżenia kosztów realizacji zamówienia.

Podkreślić w tym miejscu należy, że wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego Asseco zostało wystosowane w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że cena oferty wykonawcy była niższa o 30% od wartości zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Nie sposób, w ocenie Izby, wymagać od Zamawiającego, aby w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, niejako za wykonawcę, wskazywał okoliczności, które w jego ocenie uzasadniają obniżenie ceny o ponadto 30%. To zadaniem wykonawcy, zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, jest zawarcie w treści wyjaśnień takich okoliczności i przedłożenie takich dowodów, które umożliwią Zamawiającemu weryfikację realności przyjętych założeń cenowych. Nie do zaakceptowania, w ocenie Izby, uznać należy stanowisko wyrażone przez Przystępującego Asseco w piśmie z dnia 21 stycznia 2019 r. (str. 2), iż skoro w pierwszym wezwaniu Zamawiający nie sprecyzował swoich wątpliwości co do określonych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, to przyjąć należy, że wykonawcy niejako nie był wzywany do złożenia wyjaśnień i przysługuje mu prawo do złożenia kolejnych wyjaśnień, co do kwestii do których odniósł się już w odpowiedzi na pierwotne wezwanie Zamawiającego. W ocenie Izby, nie jest rolą Zamawiającego doszukiwanie się w ofercie wykonawcy czynników czy okoliczności uzasadniających cenę wykonawcy za realizację zamówienia poniżej 30% jego wartości czy średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu. Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do wezwania wykonawcy, zaś ciężar dowodu wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy. To jakie to są okoliczności winno być więc precyzyjnie i jasno wskazane i poparte dowodami w treści złożonych wyjaśnień. Zamawiający zaś może w drodze „konsultacji" z wykonawcą wyjaśniać kwestie wskazane przez wykonawcę w treści wyjaśnień. Tym samym, w ocenie Izby, pomimo ogólnego wezwania Zamawiającego, Przystępujący Asseco winien mieć pełną świadomość, chociażby z tytułu posiadanego doświadczenia oraz wielości umów realizowanych w trybie zamówień publicznych, że w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego winien precyzyjnie wskazać i wykazać dlaczego oferta jest o ponadto 30% tańsza od szacunków Zamawiającego i średniej arytmetycznej cen ofert.

Po drugie, dokonując analizy treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Asseco w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego Izba uznała, że wykonawca nie wskazał na żadne obiektywne okoliczności, które uniemożliwiły mu złożenie informacji i dowodów zawartych w piśmie z dnia 27 maja 2019 r. już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 grudnia 2018 r., ewentualnie w ramach doprecyzowania wyjaśnień w piśmie z dnia 23 stycznia 2019 r. Ocena wyjaśnień z dnia 27 maja 2019 r. prowadzi do wniosku, że dopiero w tym dokumencie wykonawca ustosunkował się do podnoszonych przez Zamawiającego aspektów dotyczących optymalizacji kosztowej w zakresie wyceny pracochłonności Punktu Funkcyjnego na poszczególnych etapach procesu wytwórczego, a więc do kluczowego elementu wyceny kosztów realizacji zamówienia, który miał decydujący wpływ na ostateczną cenę zaoferowaną za realizację zamówienia. Wskazał narzędzia, ich udział na poszczególnych etapach procesu wytwórczego i procentowe oszczędności. Załączył również dowody. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, że informacje te stanowiły jedynie uszczegółowienie pierwotne przekazanych informacji z pisma z dnia 11 stycznia 2019 r. Zarówno w wezwaniu z dnia 17 stycznia (str. 2 pkt 4), w wezwaniu z dnia 15 marca 2019 r. (str. 1 pkt III - odniesienie do procesu wytwórczego), w wezwaniu z dnia 13 maja 2019 r. Zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia kwestii oszczędności pracochłonności w cyklu wytwórczym, o jakim mowa w pkt 7 Załącznika nr 4C. W ocenie Izby już z wezwania z dnia 17 stycznia 2019 r. Przystępujący Asseco mógł i powinien powziąć wiedzę, że Zamawiający oczekuje przedstawienia informacji dotyczących wyceny Punktu Funkcyjnego w odniesieniu do struktury prac wynikających z przyjętego we wzorze umowy cyklu wytwórczego oprogramowania i oszczędności kosztowych na poszczególnych etapach. Jest oczywistym dla Izby, że wycena prac to konieczność określenia kosztów realizacji poszczególnych etapów i ewentualnych oszczędności pracochłonności na poszczególnych etapach z uwagi na możliwość zastosowania konkretnych i sprecyzowanych narzędzi.

W ocenie Izby informacje zawarte w piśmie z dnia 27 maja 2019 r. wykonawca był zobowiązany przekazać Zamawiającemu już na początku postępowania wyjaśniającego. Izba nie znajduje żadnego racjonalnego wytłumaczenia dla przekazania takich informacji po prawie 5 miesiącach prowadzenia postępowania wyjaśniającego. Przystępujący Asseco to profesjonalista, doświadczony z procesem przetargowym, który wielokrotnie występował przed Izbą, jeden z największych podmiotów na rynku usług IT. Trudno więc racjonalnie wytłumaczyć, że profesjonalista udzielając pierwotnych wyjaśnień dotyczących procesów automatyzacji i optymalizacji kosztów związanych z Punktem Funkcyjnym nie ma świadomości konieczności przekazania Zamawiającemu pełnych i precyzyjnych informacji co do narzędzi optymalizacji na poszczególnych etapach procesu wytwórczego, które to okresy były znane wykonawcy wraz z publikacją wzoru umowy, realnych oszczędności jakie wynikają z ich zastosowania na poszczególnych etapach procesu wytwórczego. Przerzucenie na Zamawiającego obowiązku precyzyjnego określenia zakresu żądanych informacji jest niczym innym jak niedozwolonym przerzucaniem ciężaru dowodu wykazania realności zaproponowanej wyceny na Zamawiającego i nieudolną próbą usprawiedliwienia własnych zaniechać. Analiza stanowiska Przystępującego Asseco sprowadza się do twierdzenia - skoro Zamawiający nie zapytał konkretnie o coś w zakresie wyceny, to ja nie mam obowiązku przekazania takich informacji. Taki tok rozumowania jest, w ocenie Izby, błędny. To wykonawca ma obowiązek przekazania wszystkich informacji i obliczeń, które wyjaśniają sposób wyceny przedmiotu zamówienia i wykazania okoliczności na jakie się powołuje.

Po trzecie podkreślić należy, że Zamawiający w każdym z wezwań kierowanych do Przystępującego Asseco żądał złożenia dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Dopiero do pisma z dnia 27 maja 2019 r. Przystępujący Asseco dołączył takie dowody. Data utworzenia co najmniej trzech z załączonych dowodów (tj. 2017 r.) wskazuje, że wykonawca mógł i powinien przedłożyć je Zamawiającemu już 11 stycznia 2019 r., czego nie uczynił. Nie zostało Izbie w żaden sposób wytłumaczone dlaczego dowody te zostały złożone tak późno. W konsekwencji Izba uznała, że wykonawca nie dochował należytej staranności w przygotowaniu pierwotnych wyjaśnień, mając (a przynajmniej powinien mieć) pełną świadomość konieczności złożenia takich dowodów. Pozostałe dowody złożone w ramach pisma z dnia 27 maja 2019 r. również, w ocenie Izby, winny być przedłożone Zamawiającemu na początku etapu wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez wykonawcę. Nie do zaakceptowanie uznać należy stanowisko Przystępującego Asseco, który z jednej strony akcentuje swoje doświadczanie zdobyte w innych projektach i narzędzia z pomocą których skutecznie dokonywał optymalizacji kosztów pracy, a dzięki którym obniżył wycenę Punktu Funkcyjnego, z drugiej zaś strony przez okres ponad 4 miesięcy nie jest w stanie przygotować dla Zamawiającego prezentacji złożonych w dniu 27 maja 2019 r. Prezentacje te dotyczą narzędzi, które Przystępujący, jak sam twierdził, stosował już w innych projektach, a tym samym narzędzia te są mu doskonale znane. Nie może stanowić wytłumaczenie dla bierności

Przystępującego Asseco nieobecność w pracy jednego pracownika. Nawet jeżeli ma on kluczowe znaczenie dla wyceny projektu, to doświadczony wykonawca będący w trakcie postępowania przetargowego i procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny albo wstrzymuje urlop do czasu zakończenia procesu albo podejmuje odpowiednie działania w celu zabezpieczenia swojej sytuacji. Trudno również uznać za wiarygodne twierdzenia Przystępującego Asseco, że w tak dużej firmie jedna osoba jest w stanie przygotować prezentacje załączone do pisma z dnia 27 maja 2019.

Izba podkreśla, że obowiązek złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy. Ustawodawca dobór narzędzi dowodowych pozostawia w gestii wykonawcy. To przecież wykonawca wycenia koszt swoich usług i to wykonawca wie najlepiej jakimi czynnikami kierował się wyliczając koszt realizacji zamówienia. Przystępujący Asseco do kwestii dowodów odniósł się w piśmie z dnia 26 marca 2019 r., a więc trzy miesiące po wszczęciu postępowania wyjaśniającego, zaś same dowody załączył do pisma z dnia 27 maja 2019 r. Ocena działań Przystępującego Asseco w tym zakresie prowadzi do wniosku, iż wykonawca nie dochował należytej staranności w procesie przygotowywania swoich pierwotnych wyjaśnień. Kwestia możliwości złożenia dowodów co do wyceny Punktu Funkcyjnego została przez Przystępującego Asseco pominięta z pismach z dnia 11 stycznia oraz z dnia 23 stycznia 2019 r. Już ta okoliczność winna dyskwalifikować wykonawcę. Wykonawca ma obowiązek wskazania czy ma dowody i jakie albo, że dowodów tych nie ma i nie może złożyć i okoliczność tą wyjaśnić. W przedmiotowym postępowania niekonsekwencja w działaniach Przystępującego powoduje, że zaniechania i brak należytej staranności nie mogą być usprawiedliwione poprzez przedłużanie terminu na ratowanie swojej oferty. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca ostatecznie złożył dowody dotyczące wyceny Punktu Funkcyjnego na podstawie, których Zamawiający miał ocenić możliwości optymalizacji kosztowej na jaką powołał się wykonawca. Nie uzasadnił racjonalnie dlaczego takich dowodów nie złożył na początku postępowania wyjaśniającego. Nie zaadresował również w początkowych pismach trudności dowodowych. Tym samym dowody złożone w piśmie z dnia 27 maja 2019 r. uznać należy za spóźnione, które nie powinny być przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego.

Podkreślić dalej należy, że w treści wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2019 r. Przystępujący Asseco odnosi się do wykonanych przez siebie analiz (strona 16 wyjaśnień). Takie analizy nie zostały również złożone Zamawiającemu w celu weryfikacji poprawności przyjętych założeń. Analizy takie złożył choćby Odwołujący w postępowaniu odwoławczym w celu wykazania nierealności wyceny Punktu Funkcyjnego przez Przystępującego. Słusznie wskazał Odwołujący, że Przystępujący również winien był wykonać takie analizy Zamawiającemu w celu weryfikacji poprawności przyjętych założeń.

Po czwarte wskazać należy, że postępowanie przetargowe prowadzone przez Zamawiającego to nie dwustronna relacja pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym Asseco. W postępowaniu uczestniczą również inni wykonawcy. Złożyli oni oferty, przedłużali terminy związania ofertą, wadium, oczekiwali na decyzję Zamawiającego. Postępowanie zaś Przystępującego Asseco jak i przedłużana przez Zamawiającego procedura wyjaśnienia ceny wykonawcy nie tylko niezasadnie narażała wykonawców na dodatkowe koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu, ale przez okres ponad pięciu miesięcy utrzymywała stan niepewności co do ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu, co może mieć wpływ na decyzje biznesowe wykonawców np. co do udziału w innych przetargach.

Po piąte, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że obowiązek rzetelnego zbadania ceny uprawnia go do wielokrotnych wezwań wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W ocenie Izby Zamawiający błędnie interpretuje zakres obowiązków nałożonych przez ustawodawcę w procesie weryfikacji rażąco niskiej ceny na poszczególne strony postępowania wyjaśniającego. Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, obowiązkiem zaś Zamawiającego jest rzetelna analiza złożonych wyjaśnień i dowodów. W przypadku zaś braku wystarczających informacji w treści wyjaśnień, a tym bardziej braku przedłożenia dowodów, to Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy. Wielokrotnie zaś dopytywanie wykonawcy o te same kwestie, a tym bardziej dopraszanie się o dowody rodzi podejrzenie braku obiektywizmu i wchodzenie w zakres obowiązków wykonawcy.

Po szóste, jest oczywistym dla Izby, że analiza rażąco niskiej ceny to przede wszystkim kwestia prezentacji przez wykonawcę określonych wyliczeń opartych o konkretne założenia i wymagania zawarte w SIWZ, w tym we wzorze umowy. Izba nie neguje założenia przyjętego przez Przystępującego Asseco, iż w przypadku prac wycenianych w PF w większym stopniu możliwe jest zastosowanie optymalizacji. To co jednak nie może być zaakceptowane przez Izbę to brak profesjonalizmu i należytej staranności ze strony Przystępującego Asseco w zakresie wykazania w treści złożonych wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2019 r. jak również z dnia 23 stycznia 2019 r. jakie konkretnie optymalizacje na poszczególnych etapach cyklu wytwórczego zostały przez wykonawcę uwzględnione podczas wyceny kosztów, jakiego rzędu oszczędności przewiduje wykonawca z tego tytułu i na czym opiera swoje twierdzenia. Analiza toku zdarzeń rodzi nieodparte wrażenie, że wszelkiego rodzaju wyliczenia wykonawcy były przygotowywane na potrzeby wyjaśnień. Nie został bowiem złożony żaden dokument, który potwierdzałby, że Przystępujący Asseco rzeczywiście przed złożeniem oferty dokonywał analiz kosztów prac Punktu Funkcyjnego w procesie wytwórczym według wskazań zawartych w pkt 7 wzoru umowy. W ocenie Izby by wyliczyć precyzyjnie cenę - przy składaniu oferty Przystępujący Asseco powinien był dokonać symulacji i wpływu wykorzystania narzędzi automatyzujących na oszacowanie możliwości obniżenia ceny za 1 Punkt Funkcyjny do oferowanego poziomu. Takie symulacje czy analizy winny być przedłożone Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami, czego wykonawca nie uczynił.

W ocenie Izby wystosowanie przez Zamawiającego wezwań do Przystępującego Asseco z dnia 15 marca 2019 r. oraz 13 maja 2019 r. było działaniem nieuprawionym. Dotyczyło ono bowiem kwestii, co do których Zamawiający wyraźnie żądał złożenia wyjaśnień jak i dowodów w wezwaniu z dniu 17 stycznia 2019 r. Ocena zasadności realności ceny zaproponowanej przez Przystępującego Asseco winno być dokonana wyłącznie przez pryzmat wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2019 r. oraz z dnia 23 stycznia 2019 r. Za dopuszczalne, w ocenie Izby, uznać należy wezwanie z dnia 17 stycznia 2019 r., w którym Zamawiający w sposób szczegółowy doprecyzował elementy wymagające doszczegółowienia po wyjaśnieniach z dnia 11 stycznia 2019 r. W ocenie Izby, w świetle treści wezwania, tak doświadczony wykonawca jak Przystępujący Asseco nie mógł mieć już wątpliwości co do zakresu wymaganych przez Zamawiającego informacji, w tym co do kwestii związanej z obowiązkiem złożenia dowodów.

Nie ulega wątpliwości, że treść wyjaśnień z dnia 11 stycznia oraz 23 stycznia 2019 r. nie potwierdziła, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Świadczą o tym kolejne wezwania Zamawiającego z dnia 15 marca 2019 r. oraz 13 maja 2019 r., które nie były w żaden sposób kwestionowane przez Przystępującego Asseco. W ocenie Izby, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego Asseco na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Sam Zamawiający swoimi kolejnymi wezwaniami potwierdził bowiem, że wyjaśnienia z dnia 11 stycznia oraz 23 stycznia 2019 r. nie potwierdzają realności zaaferowanej ceny przez

Przystępującego Asseco.

Tym samym, odwołanie podlegało uwzględnieniu w związku z naruszeniem przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 a pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, że złożone podczas rozprawy Dowody Odwołującego (zgodnie z definicją powyżej) nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania. Przedmiotem badania Izby były czynności Zamawiającego podejmowane w ramach procesu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Izba uznała, dokonując analizy treści oraz liczby wezwań, że Zamawiający w sposób nieuprawniony ponawiał wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyceny przedmiotu zamówienia. Podstawą rozstrzygnięcia były więc wezwania Zamawiającego i odpowiedzi Przystępującego Asseco, zaś Dowody Odwołującego nie miały w tej kwestii żadnego znaczenia.

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

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (1) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; (2) złożenie takich informacji przez wykonawcę było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa; oraz (3) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Weryfikacji więc podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Obowiązkiem zaś wykonawcy składającego odwołanie na czynności zamawiającego jest wykazanie w toku postępowania odwoławczego, okoliczności potwierdzających wszystkie trzy przesłanki konieczne do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; e/ incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W niniejszym postępowaniu to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, iż Przystępujący Asseco składając ofertę złożył oświadczenia, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania. Jednakże w toku postępowania odwoławczego Odwołujący takich okoliczności nie wykazał. Sposób sformułowania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez Odwołującego rodzi istotne wątpliwości jakie twierdzenia Przystępującego Asseco Izba miałaby być weryfikowanie pod kątem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zdaniem Izby okoliczność, iż Przystępujący Asseco uzyskuje zysk ze swojej działalności nie została w żaden sposób podważona przez Odwołującego i nie może być uznana za informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż zysk w firmie to wypadkowa wielu czynników, jednakże skoro wykonawca taki zysk wypracowuje, to niewątpliwe świadczy to o tym, że zarządza swoim przedsiębiorstwem prawidłowo. Jest to jeden z pozytywnych czynników działalności wykonawcy i może być uznany za okoliczność potwierdzającą pozytywne doświadczenie w zarządzaniu projektami. To, iż w stosunku do Przystępującego Asseco został wydany wyrok, w którym sąd potwierdził popełnienie przez Przystępującego Asseco czynu nieuczciwej

konkurencji, polegającym na zaniżeniu ceny za wykonanie jednego Punktu Funkcyjnego, nie może świadczyć o praktykowaniu przez wykonawcę oferowania za usługi rażąco niskiej ceny. Za niezasadne należy uznać utożsamienie jednorazowego zdarzenia z praktyką. Przystępujący Asseco ponadto nigdy nie zaprzeczył okoliczności, iż taki wyrok został w stosunku do niego wydany. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że spełniona została pierwsza z przesłanek koniecznych do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. nie wykazał, że Przystępujący Asseco przedstawił informację mogące wprowadzić Zamawiającego w błąd. Nie można bowiem uznać zarzutu za zasadnego w oparciu wyłącznie o gołosłowne twierdzenia wykonawcy konkurującego w tym samym postępowaniu przetargowym. Takie działanie Izby stanowiłoby naruszenie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp i wypaczałoby sens postępowania odwoławczego przed Izbą. Tym samym, wobec braku wykazania przez Odwołującego pierwszej z przesłanek koniecznych do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba uznała, że powyższych zarzut nie potwierdził się.

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

Przewodniczący: .....

Członkowie: