Sygn. akt: KIO 3402/20

WYROK
z dnia 29 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 i 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowię Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie**oraz **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie**,
przy udziale wykonawcy **BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3402/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 193 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczy niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
   21 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1838/20.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b, c oraz d SIWZ.
3. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części ¼ oraz Odwołującego
   w części 3/4 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia
11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)
w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 3402/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Województwo Małopolskie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie platformy MSIM w ramach projektu pn. „Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM)"* (znak postępowania: IS-I.272.7.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 249-618768.

W dniu 21 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch Polska S.A.
z siedzibą w Krakowie oraz Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 193 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2020 r. w sprawie KIO 1838/20 zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu przeprowadzenie badania i oceny oferty BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „BonaSoft" lub „Przestępujący"], wyraźnie wskazując, że katalog pytań sporządzony przez Krajową Izbę Odwoławczą jest katalogiem minimalnym i wynikającym z zakresu zaskarżenia w tej konkretnej sprawie, podczas gdy Zamawiający zaniechał samodzielnego, kompleksowego i obiektywnego przeprowadzenia badania i oceny oferty BonaSoft,
w szczególności w zakresie rażąco niskiej ceny,
a dodatkowo naruszył zasadę jednokrotności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wielokrotnie wskazywał BonaSoft na konieczność przestawienia dowodów na poparcie twierdzeń, które padły we wcześniejszych wyjaśnieniach, a zatem ich przedstawienie przez BonaSoft byłoby spóźnione, podpowiadał BonaSoft, co powinno być poprawione w kolejnych (trzecich) wyjaśnieniach wobec przedłużenia terminu na składanie wyjaśnień,
co stanowi także o rażącym naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasady uczciwej konkurencji, a także niezachowaniu bezstronności i obiektywizmu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BonaSoft, którego cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający błędnie ocenił złożone przez BonaSoft wyjaśnienia oraz dowody w zakresie rażąco niskiej ceny: zarówno ceny jako całości, jak i istotnych części składowych ceny, nieprawidłowo przeanalizował i błędnie ocenił wyjaśnienia w zakresie czynników cenotwórczych (wyliczeń kosztów), w szczególności pochodzących od podwykonawców, którzy łącznie realizują 65% zamówienia, a wykonawca BonaSoft nie udowodnił realności zaoferowanej w postępowaniu ceny, nie udowodnił, iż możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów za zaoferowaną cenę;
3. art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia BonaSoft, jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty BonaSoft za odrzuconą/odrzucenia oferty BonaSoft,

w sytuacji w której:
1. 75% zamówienia publicznego mają wykonać BonaSoft i Decsoft, czyli podmioty nieposiadające żadnego doświadczenia wymaganego SIWZ i niewskazane jako podmioty posiadające doświadczenie wymagane SIWZ (bo takimi podmiotami są Asseco i IS),
2. w zakresie dostaw sprzętu - 35% zamówienia w zakresie dostaw sprzętu ma wykonać Decsoft, spółka nieposiadająca żadnego doświadczenia w dostawie sprzętu wymaganego SIWZ, przy 5% zamówienia w zakresie dostaw sprzętu, które ma wykonać IS - spółka wskazana jako posiadająca doświadczenie w dostawie sprzętu wymaganego SIWZ,
3. ze zobowiązania IS załączonego do oferty w żaden sposób nie wynika, aby podwykonawca IS miał brać udział w usłudze konfiguracji infrastruktury techniczno-systemowej w klaster wysokiej dostępności, a jedynie, iż ma brać udział w dostawie sprzętu, a zdaniem Odwołującego Zamawiający w ogóle nie ustalił, który z podmiotów (BonaSoft/ podwykonawca) wykonuje tę usługę i czy legitymuje się wymaganym doświadczeniem,
co prowadzi do wniosku, iż podwykonawcy udostępniający zasoby realnie nie wykonają usług, w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia
w ich wykonaniu, a konstrukcja oferty stanowi próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd
i obejścia przepisów Pzp (w szczególności art. 22a ustawy Pzp),
co zdaniem Odwołującego implikuje również zarzut, iż wykonawca BonaSoft w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą/ odrzucona zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - które to przepisy Zamawiający także naruszył, przy czym z daleko idącej ostrożności należy podnieść także zarzut zaniechania wezwania BonaSoft do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak uruchomienia procedury self-cleaning), czym naruszono art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp,
4. oświadczenie Wykonawcy w wykazie usług (załącznik nr 5) oraz protokół odbioru
z Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej (referencja Asseco) potwierdza wykonanie zamówienia na dzień 22 lutego 2019 r., podczas gdy z treści publicznie dostępnych dokumentów wynika, iż termin wykonania tego zamówienia upływał w dniu 8 lutego 2019 r., co implikuje wewnętrzną sprzeczność pomiędzy treścią SIWZ w referencyjnym zamówieniu a treścią przedstawionego Zamawiającemu protokołu i świadczy o nieterminowym, a więc nienależytym wykonaniu tego zamówienia, przy czym zdaniem Odwołującego taki sposób opisu wykonania referencyjnego zamówienia w wykazie usług i przedstawienie tak sformułowanego protokołu odbioru oznacza, iż BonaSoft w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem powinien podlegać wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą /odrzucona zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - które to przepisy Zamawiający także naruszył, przy czym z daleko idącej ostrożności należy podnieść także zarzut zaniechania wezwania BonaSoft do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak uruchomienia procedury self-cleaning), czym naruszono art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp,
a z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucili także:
a) zaniechanie wezwania BonaSoft do wyjaśnień, celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę obowiązkowi udowodnienia Zamawiającemu, iż usługi, do realizacji których zdolności w zakresie doświadczenia są wymagane, wykonają podmioty, na których zdolnościach BonaSoft polega, oraz celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę udowodnienia Zamawiającemu, iż BonaSoft, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, a także zaniechanie wezwania BonaSoft do zastąpienia tych podmiotów innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z ustawą Pzp, czym Zamawiający naruszył także art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3, art. 22a ust. 6
w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp;
b) zaniechanie wezwania BonaSoft do wyjaśnień rozbieżności pomiędzy terminem wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług oraz protokole z wykonania zamówienia a terminem wykonania zamówienia wynikającym z dokumentacji zamówienia będącego przedmiotem referencji Asseco, czym Zamawiający naruszył także art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1 b pkt 3 ustawy Pzp, art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 22a
ust. 1 - 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty BonaSoft;
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
4. dokonania czynności odrzucenia oferty BonaSoft;
5. wykluczenia z postępowania BonaSoft, a w konsekwencji uznania oferty BonaSoft za odrzuconą / odrzucenia oferty BonaSoft;
6. wezwania Odwołującego do przedstawienia oświadczeń i dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku odrzucenia oferty BonaSoft oferta Odwołującego jest najwyżej ocenioną, niepodlegającą odrzuceniu, ofertą w postępowaniu;
a z daleko posuniętej ostrożności procesowej:
7. wezwania BonaSoft do złożenia wyjaśnień - zgodnie z pkt. 3 lit. a) i b) powyżej a także wniósł o:
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników, według norm przepisanych
i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, w tym zakreślił otoczenie biznesowe oraz przebieg postępowania.
W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący przedstawił przebieg procedury wyjaśnień ceny oferty wykonawcy BonaSoft oraz Comarch. W szczególności Odwołujący wskazał na wystosowane do Odwołującego i BonaSoft wezwanie do wyjaśnień ceny oferty z dnia 23 marca 2020 r., wyrok KIOz dnia 16 czerwca

2020 r. sygn. akt: KIO 709/20 oraz 715/20, pisma Zamawiającego z dnia 3 lipca 2020 r. skierowane do wykonawcy BonaSoft, zawiadomienie o odrzuceniu oferty BonaSoft z dnia 24 lipca 2020 r., wyrok KIO z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20, wezwanie BonSoft do wyjaśnień ceny oferty z dnia 23 września 2020 r., wyjaśnienia ceny oferty BonaSoft z dnia 25 września 2020 r., pismo Zamawiającego z dnia 29 września 2020 r. dotyczące uwzględnienia odwołania BonaSoft od czynności wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na udzielenie wyjaśnień ceny oferty, wezwanie BonaSoft do wyjaśnień ceny oferty
z dnia 29 września 2020 r. oraz wyjaśnienia ceny oferty BonaSoft z dnia 9 października 2020 r.
Odwołujący akcentował, że w wyroku z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20 Izbawskazała, że Zamawiający oczywiście nie jest ograniczony wyłącznie do wyjaśnienia okoliczności wskazanych przez Izbę, które z mocy prawa ograniczone są granicami postawionych zarzutów i wskazanymi przez zamawiającego podstawami odrzucenia. Izba wskazała natomiast niezbędne minimum do którego zachowania zamawiający będzie zobowiązany sentencją orzeczenia. Izba dostrzegła, że badanie rażąco niskiej ceny jest czynnością kompleksową, a więc nie powinno być ograniczone do wynikających z zakresu zaskarżenia kwestii, a Zamawiający kompleksowo winien zbadać ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny - ze szczególnym uwzględnieniem pytań wynikających z sentencji orzeczenia. Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że jeśli takie wątpliwości dalej występowały, to Zamawiający był na gruncie art. 90 oraz art. 7, zobligowany (a nie tylko uprawniony) do prowadzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czego Zamawiający całkowicie zaniechał, abdykując z roli gospodarza postępowania.
Odwołujący wskazał, że dwa dni po ogłoszeniu wyroku - w dniu 23 września 2020 r. - Zamawiający po prostu przepisał sentencję wyroku i wezwał wykonawcę BonaSoft do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, iż oczywistym jest, że dwa dni to zdecydowanie za mało, aby rzetelnie - zgodnie z orzeczeniem w sprawie KIO 1838/20 przeprowadzić analizę dokumentów składanych w ramach rażąco niskiej ceny, jego zdaniem Zamawiający poszedł po najmniejszej linii oporu, licząc chyba, że nikt nie będzie „czepiał się", skoro przepisał słowo w słowo treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie pytań. Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że 12 kwestii, które wymagają wyjaśnienia, to czubek góry lodowej - minimum, które z racji treści zarzutów, jest zobowiązany uwzględnić w powtórzonej procedurze badania i oceny oferty BonaSoft. Zamawiający po prostu w tej procedurze po raz kolejny wyręczył się Krajową Izbą Odwoławczą - przerzucając nań odpowiedzialność za prowadzenie postępowania
i merytoryczne prowadzenie postępowania. Zamawiający od tego ma komisję przetargową
i możliwość powoływania biegłych, aby taką merytoryczną ocenę oferty przeprowadzić samodzielnie. Za skandaliczne należy uznać, iż Zamawiający jest jednostką samorządu terytorialnego na poziomie województwa, dysponującą potężnym budżetem na realizację projektu (w tym zabezpieczenie osób tworzących SIWZ, weryfikujących oferty
i wykonawców), a w efekcie merytorycznie ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny musi badać KIO i formułować mu pytania, bo sam Zamawiający w sumie nie wie, o co zapytać.
Odwołujący wskazał, że w dniu 29 września 2020 r. Zamawiający skierował do BonaSoftkolejny wniosek o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny - inicjując trzecią rundę pytań
w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Dodatkowo i ponad żądanie BonaSoft wynikające z treści odwołania na termin - pismo zawierało 12 punktów - nieścisłości, błędów, niejasności, które Zamawiający znalazł w piśmie BonaSoft z dnia 25 września 2020 r.
i których wyjaśnienia Zamawiający po raz koleiny żądał oraz powielało żądanie dowodów na poparcie twierdzeń wynikających z pisma z dnia 25 września 2020 r.
Odwołujący stwierdził, iż wezwanie w zakresie, w jakim punktuje braki wyjaśnień
z dnia 25 września 2020 r., dając tym samym BonaSoft szansę na konwalidację tych braków, jest niezgodne z Pzp, rażąco narusza zakaz wielokrotnego wyjaśniania rażąco niskiej ceny
i zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skandaliczne jest to, że pierwszym punktem, o którego wyjaśnienie Zamawiający prosi, jest to, aby BonaSoft zaznaczał, które kwoty są kwotami netto, a które brutto i w ogóle w treści kolejnych wyjaśnień uwzględnił takie rozróżnienie. Odwołujący wskazał, iż w takim razie nie pozostaje nic innego, jak zakwestionować wszystkie złożone przez BonaSoft wyjaśnienia pod tym kątem, co niniejszym czyni. Jeśli wykonawca takich kwot nie rozróżnia, to tym samym czyni to na własne ryzyko, a konsekwencją powinna być ocena wyjaśnień jako nierzetelnych, niestarannych, niewyjaśniających rażąco niskiej ceny.
Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że Zamawiający, odnosząc się do treści wyjaśnień z dnia 25 września 2020 r. w wezwaniu z dnia 29 września 2020 r. i po raz kolejny dopytując o kwestie, które: 1) de facto mieszczą się w zakresie wyjaśnień żądanych pierwszym wezwaniem, 2) były przyczyną odrzucenia oferty, 3) zostały szczegółowo
w uzasadnieniu odrzucenia oferty opisane, a także co do których 4) przeprowadzono
4 kilkugodzinne posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, 5) złożono szereg wyjaśnień
i dowodów na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, uruchomił po raz trzeci procedurę wyjaśniania tych samych kwestii (wielokrotnie dopytywał o to samo) i umożliwił BonaSoft wbrew przepisom ustawy Pzp kolejne wyjaśnianie kwestii nierzetelnie wyjaśnionych w piśmie z dnia 25 września 2020 r. I nie ma przy tym znaczenia, że jednocześnie Zamawiający dokonał wydłużenia terminu na składanie wyjaśnień, celem ich uzupełnienia - skoro w tzw. międzyczasie dodatkowo „poinformował" BonaSoft, co
w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 września 2020 r. należy poprawić, jak podzielić dowody etc. Pytanie, jakie należy sobie zadać, to czy bez tak wydatnej pomocy Zamawiającego, BonaSoft byłby w stanie rzetelnie wyjaśnić wątpliwe kwestie? Zdaniem Odwołującego odpowiedź jest jednoznacznie negatywna. Ze stanu faktycznego jasno wynika, że nie było w wyjaśnieniach BonaSoft tego, co przekonywało Zamawiającego o tym, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, skoro dalej - pismem z dnia 29 września 2020 r. dopytywał BonaSoft. Odwołujący wskazywał, że skoro Zamawiający bada RNC od kwietnia 2020 r. - spokojnie mógł poczekać na to, co BonaSoft wyjaśni w dniu 9 października 2020 r. (10 dni to ułamek czasu, który trwa postępowanie) -
w przedłużonym terminie. Zamiast tego po prostu podpowiedział BonaSoft, w jakim zakresie złożone 25 września 2020 r. są wadliwe, łamiąc zasadę równego traktowania wykonawców.
Zdaniem Odwołującego jakakolwiek korespondencja ze strony Zamawiającego po 23 września 2020 r. nie powinna wykraczać poza zakres sporny, którym w tym przypadku był wyłącznie termin na złożenie przez BonaSoft wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W takim wypadku kolejne wezwania, dotyczące merytoryki i wykraczające poza kwestię zbyt krótkiego terminu, sugerują swego rodzaju niedozwolone na gruncie Pzp uzgadnianie
z BonaSoft, co powinno być wpisane w treści wyjaśnień, żeby Zamawiający uznał je za wystarczające.
Podsumowując Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający miał katalog pytań od KIO i obowiązek skierowania pisma o wyjaśnienie RNC do BonaSoft, to powinien to wezwanie skonstruować tak, aby w odpowiedzi na nie uzyskać informacje, które pozwolą mu na kompleksowa ocenę oferty BonaSoft, a wykonawca takie wyjaśnienia powinien złożyć. Skoro

Zamawiający po raz kolejny dopytywał w tym samym zakresie, to świadczy o tym, że wykonawca BonaSoft nie udowodnił swoich twierdzeń i nie rozwiał wątpliwości Zamawiającego - a brak zadośćuczynienia ciężarowi dowodu oraz nierozwianie tych wątpliwości powinien skutkować odrzuceniem, a nie kolejnym dopytywaniem
i podpowiadaniem BonaSoft.
Dalej Odwołujący wskazał, że BonaSoft w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2020 r. w I części pisma uzupełnił oświadczenia zawarte w piśmie z dnia 25 września 2020 r., ale w II części pisma zadośćuczynił trzeciemu już wezwaniu Zamawiającego w przedmiocie kwestii objętych wyrokiem z dnia 21 września 2020 r., o które Zamawiający dodatkowo dopytywał pismem z dnia 29 września 2020 r. Wykonawca nie stwierdził przy tym, iż same jego wyjaśnienia (złożone z ostrożności 25-go września), czy też uzupełnienie (część I pisma) stanowi kompletne wyjaśnienie w przedmiocie RNC, ale jednoznacznie wyodrębnił odpowiedzi na pytania z pisma Zamawiającego z dnia 29 września 2020 r., które zainicjowało trzecią rundę pytań - a tym samym BonaSoft jawnie przedłożył Zamawiającemu trzecie wyjaśnienia RNC.

Odwołujący - także w kontekście zarzutu nr 2 - złożył generalne zastrzeżenie, co do sposobu, w jaki BonaSoft próbuje udowadniać, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską - robi to poprzez składanie kolejnych „oświadczeń" do „oświadczeń". Wykonawca do każdych składanych wyjaśnień „produkuje" w ramach dowodów kolejne twierdzenia firm zainteresowanych uzyskaniem tego zamówienia (w szczególności chodzi tu o oświadczenia podwykonawców, którzy mają realizować 65% przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza Asseco i IS, którzy mogliby samodzielnie złożyć ofertę w tym postępowaniu), podczas gdy brakuje jakichkolwiek obiektywnych dowodów potwierdzających realność kalkulacji, mogących uchylić domniemanie, iż oferowana cena jest ceną rażąco niską. Odwołujący podnosi również, iż fakt, że firma X kalkuluje ofertę w określonej metodologii, nie zwalniało i nie zwalnia BonaSoft z obowiązku wykazania, iż cena zaoferowana przez firmę X nie jest ceną rażąco niską. Mógł w tym celu przedstawić inną, sporządzoną w wybranej metodzie kalkulację. Zamawiającemu należy w tym miejscu zarzucić bezrefleksyjną akceptację takich „oświadczeń" i twierdzeń oraz przypisywanie im mocy dowodowej.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający, dokonując oceny tych wyjaśnień, stracił z oczu, iż celem wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie jest wyłącznie potwierdzenie, iż wszystkie elementy zamówienia zostały w ogóle wycenione (mieszczą się w zakresie oferty podwykonawcy X czy Y), co skwapliwie czyni w każdych kolejnych wyjaśnieniach BonaSoft, choć objęcie wyceną całości przedmiotu umowy jest warunkiem sine qua non poprawnego sporządzenia wyjaśnień, ale również wykazanie, że wszystkie elementy zamówienia zostały wycenione w sposób prawidłowy, a zaoferowana za nie cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał, że przedłożone dowody w odpowiedzi na wezwanie z dnia
29 września 2020 r. są spóźnione i nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego podczas badania i oceny zaoferowanej przez BonaSoft ceny.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, iż przebieg postępowania, a w szczególności procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny BonaSoft i problem z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny i sposobu kalkulacji tej ceny wynika z prostego faktu - wykonawca BonaSoft na etapie składania oferty wykorzystał fakt, iż Zamawiający nie wymagał oświadczeń i dokumentów przedmiotowych, które weryfikowałyby co zostało przedmiotowo zaoferowane przez wykonawców. W formularzu ofertowym należało tylko podać kwoty należne za wykonanie zamówienia. W efekcie w ocenie Odwołującego oferta BonaSoft bazowała na jednym założeniu: cena miała być jak najniższa, ale nie niższa niż 70% wartości szacunkowej zamówienia, która od momentu ogłoszenia
o postępowaniu o udzielenie zamówienia była powszechnie znana, i który to % przesądzałby o obligatoryjnym wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący nie może zgodzić się z takim podejściem, gdyż w efekcie oferta nie gwarantuje realizacji zamówienia, ani pod względem terminowym, ani pod względem jakościowym, co jak zaznaczono na wstępie - jest kluczowe dla systemów dedykowanych działalności leczniczej, a czego Zamawiający powinien mieć świadomość.

Następnie Odwołujący przywołał treść załącznika nr 6 do SIWZ złożonego przez BonaSoft i wskazał, że z treści tego załącznika niemożliwym jednak odczytać, jaki jest prawdziwy i jednoznaczny zakres podwykonawstwa (a przecież to jaki konkretny zakres podwykonawstwa jest przedmiotem oferty podwykonawcy i jaki konkretny zakres podwykonawca wyceniał), gdyż każde z wyliczeń BonaSoft zakończył zgrabnym:
1) Asseco: oraz w innym zakresie w jakim zastanie to uzgodnione z Wykonawcą i zgodnie
z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ;
2) IS: zamówienie w obszarze dostawy i instalacji sprzętu *wg uzgodnień z Wykonawcą*
i zgodnie z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ.
3) Decsoft: zamówienie w obszarze dostawy i instalacji sprzętu, usług kolokacji i relokacji wg uzgodnień z Wykonawcą i zgodnie z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ,tym samym przyznając, że tak właściwie zakres ofert podwykonawczych na moment składania oferty nie jest uzgodniony - a zatem nie może być rzetelnie wyceniony. Zdaniem Odwołującego było to celowe rozmycie odpowiedzialności i zakresów części zamówienia powierzonego podwykonawcom, które miało uniemożliwić (a przynajmniej bardzo utrudnić) Zamawiającemu rzetelną weryfikację oferty BonaSoft.

Odwołujący wskazał, iż podstawową z okoliczności, które przekładają się na treść wyjaśnień, jakie był zobowiązany złożyć BonaSoft i to już na etapie pierwszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jest fakt, iż z treści oferty wynika znaczący (65%) udział podwykonawców w realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że BonaSoft sp. z o.o. sp. k. jest spółką działającąod roku 2017, która na dzień składania ofert była spółką z zakończonym drugim rokiem obrotowym działalności. Zdaniem Odwołującego fakt, iż BonaSoft musi bazować na doświadczeniu dużo większych podmiotów, które są jednocześnie podmiotami udostępniającymi swoje zasoby, implikuje znaczący zakres podwykonawstwa, co przesądza o tym, iż BonaSoft był zobowiązany wykazać, a Zamawiający powinien był także zweryfikować, czy w łańcuchu dostawców i podwykonawców zachowane są odpowiednie poziomy kosztów gwarantujące należytą realizację zamówienia. Powinien to zrobić de facto na pierwsze wezwanie Zamawiającego, a brak dowodów. Jednocześnie wskazać należy, iż kompleksowa oferta, obejmująca „wszystkie koszty" w takim wypadku jest niewystarczająca, gdyż nie obala domniemania wynikającego z art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że z treści pisma odrzucającego ofertę z dnia 24 lipca 2020 r. wynika bowiem, iż w skład materiału dowodowego wchodziły: 1) wyjaśnienia BonaSoft,
2) oferta firmy Asseco, 3) oferta XXX, 4) oferta firmy XXX oraz 5) oferta firmy Decsoft.

Tym samym pierwszy materiał dowodowy, oprócz ofert podwykonawców, nie zawierał żadnych dowodów potwierdzających jakiekolwiek tezy BonaSoft w zakresie sposobu kalkulacji ceny i kosztu, zarówno BonaSoft, jak i podwykonawców. Jakiekolwiek tezy były podnoszone przez BonaSoft w zakresie pierwszych wyjaśnień to w świetle w/w

wyliczenia materiału dowodowego są one nieudowodnione (poza globalną ceną ofert podwykonawców).

Odwołujący podnosił, że bez wątpienia wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w przypadku tak specyficznie konstruowanej oferty, jest trudniejsze niż w przypadku gdy większość zamówienia wykonuje główny oferent, a nie podwykonawcy. W opisywanym stanie faktycznym wyjaśnienie powinno bowiem wyjaśniać całość oferty oraz oferty podwykonawczych - w zakresie wynikającym z art. 90 ustawy Pzp. Każdy z podwykonawców może przecież inaczej kalkulować swoją ofertę, mieć inną metodologię i założenia,
w szczególności w zakresie usług w oparciu o MD. Główny wykonawca powinien mieć wiedzę o tej kalkulacji nie tylko na wypadek wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale także ze względu na fakt, iż w tak długotrwałych projektach istnieje możliwość zerwania podwykonawstwa, a w takim przypadku główny wykonawca, chcąc wykonać umowę, musi przejąć zobowiązania podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, powołując się także na własne wyjaśnienia, iż w szczególności istotnymi elementami kalkulacji są w zamówieniu MSIM wyceny: 1)ITSoraz usługi około sprzętowe, 2) Licencji standardowych i obcych (W szczególności Antywirus, System operacyjny, Baza Danych, Baza Danych dokumentówXML,Szyna Danych, Serwer aplikacyjny, Centralny System Logów, dodatkowo system monitoringu i obsługi help desk,
a także przeglądarka DICOM), 3) roboczogodziny, a w konsekwencji osobodnia usługi rozwoju, 4) roboczogodziny, a w konsekwencji osobodnia innych niż rozwój usług, w tym kosztów osobowych w przypadku usług ciągłych (np. utrzymanie 24/7): a) praca w porze nocnej, b) urlopy, c) chorobowe, d) macierzyńskie / tacierzyńskie, 5) szkoleń i warsztatów
(w szczególności rozdział 8 Załącznika nr 3 do SOPZ), w tym szkoleń warsztatowych, szkoleń e-learning, organizacji i przeprowadzenia konferencji, warsztatów Projectathon;
6) bezprecedensowo rozbudowanej dokumentacji, na którą składają się wszelkie dokumenty sporządzone przez Wykonawcę lub wspólnie przez Strony Umowy, w związku
z wykonywaniem Przedmiotu Umowy przekazywane Zamawiającemu zgodnie z Umową
i Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia (SOPZ).

Odwołujący podniósł, że warunkiem *sine qua non* realnej wyceny usług jest przyjęcie przez wykonawcę właściwych założeń w zakresie pracochłonności wykonania poszczególnych elementów oprogramowania - analiza, jakie komponenty wykonawca już wdrażał, i do których dysponuje stosownymi uprawnieniami, a jakie komponenty wykonawca musi wykonać w ramach realizacji całości oprogramowania i prawidłowa ocena pracochłonności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wadliwe badanie i ocenę oferty i wyjaśnień tej oferty przedstawionych przez BonaSoft w/w wymienionych zakresach, w szczególności poprzez: 1) zaakceptowanie zaniżonej pracochłonności wykonania poszczególnych elementów oprogramowania (czy to BonaSoft, czy to jej podwykonawców), która to pracochłonność nie została w żaden sposób udowodniona, 2) zaakceptowanie zaniżonej wyceny osobodnia (osobogodziny) zarówno w ramach usługi rozwoju, jak i w ramach wszystkich innych usług i czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, brak ujęcia kosztów osobowych wskazanych powyżej w przypadku usług ciągłych.

Odwołujący wskazał, iż w przypadku usług rozwoju formularz cenowy składa się
z pozycji, w których podaje się cenę jednostkową za roboczogodzinę za świadczenie usług rozwoju (123 zł brutto oferta BonaSoft - w tym 36,90 zł brutto z tytułu przeniesienia praw autorskich). W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z umową usługi rozwoju to opisane Umową i SOPZ usługi mające na celu zapewnienie modyfikacji i rozbudowy Platformy MSIM. Umowa obejmuje: usługi rozwoju oprogramowania Platformy MSIM realizowane na zlecenia Zamawiającego w wymiarze nie większym niż 5 000 roboczogodzin (co daje 625 osobodni) w terminie od daty podpisania Umowy do terminu zakończenia Etapu IV oraz usługi rozwoju oprogramowania Platformy MSIM realizowane na zlecenia Zamawiającego w wymiarze 1 500 roboczogodzin rocznie realizowane w ramach Etapu V (łącznie 5 x 1 500 = 7 500 roboczogodzin, co daje 937,5 osobodnia). Formularz cenowy nie rozróżnia ceny usługi rozwoju na tych etapach, stąd zdaniem Odwołującego trzeba przyjąć, iż wykonawca powinien zaoferować jedną cenę za roboczogodzinę usługi rozwoju.

Odwołujący wskazał na brzmienie § 2 ust. 22 załącznika nr 9 do SIWZ i stwierdził, że tak sformułowany wymóg w realiach pracy NFZ oraz polskiego parlamentu i coraz krótszego procedowania ustaw, jak również skracania vacatio legis (zwłaszcza w obszarze aktów prawa z zakresu opieki zdrowotnej), implikuje niezbędne, a pominięte przez BonaSoft, założenie w kalkulacji, iż także usługa rozwoju wymaga pracy w porze nocnej i zmianowej. Zdaniem Odwołującego takie założenie wymusza po prostu OPZ, tj. § 12 ust. 10 i 11 załącznika nr 9. Odwołujący stwierdził, że sama procedura zlecenia usługi rozwoju znacząco skraca realny czas, jaki będzie miał wykonawca na wykonanie nowych lub dostosowanie istniejących funkcji Platformy. Nawet przy optymistycznym założeniu, iż ustawodawca będzie szanował 14-dniowy termin vacatio legis, nie sposób przyjąć, iż stworzenie nowej funkcjonalności nie będzie wymagało pracy nocnej i zmianowej. W tym kontekście przyjęta przez BonaSoft stawka 123 zł brutto - czyli 100 zł netto, która realnie (po odjęciu wynagrodzenia z tytułu praw autorskich) wynosi 70 zł netto, jest stawką całkowicie nierealną, mając na uwadze, że tego typu usługi rozwoju wiążą się z wynagradzaniem specjalistów wysokiej klasy, którzy pod presją czasu są w stanie stworzyć nową funkcjonalność oprogramowania lub dostosować rozwiązanie istniejące (co nieraz jest wręcz zadaniem trudniejszym) - zgodną z przepisami powszechnie obowiązującymi.

Odwołujący wskazał, iż niemożliwe jest, aby stawka BonaSoft za usługę rozwoju pokrywała także koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego, w sytuacji w której taka usługa musiałaby być świadczona w siedzibie Zamawiającego. O tym, że stawka za usługę rozwoju jest stawką nierealną, świadczy też fakt, iż potęguje ona ryzyka związane z odstąpieniem
i karami umownymi. Odwołujący zwracał uwagę, iż to znaczne sankcje przy niewielkiej czasowo zwłoce. Kwota, jaką wskazał BonaSoft za wykonanie usługi rozwoju, czyli de facto 70,00 zł netto, w ogóle nie zabezpiecza terminowego wykonania zobowiązań w tym zakresie.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w stosunku do usług innych niż usługi rozwoju
w szczególności należy wziąć pod uwagę warunki prowadzenia usługi utrzymania - zgodnie
z załącznikiem 3 do SOPZ usługa utrzymania ma być prowadzona w trybie 24/7/365 - przy czym Zamawiający wymaga wydzielenia zespołu administratorów systemu, I-ej oraz II-ej linii wsparcia - warunki te wymagają pracy w porze nocnej i zmianowej. Ma to wpływ na organizację pracy zasobów. Odwołujący wskazał kluczowe zapisy załącznika nr 3 do SOPZ dotyczące świadczenia usługi utrzymania.

Odwołujący wskazał, iż kwestionuje, jakoby BonaSoft poprawnie skalkulował cenę
w zakresie usług utrzymania - stworzenie wszystkich procedur, dodatkowych usług, szkoleń, a także kwestionuje przyjętą pracochłonność. Ponadto, zdaniem Odwołującego, kalkulacja nie uwzględnia warunków SLA - czasu na reakcję, obejście i naprawdę błędów, a także tego, iż usługi utrzymania w zasadniczej części stanowią świadczenie ciągłe, a więc wymagają pracy zmianowej i nocnej (co powinno być uwzględnione w koszcie pracy). Uzasadniał, że usługi

utrzymania to zgodnie z umową opisane Umową i SOPZ usługi mające na celu zapewnienie poprawnego działania Platformy MSIM oraz wsparcie Zamawiającego
w korzystaniu z Platformy MSIM.W ramach Usługi Utrzymania Wykonawca zapewni nieprzerwane, bezawaryjne funkcjonowanie Platformy MSIM w tym realizację usług określonych w załączniku nr 3 do SOPZ, a w szczególności obsługę Błędów Platformy
i usuwanie awarii ITS z zachowaniem określonych tamże parametrów SLA. W ramach Usługi Utrzymania Wykonawca zapewni zmianę w Produktach Umowy *(a więc nie tylko*
w oprogramowaniu, ale także np. w Dokumentacji - dop. Odwołujący) w wymaganym zakresie, gdy konieczność dokonania zmiany wynika: a) Zmian przepisów prawa, b) Zmian rekomendacji, gdy są one związane z zachowaniem interoperacyjności systemów Platformy MSIM. Także w kontekście usług utrzymania Odwołujący przywołał brzmienie § 2 ust. 22
i stwierdził, że tak sformułowany wymóg w realiach pracy NFZ oraz polskiego parlamentu
i coraz krótszego procedowania ustaw, jak również skracania vacatio legis (zwłaszcza
w obszarze aktów prawa z zakresu opieki zdrowotnej), implikuje niezbędne, a pominięte przez BonaSoft, założenie w kalkulacji, iż także usługa utrzymania wymaga pracy w porze nocnej i zmianowej. Jednocześnie - biorąc pod uwagę istotny i stały wzrost kosztów pracy
w sektorze IT w ostatnich latach, Zamawiający był zobligowany do szczególnej uwagi
w zakresie weryfikacji wyjaśnień ceny w odniesieniu do wynagrodzeń pracowników
i weryfikacji, czy BonaSoft oszacował i uwzględnił w cenie rezerwy na przyszły wzrost wynagrodzeń w branży IT w okresie trwania projektu, który wynosi okres wdrożenia + 60 miesięcy okresu utrzymaniowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wadliwe badanie i ocenę oferty i wyjaśnień tej oferty przedstawionych przez BonaSoft w/w wymienionych zakresach, także poprzez zaakceptowanie zaniżonej (rażąco niskiej) wyceny lub braku wyceny: 3) ITS oraz usług około sprzętowych, 4) licencji standardowych i obcych, 5) szkoleń i warsztatów dedykowanych Platformie, 6) wytworzenia dokumentacji.

W stosunku do wszystkich wyżej wymienionych w pkt 1-6 aspektów, Odwołujący podniósł, iż nie zostały one poprawnie udowodnione przez BonaSoft, a co więcej Zamawiający powinien pominąć przy ocenie oferty BonaSoft dowody, które zostały złożone przez BonaSoft w następstwie naruszającego przepisy Pzp wielokrotnego wzywania BonaSoft do wyjaśnień, opisanego w zarzucie nr 1. Odwołujący jeszcze raz podkreślał, iż ze względu na sposób skonstruowania oferty konieczne było wyjaśnienie i udowodnienie w/w aspektów ceny i kosztu także na poziomie podwykonawców. Podnosił, że BonaSoft
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 BonaSoft 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 BonaSoft wszystkie aspekty kosztowe, niezależnie od zastosowanej metodyki, a wykonawca BonaSoft powinien być w stanie w sposób czytelny wykazać, które koszty i w jakiej wysokości zostały uwzględnione w cenie oferty.

Następnie Odwołujący wskazał na okoliczności irrelewantne z punktu widzenia kalkulacji ceny dotyczące: 1) doświadczenia i personelu wykonawcy i podwykonawców, 2) optymalizacji programowania i działalności, 3) PRINCE 2, 4) ISO oraz 5) posiadania gotowych komponentów i wolnego oprogramowania, które omówił w treści odwołania. Odwołujący wskazał, że nie zna treści wyjaśnień składanych przez BonaSoft, nie zna okoliczności, które zdaniem tego wykonawcy umożliwiały mu tak nierealne obniżenie ceny, niemniej wskazał na okoliczności, które jego zdaniem nie stanowią o przewadze BonaSoft nad konkurentami. Zdaniem Odwołującego wysoce prawdopodobne jest, iż BonaSoft powoływał się na takie okoliczności, próbując uzasadnić wysokość zaoferowanej ceny.
W przedmiocie zarzutu wskazanego w punkcie 3. *petitum* odwołania Odwołujący przywołał postanowienia rozdziału XI SIWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu, treść załącznika nr 6 do oferty BonaSoft oraz załącznika nr 5 do SIWZ złożonego przez BonaSoft.

Odwołujący podniósł, że wszystkie zamówienia, wskazane w SIWZ jako wymagane na potwierdzenie posiadania przez wykonawcę doświadczenia, posiadają element usługi (nawet dostawa sprzętu jest połączona z usługą skonfigurowania jej w klaster wysokiej dostępności - pkt 3.2.2.1 lit. c), stąd wszystkie te usługi winny wykonać podmioty, do realizacji których te zdolności są wymagane. Odwołujący podkreślał, że całkowicie odrębnym warunkiem udziału jest wymóg dysponowania na etapie realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia i które spełniają określone w SIWZ wymagania. Nie można spełnić wymogu posiadania określonego doświadczenia jako podmiot (spółka), oddelegowując do realizacji zamówienia osoby, którymi dysponowanie jest odrębnym warunkiem, związanym z pełnieniem konkretnych funkcji. Zgodnie z wykazem usług załącznik nr 5 do SIWZ jedynie Asseco jest wskazane jako spółka dysponująca doświadczeniem w zakresie wykonanych usług związanych z wdrożeniem i utrzymaniem różnego rodzaju oprogramowania oraz jedynie IS jest wskazany jako spółka dysponująca doświadczeniem w zakresie dostawy sprzętu oraz usług związanych z tą dostawą. Wynika z tego prosty wniosek - Zamawiający wbrew treści art. 22 ustawy Pzp zaakceptował ofertę, z której wynika, iż zamówienie w ¾ wykonają spółki, które nie mają żadnego doświadczenia wymaganego w SIWZ na spełnienie warunków udziału. Tymczasem aby uznać, iż interes Zamawiającego jest należycie zabezpieczony,
a zamówienie wykonają rzeczywiście podmioty, które mają zdolności do realizacji - to zasadniczą część zamówienia w zakresie usług związanych z oprogramowaniem winno wykonać Asseco, tak samo jak zasadniczą część dostawy sprzętu oraz usługę konfiguracji sprzętu w klaster wysokiej dostępności powinno wykonać IS. Tymczasem Asseco ma zrealizować 20% całości zamówienia, a IS 5% całości zamówienia.

Odwołujący wskazał, że nie ma przy tym dostępu do treści wyjaśnień RNC, niemniej jeśli z treści tych wyjaśnień wynika, iż np.:
1. usługi utrzymaniowe oprogramowania, których dotyczy warunek z pkt 3.2.2.1 lit. d), mają być wykonywane samodzielnie przez BonaSoft lub przez podwykonawców Decsoft czyIS - to potwierdza to, że tych usług nie wykona podmiot, który posiada doświadczenie w tym zakresie (Asseco);
2. przedmiot zamówienia w zakresie usług zaprojektowania, budowie lub dostosowania
i wdrożenia produkcyjnego systemu informatycznego mają być wykonywane samodzielnie przez BonaSoft lub przez podwykonawców Decsoft czy IS - to potwierdza to, że tych usług nie wykona podmiot, który posiada doświadczenie w

tym zakresie (Asseco).

Odwołujący podkreślał, że fakt, że Asseco wskazało w wykazie po kilka usług na spełnianie jednego warunku w zakresie doświadczenia - wręcz uzasadnia tezę, iż wymagane przez Zamawiającego doświadczenie nie było nadzwyczajnym doświadczeniem na rynku zamówień publicznych w zakresie systemów IT dedykowanych dla systemu ochrony zdrowia. Gdyby zaś wykonawca BonaSoft takie doświadczenie posiadał samodzielnie, to bez wątpienia wskazałby je w wykazie usług.

Następnie Odwołujący zakwestionował treść zobowiązania Integrated Solutions. Uzasadniał, że z treści zobowiązania w żaden sposób precyzyjnie i jednoznacznie nie wynika, iż IS będzie brała udział w usłudze skonfigurowania infrastruktury w klaster wysokiej dostępności. Dwukrotnie przy tym pojawia się udział w obszarze dostawy sprzętu, a przecież nie bez powodu Zamawiający wyraźnie wyodrębnił usługę skonfigurowania infrastruktury w klaster wysokiej dostępności. Zdaniem Odwołującego na dzień składania ofert BonaSoft nie udowodnił, iż podmiot, który udostępnia doświadczenie i został wskazany w wykazie usług, będzie wykonywał usługę konfiguracji tej infrastruktury - nie wynika to z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Kolejno Odwołujący kwestionując referencję Asseco wskazał, że zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia - umowa została zawarta w terminie 13.11.2018 r., a zgodnie z informacją z otwarcia ofert Asseco zaoferowało 90-dniowy termin realizacji, który to termin upływał w takim razie w dniu 8.02.2019 r. Z protokołu wynika jednakże, iż został sporządzony później - co więcej literalnie poświadcza wykonanie umowy na dzień 22.02.2019 r., a więc dwa tygodnie później. Podkreślenia wymaga, iż w postępowaniu skrócony termin realizacji zamówienia był także kryterium oceny ofert. Odwołujący podnosił, iż z treści tych dokumentów wynika, iż zamówienie nie zostało zrealizowane w terminie, zaś nieterminowe wykonanie zamówienia jest nienależytym wykonaniem umowy (chyba że zgodnie z przyjętymi zasadami odpowiedzialności wykonawca jest w stanie wykazać, iż nie ponosi winy/ryzyka danego opóźnienia). Co więcej - w stosunkach cywilnoprawnych Kodeks cywilny statuuje domniemanie zwłoki po stronie dłużnika. Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności powinny były zostać wyjaśnione przez Zamawiającego w toku badania i oceny oferty BonaSoft.

Odnośnie zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd Odwołujący wskazał, że bez wątpienia sposób postępowania BonaSoft doprowadził do tego, iż Zamawiający błędnie uznał, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu i przedstawił na to stosowne dokumenty, a w konsekwencji błędnie uznał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, czego skutkiem było wybranie oferty BonaSoft jako oferty najkorzystniejszej. Oczywistym jest, że informacje dotyczące zrealizowanych zamówień i osób, które były elementem oceny spełniania warunków udziału, mają istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, który był zobowiązany do ich weryfikacji. Takimi informacjami są w szczególności daty wykonania zamówień oraz rzetelna podmiotowo konstrukcja oferty - przypisanie konkretnych części zamówienia publicznego (usług) podwykonawcom, na których zdolności BonaSoft polega, gdyż w ramach tych usług takich zdolności wymaga SIWZ, a także niebudząca wątpliwości treść zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów i realizacji danych części zamówienia (usług). Nie sposób uznać, żeby BonaSoft działał z należytą starannością i przedstawił rzetelne dane w tym zakresie - wręcz przeciwnie - można BonaSoft zarzucić co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania BonaSoft do wyjaśnień Odwołujący podkreślał, iż przeprowadzając postanowienie o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanego ze środków publicznych, a zwłaszcza środków unijnych, Zamawiający winien dołożyć należytej staranności celem urzeczywistnienia się podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w konkretnym postępowaniu. W przeciwnym wypadku realne jest zagrożenie nałożenia na Zamawiającego korekty finansowej i obowiązku zwrotu środków unijnych - a w konsekwencji naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Nie jest dopuszczalne „przymykanie oka" na nieścisłości, wątpliwości i oczywiste niezgodności z PZP oferty (oświadczeń i dokumentów) wykonawcy, aby zrealizować zamówienie jak najszybciej lub jak najtaniej, bez względu na to czy wybrana, jedynie pozornie najkorzystniejsza, oferta spełnia wymogi SIWZ czy nie. To Zamawiający we własnym zakresie winien jest obiektywnie, profesjonalnie zweryfikować, czy oświadczenia i dokumenty wykonawcy są złożone prawidłowo, czy zaoferowany przedmiot jest zgodny z SIWZ, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący w niniejszym odwołaniu opisał szereg rozbieżności i wątpliwości, braków i sprzeczności, które nasuwają się w związku z oświadczeniami BonaSoft, a także przedstawionymi przez BonaSoft dokumentami. Takimi informacjami, które są podane wadliwie, są w szczególności informacje dotyczące podwykonawców, zakresu zamówienia publicznego, jakie mają wykonać podwykonawcy, zobowiązań podwykonawców, dat wykonania zamówień stanowiących warunek udziału etc. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie przesądza o naruszeniu ustawy PZP i przeprowadzeniu badania i oceny ofert z naruszeniem podstawowych zasad rządzących zamówieniami publicznymi: jawności i konkurencyjności, a także równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 stycznia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnośnie zarzutu 1. Zamawiający wskazał, iż zarzut niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2020 r. w sprawie KIO 1838/20 jest całkowicie bezzasadny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. W przedmiotowym wyroku z dnia 21 września 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza w istocie wskazała w sentencji wyroku katalog pytań, jakie należało skierować do wykonawcy BonaSoft, niemniej jednak, co przyznał sam Odwołujący, katalog ten miał charakter minimalny, stąd też Zamawiający w wykonaniu wyroku KIO przystąpił do powtórnego badania i oceny ofert, a tym samym pismem z dnia 23 września 2020 r. niezwłocznie wezwał wykonawcę BonaSoft do złożenia wyjaśnień zgodnie z sentencją wyroku KIO. Zamawiający wskazał, że KIO w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku podkreśliła, iż Zamawiający oczywiście nie jest ograniczony wyłącznie do wyjaśnienia okoliczności wskazanych przez Izbę, które z mocy prawa ograniczone są granicami postawionych zarzutów i wskazanymi przez zamawiającego podstawami odrzucenia. Izba wskazała natomiast niezbędne minimum do którego zachowania zamawiający będzie zobowiązany sentencją orzeczenia. Zgodnie w treścią uzasadnienia wyroku Zamawiający kolejno pismem z dnia 29 września 2020 r. wystosował wezwanie do wyjaśnienia dalszych okoliczności, jakie zaistniały, wobec udzielonych uprzednio wyjaśnień przez BonaSoft.

Zamawiający wskazał, że trudna do udowodnienia jest teza o trzykrotnym wzywaniu przez Zamawiającego

Bonasoft do wyjaśnień. Odwołujący sam wskazuje, że wezwanie
z dnia 23 marca 2020 r. było wadliwe, a wyjaśnienia Bonasoft z dnia 6 kwietnia – jak następnie wskazało KIO – następowały przy braku wiedzy wykonawcy czego chce Zamawiający. Następnie wezwanie z dnia 23 września 2020 r. – jak podnosi sam Odwołujący – nie było prawidłowe ze względu na m.in. zbyt krótki termin. Z tego względu nie można też – jak to robi Odwołujący - czynić zarzutu Bonasoft, iż wyjaśnienia z dnia 25 września 2020 r. były nierzetelne. Dopiero wezwanie z dnia 29 września 2020 r. było skutecznym wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień przez Zamawiającego.

Następnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, przepisy ustawy nie stanowią, iż wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a wiec w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy. Na potwierdzenie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2014 r. sygn. akt: KIO 1625/14. Zamawiający podkreślał, iż w żadnym momencie przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności wykonując wyrok KIO z dnia 21.09.2020 r. nie był, ani nie czuł się zwolniony z obowiązku przeprowadzenia powtórzonej czynności badania i oceny ofert.

W tym zakresie Odwołujący składa sprzeczne ze sobą tezy wskazujące raz na okoliczność „abdykowania" Zamawiającego z roli gospodarza postępowania, a w innym przypadku na jego nadgorliwość w analizie oświadczeń Bonasoft. Zamawiający podniósł, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, dokumentacja postępowania została udostępniona Odwołującemu w sposób prawidłowy, natomiast pismo wykonawcy BonaSoft z dnia 25.09.2020 r. „*urywa się na stronie 10*", bowiem dokument ten zawiera dokładnie 10 stron.

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, jakoby faworyzował wykonawcę BonaSoft w składaniu wyjaśnień w prowadzonym postępowaniu. Czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania znajdują pełne umocowanie w ustawie, a dalsze wezwania skierowane do BonaSoft miały jedynie charakter doprecyzowujący, co wprost wynika z materiału dowodowego prowadzonego postępowania. Zamawiający podniósł, iż dokonał badania i oceny wyjaśnień wykonawcy BonaSoft w sposób rzetelny
i wyczerpujący, a przede wszystkim w granicach i na podstawie ustawy oraz w oparciu
o aktualną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowym zakresie, wobec powyższego, zarzuty Odwołującego są całkowicie bezpodstawne, mają na celu jedynie subiektywną polemikę z prawidłowo przeprowadzonymi przez Zamawiającego czynnościami w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu 2. Zamawiający wskazał, że zarzut jest bezpodstawny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podkreślał, iż przeprowadził przedmiotowe postępowanie zgodnie z przepisami ustawy oraz w oparciu o wskazania wynikające
z orzecznictwa KIO, jednocześnie w kontekście postawionego zarzutu, wskazał, iż przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający żąda podania przez wykonawcę firm podwykonawców (a nie „*uzgodnionych zakresów ofert podwykonawczych*"), którzy będą brali udział w realizacji zamówienia. Wykonawca ma zatem obowiązek wskazać w ofercie firmy podwykonawców, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia, ale tylko wtedy, gdy dokonał on już ich wyboru, na dzień składania oferty. Wykonawca BonaSoft złożył oświadczenie w przedmiotowym zakresie, podkreślał, iż żaden przepis ustawy nie stanowi
o tym, iż oświadczenie to ma odzwierciedlać rzeczywisty udział podwykonawców
w wykonaniu zamówienia, co więcej, w trakcie realizacji zamówienia publicznego wykonawca może zmienić podwykonawców przy jednoczesnym założeniu, że nowy podmiot spełnia postawione przez Zamawiającego warunki. Ustawa dopuszcza zatem zmianę podmiotu wskazanego w ofercie jako przyszły podwykonawca. Zmiana taka jest możliwa zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i również na etapie jego realizacji, poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku, gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy poprzez zastąpienie go innym podwykonawcą, dopuszczając również sytuację rezygnacji
z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, mimo złożenia takiej deklaracji w ofercie. Zgodnie z przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca BonaSoft oświadczył, że polega na zdolnościach innych podmiotów, tj. Asseco Poland S.A., Integrated Solutions Sp. z o.o., Decsoft S.A., przedkładając jednocześnie zobowiązania tychże podmiotów w przedmiocie powierzenia realizacji odpowiedniej części zamówienia wraz ze wskazaniem zakresów oraz okresu udziału tych podmiotów przy wykonywaniu zamówienia publicznego przez wykonawcę BonSoft. Zobowiązanie podmiotu trzeciego musi co najmniej określać zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu oraz sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Z treści zobowiązania musi również wynikać, że podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Zamawiający szczegółowo zbadał wyżej wymienione zobowiązania podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego i w konsekwencji przyjął, iż Wykonawca BonaSoft wykazał, że spełnione zostały postawione warunki określone w SIWZ oraz nie zachodzą wobec tych podmiotów przesłanki wykluczenia z postępowania.

W zakresie zarzutu Odwołującego w przedmiocie zaakceptowania zaniżonej pracochłonności wykonania poszczególnych elementów oprogramowania oraz zaakceptowania zaniżonej wyceny osobodnia (osobogodziny) zarówno w ramach usługi rozwoju, jak i w ramach wszystkich innych usług i czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, Zamawiający podniósł, iż zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny oraz dodatkowo niepoparty żadnymi konkretnymi wyliczeniami i dowodami i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zaniżonej zdaniem Odwołującego pracochłonności wykonania poszczególnych elementów SOPZ Zamawiający wskazał, że dokonał oceny pracochłonności oferty BonaSoft oraz oferty Comarch względem własnych założeń i nie uznał, aby zakładana w obu tych ofertach pracochłonność istotnie odstawała od analiz Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający przekazał (tylko dla wiadomości KIO ze względu na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach RNC obu wykonawców) szczegółowe porównanie zakładanych pracochłonności oraz innych czynników cenotwórczych. (…) Tak więc wszelkie zarzuty Odwołującego, co do nieprawidłowego skalkulowania pracochłonności np. w zakresie dostosowywania do zmian prawnych czy w innych obszarach są bezpodstawne.

W zakresie ceny za roboczodzień Zamawiający wskazał, że stawki wynagrodzenia dla poszczególnych specjalistów zostały udowodnione przez Bonasoft (…). Zamawiający nie miał żadnych podstaw, żeby kwestionować przyjęte przez Wykonawcę stawki. (…)

W zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego stawki za roboczogodzinę w ramach usługi rozwoju, Zamawiający wskazał na bezpodstawne i nieznajdujące uzasadnienia
w dokumentacji przekazanej przez BonaSoft kalkulacje stawki poprzez sztuczne wydzielanie ze stawki wynagrodzenia z tytułu przeniesienia praw autorskich. Zamawiający jeszcze raz podkreśla, że przeanalizował z ponadstandardową starannością całość wyjaśnień Bonasoft
i stwierdził, że oferta ta obejmuje całość wymaganych przez SIWZ prac, a przedstawione pracochłonności oraz pozostałe koszty są realne i odzwierciedlają realia rynkowe.

W zakresie zarzutu 3. Zamawiający wskazał, że zarzut nie znajduje uzasadnienia faktycznego ani prawnego. Zamawiający podniósł, że w wyroku KIO 1082/19 z dnia 2 lipca 2019 r. (podobnie np. wyroku KIO 1073/18 z dnia 12 czerwca 2018 r.) wskazano, że przepisy art. 36a, art. 36b oraz art. 36ba ustawy Pzp nie statuują bezwzględnego obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac i to pod rygorem odrzucenia oferty. Przeciwnie, ich brzmienie literalne jasno wskazuje, że zamawiający jest uprawniony jedynie do ustalenia w SIWZ obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców, którzy nie udostępniają wykonawcy swych zasobów, jedynie w sytuacji, gdy podwykonawcy ci są znani wykonawcy w dniu przygotowania i składania ofert. Również ustalenie zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę w sytuacji braku szczególnych wymagań zamawiającego, w tym zastrzeżenia części prac do osobistego wykonania przez podwykonawcę zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp ma charakter informacyjny. Skoro bowiem - jak wynika z art. 36b ust. 1 oraz art. 36a ust. 1a ustawy Pzp - decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet
w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący. Postępowanie
o udzielenie zamówienia ma charakter służebny wobec umowy w sprawie zamówienia publicznego i zmiany w zakresie sposobu wykonania zobowiązania przez wykonawcę dopuszczalne na etapie realizacji kontraktu tym bardziej są dozwolone na etapie badania ofert w sytuacji braku odmiennych wymagań zamawiającego wynikających wprost z ustawy (arg. a maiori ad minus).

Zamawiający podnosił, iż twierdzenia Odwołującego jakoby wykonawca BonaSoft nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XI pkt 3.2.2.1. b) SIWZ nie są prawdziwe. BonaSoft na spełnienie przedmiotowego warunku przedstawił bowiem realizację trzech usług (usługa nr 3, 4, 5 wykazu usług BonaSoft).

Zamawiający, w ramach badania przedmiotowego dokumentu oraz okoliczności na jakie został przedstawiony, w dniu 26.11.2020 r. zwrócił się z prośbą o potwierdzenie zakresu wykonania ww. usług do wszystkich podmiotów, na rzecz których były one realizowane i od wszystkich trzech podmiotów otrzymał stosowne informacje zwrotne, które umożliwiły rzetelne badanie i w konsekwencji ocenę oferty. Na mocy pozyskanych informacji,
w kontekście zarzutu Odwołującego, jakoby BonaSoft nie spełnił ww. warunku udziału
w postępowaniu, Zamawiający doszedł do następującego wniosku: dowód przedstawiony przez BonaSoft na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego
w rozdziale XI pkt 3.2.2.1. b) SIWZ, tj. protokół potwierdzający należyte wykonanie usługi wskazanej w pkt 2) przez firmę Asseco wraz z oświadczeniem BonaSoft na tę okoliczność pozostają *de facto* bez znaczenia dla istoty sprawy, bowiem na okoliczność spełnienia przedmiotowego warunku BonaSoft skutecznie wykazał dwie inne usługi. Wniosek Odwołującego o wystosowanie wezwania do BonaSoft w żądanym zakresie jest zatem całkowicie bezprzedmiotowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,
co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego BonaSoft o odrzucenie odwołania
w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. i 2. *petitum* odwołania jako spóźnionego. BonaSoft wskazywał w szczególności, że wezwanie do wyjaśnień ceny oferty skierowane do BonaSoft po wyroku KIO z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20, miało miejsce
23 września 2020 r., tym samym Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w terminie 10 dni od dnia, w którym powziął wiedzę o treści i zakresie wezwania skierowanego do BonaSoft. Przystępujący BonaSoft podnosił, iż za spóźniony należy uznać także zarzut zawarty w punkcie 2. *petitum* odwołania w zakresie w jakim dotyczył on stawki za jedną roboczogodzinę świadczenia usługi rozwoju, bowiem bazował na jawnej od dnia
4 maca 2020 r. stawce wskazanej w formularzu ofertowym BonaSoft. Przystępujący uzasadniał, że stawka w wysokości 123 zł brutto za świadczenie usług rozwojowych, do której odniósł się w wyjaśnieniach ceny z kwietnia 2020 r. nie stanowiła późniejszej, niezasadnej (jak stwierdziła KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 1838/20) podstawy odrzucenia oferty BonaSoft, co miało miejsce 24 lipca 2020 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z kolei stosownie do treści art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, cdwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu
o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Odnosząc się do ww. wniosku Przystępującego w przedmiocie odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu 1. wskazać należy, iż z treści odwołania wynika, że czynnością, którą zakwestionował Wykonawca w ramach przysługujących mu środków ochrony prawnej było wadliwe przeprowadzenie procedury wyjaśnień ceny oferty BonaSoft, a nie treść wezwania skierowanego do BonaSoft pismem z dnia 23 września 2020 r. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału
w postępowaniu. Nie zostało zakwestionowane przez przeciwników procesowych Odwołującego, iż o treści wezwań z dnia 23 i 29 września 2020 r. wystosowanych do BonaSoft, stanowiących w myśl ww. przepisu załączniki do protokołu, odwołujący się Wykonawca dowiedział się po wyborze oferty BonaSoft jako najkorzystniejszej w dniu
10 grudnia 2020 r., który to wybór był jednocześnie pierwszym wyborem oferty tego wykonawcy. Tym samym to od daty wyboru oferty BonaSoft należało liczyć termin na wniesienie odwołania, w ramach którego Odwołujący zakwestionował błędy w procedurze wyjaśnień ceny. Dostrzec należy, iż w dacie 23 września 2020 r. procedura wyjaśnień ceny oferty nie została zakończona przez Zamawiającego.

Brak było również podstaw do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu 2. Izba wskazuje, iż to, że stawka za usługi rozwoju zaoferowana przez BonaSoft była znana już
w chwili otwarcia ofert (marzec 2020 r.) nie oznacza, że już wtedy Odwołujący winien zakwestionować jej wysokość. Wniesione odwołanie w takich okolicznościach należałoby uznać za przedwczesne, bowiem w istocie nie zmaterializowałaby się czynność czy też zaniechanie Zamawiającego, od której przysługiwałoby odwołanie. Słusznie w powyższym zakresie twierdził Odwołujący, iż dopiero po zakończeniu całościowej procedury wyjaśnień ceny oferty złożonych przez BonaSoft, odwołujący winien zaskarżyć jeden z elementów kalkulacyjnych ceny oferty BonaSoft, zwłaszcza, że oferta ww. wykonawcy po raz pierwszy została uznana za najkorzystniejszą 10 grudnia 2020 r. Tym samym, to od tej daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
#x200eo której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BonaSoft
Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 23 grudnia 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz
z wyjaśnieniami oraz zmianami, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy BonaSoft, ofertę Odwołującego, wezwanie do wyjaśnień ceny oferty z dnia 23 marca 2020 r. skierowane do wykonawcy BonaSoft oraz Comarch, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia
6 kwietnia 2020 r. złożone przez BonaSoft, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 6 kwietnia 2020 r. złożone przez Odwołującego, wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 709/20 i 715/20,pisma Zamawiającego z dnia 3 lipca 2020 r. skierowane do wykonawcy BonaSoft, zawiadomienie o odrzuceniu oferty BonaSoft z dnia 24 lipca 2020 r., wyrok KIO
z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20, wezwanie BonSoft do wyjaśnień ceny oferty z dnia 23 września 2020 r., wyjaśnienia ceny oferty BonaSoft z dnia 25 września 2020 r., pismo Zamawiającego z dnia 29 września 2020 r. dotyczące uwzględnienia odwołania BonaSoft od czynności wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na udzielenie wyjaśnień ceny oferty, wezwanie wykonawcy BonaSoft do wyjaśnień ceny oferty z dnia 29 września 2020 r. wyjaśnienia ceny oferty BonaSoft z dnia 9 października 2020 r., wezwanie wykonawcy BonaSoft w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów, oświadczenia i dokumenty złożone przez BonaSoft w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 października 2020 r. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 i 25 stycznia 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy złożone przez Odwołującego:
1. opracowanie własne zawierające mapowanie komponentów na usługi MSIM;
2. opracowanie własne zawierające listę platform regionalnych wraz z protokołami odbioru platform;
3. wyciąg z załącznika nr 1 do OPZ dotyczący Platformy Wielkopolskiej;
4. opracowanie własne zawierające standardy interoperacyjności Platformy Regionalnej
w Wielkopolsce oraz Platformy Regionalnej MSIM;
5. protokół odbioru Platformy Wielkopolskiej;
6. złącznik zawierający OPZ Platformy Wielkopolskiej;
7. opracowanie własne na podstawie sprawozdań finansowych Asseco Poland S.A. wraz
z wyciągami ze sprawozdań finansowych;
8. formularz ofertowy Asseco Poland S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez ZUS w 2019 r. wraz z formularzem cenowym;
9. formularz cenowy Asseco Poland S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez ZUS w 2017 r.;
10. informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Miasto Katowice w 2017 r.;
11. 3 wykresy dotyczące zarobków programistów w 2019 r. z portalu www.nofluffjobs.com;
12. wyciąg z odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz ArchiDOC MED
Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Województwo Wielkopolskie w 2019 r. wraz z protokołem posiedzenia w sprawie o sygn. akt KIO 1131/19.
Izba włączyła również do materiału sprawy pismo Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2021 r. stanowiące wykonanie zobowiązania Izby w zakresie dokumentacji postępowania objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy BonaSoft, odpowiedź na odwołanie wraz
z załącznikami, tj.:
1. zestawienie czynników cenotwórczych oferty BonaSoft – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;
2. zobowiązania trzech podmiotów (zobowiązanie IS jawne, pozostałe dwa zobowiązania objęte tajemnicą przedsiębiorstwa);
3. tabelaryczne porównanie zakładanych pracochłonności oraz innych czynników cenotwórczych – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:
Przedmiot zamówienia został szczegółowo określony w załączniku nr 8 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) oraz we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ.
Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie Platformy MSIM na potrzeby projektu pn. „Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM)” oraz realizacji innych usług koniecznych do funkcjonowania Platformy MSIM.

Termin realizacji całego przedmiotu zamówienia został wskazany na okres 78 miesięcy.

Zamówienie dzieli się na dwie części:

1. Część I - Budowa i wdrożenie Platformy MSIM, która zakończy się produkcyjnym uruchomieniem Platformy MSIM oraz produkcyjnym podłączeniem do niej Partnerów – zadanie realizowane w trybie przyrostowym w terminie do 18 miesięcy od daty podpisania umowy;
2. Część II - Utrzymanie i Gwarancja Platformy MSIM, które realizowane będzie od dnia zakończenia Części Zamówienia przez okres 60 miesięcy.

W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie do realizacji poniższych usług:
1. Budowa i dostarczenie oprogramowania Platformy MSIM;
2. Dostawa, instalacja i konfiguracja infrastruktury techniczno-systemowej zapewniającej działanie Platformy MSIM;
3. Usługa konfiguracji i utrzymania środowiska ewaluacji;
4. Przeprowadzenie szkoleń;
5. Usługa wsparcia integracji Systemów lokalnych Partnerów projektu MSIM z Platformą MSIM, w tym przeprowadzenie 2 warsztatów Projectathon;
6. Świadczenie usługi kolokacji dla infrastruktury techniczno-systemowej Platformy MSIM;
7. Utrzymanie infrastruktury techniczno-systemowej oraz Platformy MSIM, w tym świadczenia usług I-szej oraz II-giej linii wsparcia Platformy MSIM;
8. Usługa przekazania Platformy MSIM;
9. Usługi gwarancji;
10. Usługi rozwoju oprogramowania Platformy MSIM realizowane na zlecenia Zamawiającego w wymiarze nie większym niż 5000 roboczogodzin w terminie od daty podpisania Umowy do terminu zakończenia Etapu IV;
11. Usługi rozwoju oprogramowania Platformy MSIM realizowane na zlecenia Zamawiającego w wymiarze 1500 roboczogodzin rocznie, realizowane w ramach Etapu V. Zamawiający ma możliwość elastycznego wykorzystania dostępnej puli roboczogodzin
w toku trwania Etapu V, tzn. może wykorzystać je wcześniej, a roboczogodziny niewykorzystane w danym roku powiększają dostępną pulę na lata kolejne.

Zamawiający mając na uwadze potrzebę zapewnienia kontroli realizacji prac Wykonawcy oraz ich koordynację z innymi pracami prowadzonymi w celu uruchomienia Platformy MSIM dokonał podziału realizacji Umowy na Etapy. Zamawiający zidentyfikował następujące Etapy:
1. Etap I – Wymiana EDM;
2. Etap II – Aplikacje Portalowe;
3. Etap III – e-Rejestracja ;
4. Etap IV – Wtórne wykorzystanie danych;
5. Etap V – Utrzymanie i gwarancja.

Szczegółowy opis warunków świadczenia usług rozwoju oraz usług utrzymania określał załącznik nr 3 do SOPZ.
Zgodnie z rozdziałem XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 SIWZ, Zamawiający uzna warunek
w zakresie doświadczenia wykonawcy za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że
w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie, co najmniej:
a) 1 usługę o wartości co najmniej 3 mln zł brutto, polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego o wartości systemu co najmniej 3 mln zł brutto (bez uwzględnienia kosztów dostawy infrastruktury techniczno-systemowej) realizującego elektroniczną wymianę jednostkowych danych medycznych i/lub dokumentacji medycznej w postaci elektronicznej za pośrednictwem interfejsów komunikacyjnych pomiędzy podmiotami wykonującymi działalność leczniczą;
b) 1 usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne;
c) 1 dostawę infrastruktury techniczno-systemowej (zawierającej co najmniej serwery, urządzenia sieciowe, macierz dyskową) wraz z usługą skonfigurowania jej w klaster wysokiej dostępności o łącznej wartości dostawy wraz z usługą skonfigurowania co najmniej 3 mln zł brutto;
d) 1 usługę utrzymania systemu informatycznego, przez okres co najmniej 12 miesięcy, polegającą na zapewnieniu jego niezawodnej pracy zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie co najmniej 99%.
UWAGA 1: Ilekroć w powyższych warunkach wskazano na określone pojęcia to należy przez nie rozumieć:
- Jednostkowe dane medyczne – w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia Dz.U. z 2019.408 t.j. z dnia 2019.03.01
- Dokumentacja medyczna – w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r.
o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta Dz.U.2019.1127 t.j. z dnia 2019.06.17 i/lub elektroniczna dokumentacja medyczna w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia Dz.U. z 2019.408 t.j. z dnia 2019.03.01.
Wykonawca winien jest wskazać dokładne nazwy zrealizowanych usług, które pozwolą na jednoznaczną identyfikację usług, potwierdzających spełnienie warunku udziału
w postępowaniu. W przypadku wykazania przez Wykonawcę usługi będącej w trakcie wykonywania, za spełnienie ww. warunku Zamawiający uzna wdrożenie stanowiące całość
i będące ostatecznie zakończone i odebrane, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie.
UWAGA 2: W przypadku, gdy wartość usługi jest wyrażona w walucie innej niż PLN, w celu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej Zamawiający dokona przeliczenia wskazanej kwoty na PLN według średniego kursu Narodowego Banku Polskiego obowiązującego w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.
Zgodnie z rozdziałem XII pkt 5 ppkt 8 SIWZ, w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia wykazu usług (załącznik nr 3 do SIWZ) wraz
z dowodami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W dniu 4 marca 2020 r. upłynął termin składania ofert. Zgodnie z sekcją II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu wartość szacunkowa zamówienia (bez VAT) stanowiła 22 324 241,50 zł.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 3 wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 25 656 696,18 zł, BonaSoft z ceną 19 987 500 zł oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S&T Poland Sp. z o.o. oraz GABOS SOFTWARE Sp. z o.o. z ceną 32 522 712,90 zł.

Wykonawca BonaSoft w formularzu ofertowym wskazał, że cena 1 (jednej) roboczogodziny za świadczenie Usług Rozwoju: brutto 123,- zł (słownie: sto dwadzieścia trzy złote), w tym należny podatek VAT 23%; w tym z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych 36,90 zł brutto (słownie: trzydzieści sześć złotych 90/100).

Wykonawca BonaSoft wraz z ofertą złożył załącznik nr 6, w którym wskazał, że wykona zamówienie za pomocą podwykonawców. Zgodnie z % podanymi przez BonaSoft:

1) 20% zamówienia ma wykonać Asseco Poland S.A., przy czym Asseco odpowiedzialne jest za wykonanie i wdrożenie oprogramowania. Asseco będzie brało udział w realizacji zamówienia, wykonując część oprogramowania i usług, szczególnie w zakresie: Rejestr Pacjentów (MPI), Rejestr Personelu oraz w innym zakresie w jakim zostanie to uzgodnione
z wykonawcą i zgodnie z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ.

2) 5% zamówienia ma wykonać Integrated Solutions Sp. z o.o., przy czym IS odpowiedzialne jest za dostawę infrastruktury sprzętowej. IS będzie realizował zamówienie w obszarze dostawy i instalacji sprzętu wg uzgodnień z wykonawcą i zgodnie z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ.

3) 40% zamówienia ma wykonać Decsoft S.A., przy czym Decsoft odpowiedzialne jest za dostawę infrastruktury sprzętowej, usług kolokacji i relokacji. Decsoft będzie realizował zamówienie w obszarze dostawy i instalacji sprzętu, usług kolokacji i relokacji wg uzgodnień z wykonawcą i zgodnie z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ.

Z powyższego wynika zatem, że 35% zamówienia wykona BonaSoft.

Jednocześnie wraz z ofertą BonaSoft złożył zobowiązania podmiotów trzecich, w tym Integrated Solutions, którego treść była jawna oraz Asseco Poland S.A., którego treść została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i nieodtajniona przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego oraz jawna była jednak okoliczność, iż jednym z podmiotów trzecich wykonawcy BonaSoft było Asseco, co też wynikało z innych niezastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez BonaSoft, w tym w szczególności załącznika nr 6 do SIWZ, nazw podmiotów trzecich wynikających z JEDZ oraz wykazu usług (załącznik nr 3 do SIWZ).

Z treści zobowiązania IS wynika, że podmiot ten odda wykonawcy BonaSoft do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. IS udostępnia doświadczenie w wykonawstwie dostaw: jedną dostawę infrastruktury techniczno-systemowej (zawierającą co najmniej serwery, urządzenia sieciowe, macierz dyskową) wraz z usługą skonfigurowania jej w klaster wysokiej dostępności o łącznej wartości dostawy wraz z usługą skonfigurowania o wartości co najmniej 3 mln zł brutto. Charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający
z Wykonawcą: umowa o podwykonawstwo. Sposób wykorzystania w/w zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: Udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji Wykonawcy w celu realizacji Zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w dokumentacji przetargowej. Mogą one zostać wykorzystane przez Wykonawcę w trakcie realizacji Zamówienia w zależności od potrzeb Zamawiającego oraz Wykonawcy w formie przez niego wymaganej i koniecznej do należytego wykonania Zamówienia. Spółka Integrated Solutions będzie brała udział w realizacji części zamówienia w obszarze dostawy sprzętu. Zakres
i okres udziału podmiotu udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia: Spółka zobowiązuje się do wsparcia Wykonawcy w realizacji zamówienia w zależności od bieżących potrzeb Zamawiającego oraz Wykonawcy, wynikających z wykonywania zamówienia, przez cały okres obowiązywania umowy między Wykonawcą i Zamawiającym. Spółka będzie także brała udział w realizacji zamówienia, w obszarze dostawy sprzętu, wg wymagań Zamawiającego wynikających z treści SIWZ.

W dniu 23 marca 2020 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę Comarch oraz BonaSoft do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej obejmującej 22 arkusze Excel.

Od powyższej czynności Zamawiającego odwołanie wniósł Odwołujący oraz BonaSoft.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r. wykonawca BonaSoft oraz Odwołujący złożyli wyjaśnienia ceny oferty wraz z dowodami, które zostały w znaczącej mierze objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nieodtajnione przez Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Izba nie przywołuje treści wyjaśnień i dowodów złożonych przez Wykonawców.

Wyrokiem z dnia 16 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 709/20 oraz 715/20 Izba uwzględniła oba odwołania i nakazała Zamawiającemu w sprawie o sygn. akt: KIO 709/20 unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, w części, w której Zamawiający narzuca Odwołującemu (BonaSoft) sposób dokonania tychże wyjaśnień, a w sprawie o sygn. akt: KIO 715/20 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego (Konsorcjum Comarch) do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wezwania wykonawcy BonaSoft z dnia 23 marca 2020 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w części, w której Zamawiający narzucił Wykonawcy sposób dokonania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie pismem z dnia 3 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował BonaSoft, iż przyjęto wyjaśnienia Wykonawcy złożone pismem
z dnia 6 kwietnia 2020 r. wraz z dowodami oraz przystąpiono do badania i oceny złożonych dokumentów.

W dniu 24 lipca 2020 r. Zamawiający zawiadomił BonaSoft o odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przy jednoczesnym wypełnieniu przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Od powyższej czynności Zamawiającego odwołanie wniósł wykonawca BonaSoft.

Wyrokiem z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20 Izbauwzględnia odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Bonasoft z dnia 24 lipca 2020 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
wezwanie wykonawcy Bonasoft w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia następujących okoliczności:

1. Kto świadczy usługę kolokacji w zakresie zamówienia podstawowego i jaki koszt tej usługi został skalkulowany przez odwołującego w ofercie?
2. W ramach których etapów będzie realizowana usługa utrzymania przez podwykonawcę, którego dotyczy dowód D11, w okresie 60 miesięcy, a także w jaki sposób zostanie ona zapewniona w pozostałym wymaganym zakresie przez dokumentacje postępowania tj.
w ciągu pozostałych 14 miesięcy ?,
3. Przedstawienia kto (odwołujący, podwykonawcy, którzy) wykona, jakie komponenty Platformy MSIM wraz z

przypisaniem kosztu wytworzenia komponentów każdej z firm odpowiedzialnej za ich wytworzenie? Wskazanie, jakie komponenty wykona podwykonawca w ramach oprogramowania typu EDM?
4. Kto i za jaką kwotę będzie świadczył usługę utrzymania do oprogramowania objętego dowodem D15?
5. Czy usługi opisane w pkt. 3 dowodu D11 dotyczą całości projektu, czy tylko oprogramowania licencjonowanego przez podwykonawcę?
6. Jaki jest koszt świadczenia usługi utrzymania dla oprogramowania przeglądarki DICOM, na jaki okres przewidziano świadczenie tej usługi utrzymania i kto będzie tę usługę świadczył?
7. Czy dowód D12 dotyczy usług gwarancyjnych producenta sprzętu i oprogramowania czy też usług utrzymania infrastruktury techniczno – systemowej opisanej w załączniku nr 3 do SOPZ i jaki jest koszt tych usług.
8. Czy pkt. 3 litery b-f dowodu D12 dotyczą wyłącznie dostaw tego podwykonawcy czy całości infrastruktury techniczno-systemowej i jaki jest ich koszt?
oraz wezwania Odwołującego Bonasoft w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia: Jakie komponenty Platformy MSIM wykona podwykonawca, którego dotyczy dowód D11 i jak odwołujący wyjaśni rozbieżność pomiędzy załącznikiem nr 6 do siwz i zobowiązaniem do udostępniania zasobu, a dowodem D11? Czy do zakresu podwykonawstwa tego podwykonawcy należy wykonanie funkcjonalności MPI w zakresie opisanym w pkt. 1.1.6 załącznika nr 1 do SOPZ, w szczególności algorytmów wykrycia podwójnego rekordu pacjenta?
Pismem z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający poinformował BonaSoft
o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie pismem z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę BonSoft do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz ceny oferty zgodnie z sentencją wyroku Izby z dnia 21 września 2020 r.

Pismem z dnia 25 września 2020 r. wykonawca BonaSoft w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył wyjaśnienia ceny oferty kwestionując jednocześnie wyznaczony przez Zamawiającego termin na złożenie wyjaśnień. Izba nie przywołuje treści ww. pisma z uwagi na to, iż zawierało ono tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 29 września 2020 r. wykonawca BonaSoft wniósł odwołanie, kwestionując wyznaczony przez Zamawiającego 2 – dniowy termin na złożenie wyjaśnień ceny oferty.

Pismem z dnia 29 września 2020 r. Zamawiający poinformował BonaSoft
o uwzględnieniu odwołania i unieważnieniu w części czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu wykonawcy BonaSoft na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w przedmiocie zakreślonego przez Zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień – do dnia 25 września 2020 r. do godz. 12:00. Zamawiający poinformował, że złożone w dniu 25 września 2020 r. wyjaśnienia przyjął do badania oraz oceny, jednocześnie uznając odwołanie z dnia 29 września 2020 r. wyznaczył Wykonawcy termin na złożenie uzupełnienia ww. wyjaśnień, do dnia 9 października 2020 r. do godz. 12:00.

Pismem z dnia 29 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BonaSoft na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia dalszych wyjaśnień ceny oferty oraz treści oferty. Ww. pismo zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy BonaSoft, tym samym Izba nie przywołuje jego treści.

Pismem z dnia 9 października 2020 r. wykonawca BonaSoft przedstawił wyjaśnienia ceny oferty wraz z dowodami. Ww. pismo zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy BonaSoft, tym samym Izba nie przywołuje jego treści.

Pismem z dnia 27 października 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BonaSoft
na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, wykonawca BonaSoft złożył m.in. wykaz usług (załącznik nr 3 do SIWZ) na potwierdzenie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 SIWZ wraz
z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.
W dniu 10 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BonaSoft. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż odrzuceniu podlegał zarzutu naruszenia
art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 193 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1838/20.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, żeodwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie
z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba wskazuje, iż nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, że pismem z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BonaSoft w trybie
art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz ceny oferty zgodnie z sentencją wyroku Izby z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20. W ww. wyroku Izba wskazała w sentencji katalog pytań, które należało skierować do wykonawcy BonaSoft, co też Zamawiający uczynił pismem z dnia 23 września 2020 r., wykonując tym samym wyrok Izby. W ocenie Izby okoliczność, iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 września 2020 r. skierowanym do BonaSoft ograniczył się wyłącznie do katalogu pytań wskazanych przez Izbę w ww. orzeczeniu nie oznacza, że Zamawiający nie dokonał powtórnej oceny i badania oferty wykonawcy BonaSoft, a w konsekwencji, że wyrok nie został wykonany prawidłowo.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż przedmiotowy zarzut odnoszący się do ww. okoliczności faktycznych podlegał odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.
Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BonaSoft na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę, gdyż Zamawiający błędnie ocenił złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia oraz dowody, jak również zarzut wadliwego przeprowadzenia procedury wyjaśnień ceny oferty wykonawcy BonaSoft poprzez naruszenie zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

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

Stosownie do treści 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 szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U.
   z 2018 r.);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe
i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Dalej wskazać należy, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę BonaSoft wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę nie jest rażąco niska. W tym miejscu wskazać należy, iż z uwagi na skuteczne (niewzruszone przez Odwołującego oraz nieodtajnione przez Zamawiającego) objęcie przez wykonawcę BonaSoft tajemnicą przedsiębiorstwa zasadniczej części wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r., 25 września 2020 r. oraz
9 października 2020 r. wraz z dowodami, brak jest możliwości szczegółowego odniesienia się do poszczególnych aspektów tych wyjaśnień.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby przeprowadzona przez Zamawiającego procedura wyjaśnień ceny oferty wykonawcy BonaSoft, w szczególności dokonana po wyroku KIO z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20, była wadliwa wobec naruszenia zasady jednokrotnego wezwania do wyjaśnień ceny. Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie określają liczby wezwań do wyjaśnień ceny oferty, które mogą zostać wystosowane do wykonawcy. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień
w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską cenę lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wystosowane przez zamawiającego wezwanie miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też budziły wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 758/20, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 489/19, wyrok KIO z dnia
2 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 480/19, wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 466/17).

Ograniczeniem dla ponownego wszczęcia procedury wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy uprzednio złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 20 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1847/17). Należy stwierdzić, że taka sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Wykonawca BonaSoft w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego z 23 marca 2020 r., którego treść została skutecznie zakwestionowana na drodze środków ochrony prawnej, przedstawił szerokie, wielowątkowe, poparte dowodami wyjaśnienia ceny oferty. Treść złożonych przez BonaSoft wyjaśnień wymagała jednak kontynuowania procedury poziomu ceny, o czym przesądziła Izba w wyroku z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20, jednoznacznie przy tym wskazując, iż Zamawiający nie jest ograniczony wyłącznie do wyjaśnienia okoliczności wskazanych przez Izbę, które z mocy prawa ograniczone są granicami postawionych zarzutów i wskazanymi przez Zamawiającego podstawami odrzucenia oferty BonaSoft. Dalej nie można pominąć, iż wezwanie skierowane do BonaSoft po wyroku KIO z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20 obarczone było błędem polegającym na wyznaczeniu Wykonawcy zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień (2 dni), co zresztą przyznał sam Odwołujący. Tym samym nie można tracić z oczu tego, że wykonawca BonaSoft składał Zamawiającemu wyjaśnienia ceny w terminie nierealnym (2 dni), co też skutkowało ponownym skorzystaniem przez BonaSoft ze środków odwoławczych, w wyniku których Zamawiający uwzględnił żądanie BonaSoft i przedłużył termin na złożenie stosownych wyjaśnień do 9 października 2020 r.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w tym w szczególności krótki termin na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny sygnalizowany przez BonaSoft w toku postępowania
o udzielenie zamówienia, nie można zdaniem Izby czynić zarzutu, że w wezwaniu z dnia
29 września 2020 r. Zamawiający ponownie wskazał BonaSoft na konieczność złożenia dowodów, które nie zostały złożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 września 2020 r. Dostrzec należy, iż termin na złożenie dowodów na poparcie

twierdzeń wynikających
z pisma z 25 września 2020 r. upływał *de facto* 9 października 2020 r., bowiem do tego dnia Zamawiający wydłużył BonaSoft termin na udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, konwalidując tym samym czynność wezwania z dnia 23 września 2020 r. w zakresie wyznaczonego terminu. Trudno zatem uznać, jak oczekiwałby Odwołujący, iż dowody złożone przez BonaSoft w wydłużonym przez Zamawiającego do 9 października 2020 r. terminie były spóźnione i winny zostać pominięte przy ocenie wyjaśnień poziomu ceny. Zdaniem składu orzekającego wyjaśnienia złożone przez BonaSoft pismem z dnia
25 września 2020 r. pisane „pod presją czasu" oraz złożone w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, by uniknąć ewentualnego odrzucenia oferty, należy czytać kompleksowo i łącznie z wyjaśnieniami i dowodami złożonymi 9 października 2020 r.
W świetle powyższego nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez BonaSoft pismem
z dnia 25 września 2020 r. były niekompletne czy nierzetelne, skoro zostały złożone w ściśle określonych okolicznościach faktycznych zdeterminowanych w znaczącej mierze wyznaczonym przez Zamawiającego krótkim terminem. Co więcej, trudno postawić Zamawiającemu zarzut, iż przystąpił od razu do badania i oceny wyjaśnień złożonych przez BonaSoft pismem z dnia 25 września 2020 r., a następnie wezwał BonaSoft pismem z dnia 29 września 2020 r. do wyjaśnienia dalszych okoliczności, jakie zaistniały, wobec udzielonych uprzednio wyjaśnień. Z czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu można wywieść wniosek, iż Zamawiający oczekiwał złożenia przez BonaSoft kompletnych wyjaśnień do 9 października 2020 r. Dostrzec należy, iż hipotetycznie możliwa i prawnie dopuszczalna byłaby sytuacja, w której po analizie złożonych przez BonaSoft wyjaśnień
z 9 października 2020 r. powstałyby dalsze wątpliwości wymagające wyjaśnienia, przy czym każdorazowo należy mieć na uwadze treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz zakres wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wezwanie skierowane do BonaSoft pismem z dnia 29 września 2020 r., miało stanowić próbę ratowania oferty BonaSoft przed jej odrzuceniem z postępowania oraz naruszało fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Analiza całokształtu czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym treść wezwań kierowanych do BonaSoft, nieprawidłowe odrzucenie oferty ww. Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, kontynuowanie procedury wyjaśnień poziomu ceny potwierdza jedynie, że Zamawiający
w sposób wyjątkowo wszechstronny zbadał cenę zaoferowaną przez BonaSoft za wykonanie zamówienia. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy wskazać również należy, iż wezwanie do wyjaśnienia poziomu ceny wystosowane do BonaSoft pismem z dnia 29 września 2020 r. było jedynym wezwaniem skierowanym do Przystępującego, które nie zostało zakwestionowane za pomocą środków ochrony prawnej.

Dalej Izba wskazuje, że Odwołujący nie zakwestionował wezwania skierowanego do BonaSoft w dniu 29 września 2020 r. w pełnym zakresie. Lektura odwołania prowadzi do wniosku, że jedyna okoliczność, którą Odwołujący skonkretyzował w ww. zakresie dotyczyła pytania zawartego w punkcie 1. przedmiotowego pisma, w którym Zamawiający wymagał wyjaśnienia, czy podane przez BonaSoft w wyjaśnieniach z dnia 25 września 2020 r. kwoty były kwotami netto czy brutto, w szczególności w zakresie ad. 3. Błędne są wyobrażenia Odwołującego, iż wykonawca BonaSoft nie wskazał w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach cenowych, czy dane kwoty były kwotami netto czy brutto. Przeczy temu treść głównych wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r., w których jednoznacznie wskazano (przede wszystkim w tabelach) jakimi kwotami posługuje się Wykonawca oraz dalsze wyjaśnienia składane przez BonaSoft. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż niewskazanie w jednym z punktów wyjaśnień ceny oferty sporządzanych w dużym reżimie czasowym, czy podane przez BonaSoft kwoty są kwotami netto czy brutto świadczy o braku rzetelności złożonych wyjaśnień i winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy. W ocenie Izby powyższe pytanie Zamawiającego zawarte w punkcie 1. pisma z dnia 29 września 2020 r. potwierdzało, że Zamawiający wnikliwie badał składane mu wyjaśnienia ceny. W końcu wskazać należy, iż sposób zbudowania ceny ofertowej BonaSoft z uwzględnieniem kwot netto/brutto/VAT poszczególnych elementów obrazuje złożony przez Zamawiającego dowód pn. „Zestawienie czynników cenotwórczych oferty BonaSoft" (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) opracowany właśnie na podstawie wyjaśnień BonaSoft.

Izba stwierdza, że pozostałe okoliczności faktyczne podnoszone przez Odwołującego dotyczące poszczególnych punktów wezwania z dnia 29 września 2020 r., szczegółowo omawiane podczas rozprawy w dniu 14 stycznia 2021 r., nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Izbę jako wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Rację miał Przystępujący, że ogólnych twierdzeń Odwołującego dotyczących treści wezwania z dnia 29 września 2020 r. zawartych na stronie 15. odwołania nie sposób uznać za konkretyzację zarzutu dotyczącego wadliwie przeprowadzonej procedury wyjaśnień ceny oferty.

Podsumowując powyższe Izba wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie stwierdziła, by wezwanie z dnia 29 września 2020 r. skierowane do wykonawcy BonaSoft w przedmiocie wyjaśnień ceny oferty stworzyło wykonawcy bezpodstawną szansę do wyjaśnienia i złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość i rzetelności kalkulacji cenowej. Czynności Zamawiającego znajdowały umocowanie w przepisach ustawy Pzp oraz orzecznictwie Izby i prowadziły do wszechstronnego zbadania i oceny wyjaśnień złożonych przez BonaSoft.

Przechodząc do oceny złożonych przez BonaSoft wyjaśnień ceny, Izba wskazuje, iż nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego uchybień w zakresie przeprowadzonej oceny tych wyjaśnień. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i czyniły zadość wymaganiom wskazanym w treści wezwań Zamawiającego,
a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z dochowaniem należytej staranności. Izba podkreśla, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie ograniczały się do lakonicznego przedstawienia poszczególnych elementów cenowych, których wyjaśnienia Zamawiający wymagał od wykonawcy, ale stanowiły szeroki wywód pozwalający w sposób pozytywny ocenić ich treść, jak również wywieść wniosek co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Złożone przez BonaSoft wyjaśnienia zawierały konkretne wyliczenia poszczególnych pozycji składających się na cenę zaoferowaną przez wykonawcę za realizację zamówienia, stanowiących jednocześnie najważniejsze elementy cenotwórcze. Ponadto złożone przez BonaSoft wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały poparte licznymi dowodami, korelującymi z treścią udzielonych wyjaśnień. Tym samym BonaSoft sprostał ciężarowi dowodu i wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, iż nie podzieliła akcentowanej przez Odwołującego kwestii, jakoby po stronie BonaSoft istniał obowiązek szczegółowego wykazania Zamawiającemu sposobu kalkulacji cenowej przez podwykonawców, w szczególności Integrated Solutions oraz Asseco. W kontekście powyższego po pierwsze dostrzec należy, iż obowiązku

w ww. zakresie nie nałożył na BonaSoft Zamawiający treścią skierowanych wezwań do wyjaśnienia poziomu ceny. A po drugie należy wskazać, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienia ceny oferty, w tym sposób jej zbudowania składa wykonawca, który co do zasady ma prawo realizować zamówienie przy udziale podwykonawców oraz polegać na sporządzonych przez nich ofertach cenowych. Podkreślić należy, iż nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach rynkowych, czy też współpracuje z różnymi podwykonawcami. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty. Nie ma też jednego katalogu dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenie, iż zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco zaniżoną. Tym samym czynienie zarzutu, iż BonaSoft kalkulując cenę oferty polegał na ofertach i oświadczeniach podwykonawców jest niewłaściwe. Co więcej, wskazać należy, iż złożone przez BonaSoft wraz z wyjaśnieniami z dnia 6 kwietnia 2020 r. oferty podwykonawców nie ograniczały się do podania globalnej kwoty za wycenione usługi lub dostawy, czy też z treści ofert nie wynikało, że obejmują one „wszystkie koszty" jak przypuszczał Odwołujący. Oferty podwykonawców BonaSoft zawierały zestawienia elementów objętych kalkulacją ofertową, w tym zakres oferowanych usług lub dostaw (załącznik nr 10, 11, 12, 13, 14 i 15 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r.), a część z nich obejmowała również wycenę poszczególnych usług lub dostaw (załącznik nr 11, 12, 13 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r.).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaakceptowania zaniżonej pracochłonności wykonania poszczególnych elementów oprogramowania oraz zaakceptowania zaniżonej wyceny osobodnia (osobogodziny) zarówno w ramach usługi rozwoju, jak i w ramach wszystkich innych usług i czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia zauważyć należy, iż Odwołujący nie wskazał w treści odwołania żadnych wyliczeń, czy też danych matematycznych mających uzasadniać prezentowane stanowisko. W szczególności z treści odwołania nie wynika jaki – zdaniem Odwołującego – poziom pracochłonności przy realizacji niniejszego zamówienia należałoby uznać za prawidłowy dla jego należytej realizacji. Odwołujący nie wskazał także na jakim poziomie – w jego ocenie – winna kształtować się stawka wyceny osobodnia (osobogodziny) za świadczenie usług rozwojowych oraz innych wynikających z przedmiotu zamówienia, aby jej wysokość uznać za rynkową. Izba wskazuje, iż wykonawca BonaSoft w wyjaśnieniach ceny z dnia 6 kwietnia 2020 r. ujął koszty związane z realizacją usług rozwojowych (pkt 21), uwzględniając przy tym odpowiednie role w projekcie i odpowiedni etap zamówienia. BonaSoft w punkcie 17 wyjaśnień z 6 kwietnia określił ilość przewidzianych prac programistycznych (rbh)
z podziałem na poszczególne etapy zamówienia. Co więcej, stawki wynagrodzenia poszczególnych specjalistów zostały wskazane na stronie 2 i 3 wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r. i poparte stosownymi dowodami. W tym miejscu wskazać należy, że za nieuzasadnione Izba uznała stanowisko Odwołującego dotyczące wydzielenia ze stawki za usługi rozwoju (123 zł brutto) kwoty z tytułu praw autorskich (36,90 zł), co też miałoby przesądzać, że stawka na poziomie 70 zł netto jest stawką całkowicie nierealną i nierynkową. Odwołujący na poparcie powyższego stanowiska nie przedstawił żadnej argumentacji, jak również nie odparł w toku rozprawy twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego wskazujących, że prawa autorskie stanowią element wynagrodzenia nierozerwalnie zintegrowanego z tą stawką.

Za gołosłowne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego, który wskazywał, że „niemożliwe jest, aby stawka BonaSoft za usługę rozwoju pokrywała także koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego, w sytuacji w której taka usługa musiałaby być świadczona
w siedzibie Zamawiającego". Wskazać należy, iż w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r. pkt 1 BonaSoft ujął koszty związane z dojazdem do siedziby Zamawiającego, które poparte zostały dowodami stanowiącymi załącznik nr 16 i 17.

Analogicznie jak w przypadku usług rozwoju wykonawca BonaSoft przedstawił
w punkcie 12 wyjaśnień ceny z dnia 6 kwietnia 2020 r. koszty związane realizacją usług utrzymania, uwzględniając poszczególne role w projekcie i w rozbiciu na dany etap zamówienia zgodnie z postanowieniami specyfikacji. Podkreślić należy, iż z treści wyjaśnień wynika, że Wykonawca objął wyceną usługi utrzymania platformy przez zespół administratorów systemu, I-ej i II-ej linii wsparcia. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie zawarto także w punkcie 4 część II. wyjaśnień BonaSoft z dnia 9 października 2020 r.
W przypadku usług utrzymania warto również zauważyć, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w formularzu ofertowym stawki za ich świadczenie, jak w przypadku usług rozwoju, a sam Odwołujący poza twierdzeniem, że stawki za świadczenie usług utrzymania zostały zaniżone przez BonaSoft nie podał i nie wykazał ich rynkowego poziomu. Jednocześnie szczegółowe wyjaśnienia w zakresie usług utrzymania zostały zawarte
w punkcie 2 i 4 wyjaśnień BonaSoft z dnia 25 września 2020 r. oraz w wyjaśnieniach z 9 października 2020 r. wraz z załącznikami. W kwestii rezerwy na wzrost wynagrodzeń specjalistów realizujących projekt BonaSoft wyjaśnił, że przewidział trzy elementy marginesu dotyczące tego kosztu, co potwierdzają wyjaśnienia zawarte w pkt. 21, pkt. 22 ppkt 4 oraz pkt. 24 wyjaśnień z 6 kwietnia.

Izba wskazuje, iż stanowiska Odwołującego co do zaniżonej stawki za usługi rozwoju nie potwierdza dowód nr 11 dotyczący zarobków programistów w pierwszej połowie 2019 r. Słusznie wskazał Zamawiający, że rzeczony dowód nie daje pełnego obrazu zarobków specjalistów w branży IT w Polsce z uwzględnieniem poziomu doświadczenia i kompetencji zawodowych specjalistów (tzw. junior, mid, senior), bowiem stanowił tylko wyciąg z raportu No Fluff Jobs Database Management Systems. Zauważyć należy, iż przedłożony przez Odwołującego wyciąg z ww. raportu zawierał informacje nt. „Gdzie programiści zarabiali najwięcej w I poł. 2019 r.?", „W jaki kategoriach programiści zarabiali najwięcej w I poł. 2019 roku?" oraz „Zarobki programistów z I poł. 2019 r. wg technologii", podczas gdy jak wskazał Zamawiający pełny raport określa stawki tzw. juniora na poziomie 4000-7000 zł, a tzw. mid'ów na poziomie 9000-14000 zł. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w specyfikacji określono główne role kierownicze wymagane przy realizacji zamówienia, co nie oznacza, że całość zamówienia wykonawca obowiązany jest wykonać wyłącznie tzw. seniorami, czyli specjalistami posiadającymi największe doświadczenie i kompetencje. Powyższe twierdzenia Zamawiającego nie były przedmiotem repliki Odwołującego. Oceny Izby nie zmienił także dowód nr 7 stanowiący analizę kosztów świadczenia pracy w latach 2017 – 2020 w Asseco Poland S.A. opracowany na podstawie sprawozdań finansowych spółki, w szczególności dowód ten nie potwierdzał, że stawka zaoferowana przez BonaSoft za usługi rozwojowe
w kwocie 123 zł brutto jest rażąco zaniżona.
Za nieprzydatne do rozpoznania niniejszej sprawy Izba uznała dowody oznaczone nr 8, 9, 10 i 12 referujące od innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w tym dotyczących jednego z największych systemów informatycznych w Polsce obsługiwanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie oraz składanych w tych postępowaniach ofert między innymi przez Asseco Poland S.A., Asseco Data Systems S.A. oraz Comarch Healthcare S.A. Powyższe dowody w ocenie Izby w żaden sposób nie przekładają się i nie podważają sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy

BonaSoft wobec szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień poziomu ceny złożonych w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzucanej przez Odwołującego kwestii, iż Zamawiający wadliwie zbadał wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę BonaSoft, poprzez zaakceptowanie zaniżonej (rażąco niskiej) wyceny lub braku wyceny w zakresie ITS oraz usług około sprzętowych, licencji standardowych i obcych, szkoleń i warsztatów dedykowanych platformie oraz wytworzenia dokumentacji zauważyć należy, iż Odwołujący nie rozwinął powyższego stanowiska. W szczególności nie przedstawił w odwołaniu jakichkolwiek założeń kalkulacyjnych, które każdy wykonawca kalkulujący z należytą starannością cenę ofertową w niniejszym postępowaniu zdeterminowaną w szczególności opisem przedmiotu zamówienia winien uwzględnić i odzwierciedlić w cenie oferty. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń matematycznych, czy też rynkowego poziomu ww. kosztów, przez co nie można podważyć wyliczeń i założeń kosztowych w zakresie kwestionowanych składników cenotwórczych przyjętych przez BonaSoft. Odwołujący nie przedłożył również jakichkolwiek dowodów, które uwiarygodniałyby prezentowane stanowisko.

Niemniej jednak, odnosząc się do poszczególnych elementów kosztotwórczych, których zaniżenie (rażące zaniżenie) albo brak wyceny zarzucał Odwołujący, Izba stwierdza, że koszty infrastruktury sprzętowej oraz usług okołosprzętowych zostały ujęte w cenie oferty BonaSoft, co potwierdzają wyjaśnienia ceny oferty z dnia 6 kwietnia 2020 r. zawarte
w punkcie 4, 5, 14 i 20 wraz z ofertami podwykonawców (załącznik nr 11, 12 i 13 do wyjaśnień).

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez BonaSoft potwierdzają także, iż
w cenie oferty ujęto koszty licencji standardowych i obcych, o czym mowa w punkcie
17 i 23 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. oraz ofertach podwykonawców (załącznik nr 10
i 14 do wyjaśnień).

Kalkulacja dotycząca szkoleń i warsztatów została ujęta przez BonaSoft w punkcie 10 i 11 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. Wykonawca BonaSoft przedstawił w ww. zakresie składniki kosztowe, koszty organizacji warsztatów oraz poczynione założenia kalkulacyjne
z uwzględnieniem różnych grup użytkowników systemu.

Kalkulacja dotycząca kosztów wytworzenia dokumentacji wraz z rozbiciem na oferty poszczególnych podwykonawców (załącznik nr 10, 12 do wyjaśnień) znajduje odzwierciedlenie w punkcie 2, 3, 7, 12 i 13 wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r. Kalkulacja
w powyższym zakresie obejmowała szczegółowe składniki kosztowe, przyjęte założenia kalkulacyjne z uwzględnieniem poszczególnych etapów realizacji projektu, jak również referowała do wymogów wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przechodząc do podnoszonych przez Odwołującego okoliczności irrelewantnych
z punktu widzenia kalkulacji ceny dotyczących doświadczenia i personelu wykonawcy
i podwykonawców, optymalizacji programowania i działalności, PRINCE 2, ISO oraz posiadania gotowych komponentów i wolnego oprogramowania wskazać należy, iż nie jest prawdą, że Odwołującemu nie jest znana treść wyjaśnień BonaSoft w zakresie dotyczącym czynników umożliwiających wykonawcy obniżenie ceny ofertowej. Wskazać należy, na co zwrócił zresztą uwagę Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 14 stycznia 2021 r.,
z czym nie polemizował w toku rozprawy Odwołujący, iż informacje dotyczące oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych czy wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia znajdowały się w jawnej części wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r., które zostały Odwołującemu udostępnione, co potwierdza pismo Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2021 r. Skoro zatem Odwołujący nie zakwestionował jawnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny BonaSoft w powyższym zakresie, to brak jest podstaw do odmowy przyznania im wiarygodności. W ocenie Izby wykonawca BonaSoft
w złożonych wyjaśnieniach przedstawił, jakie obiektywne czynniki umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, wykazał, iż realizacja niniejszego zamówienia nie przyniesie mu straty, jak również przedstawił sposób zbudowania zaoferowanej ceny za realizację zamówienia wraz z przyjętą przez siebie metodologią i właściwą wykonawcy polityką cenową.

Przechodząc do oceny pozostałych dowodów złożonych w toku rozprawy Izba wskazuje, że nie podważają one sposobu kalkulacji ceny oferty przez BonaSoft. Złożone przez Odwołującego dowody w znaczącej mierze referowały do doświadczenia Comarch Polska S.A., Comarch Healthcare S.A. oraz innych wykonawców (Asseco Poland S.A. oraz CA Consulting S.A.) zdobytego podczas realizacji innych zamówień obejmujących regionalne platformy zdrowia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie (dowód nr 2 wraz z załącznikami, dowód nr 3, 4, 5 i 6). Okoliczność, że zarówno Odwołujący, jak
i Asseco, posiadają stosowne doświadczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia nie była osią sporu między Stronami. Z kolei to, że wykonawca BonaSoft nie posiada własnego doświadczenia umożliwiającego mu samodzielną realizację przedmiotowego zamówienia publicznego i korzysta w tym zakresie z zasobów podwykonawców, którzy takim doświadczeniem się legitymują nie oznacza *per se,* iż cena oferty została skalkulowana nienależycie. Co więcej, celem instytucji i wprowadzenia prawa do podwykonawstwa
w ramach zamówień publicznych było to, aby firmom z sektora MŚP umożliwić udział
w rynku zamówień publicznych, zdobywanie doświadczenia, czy też rozwijanie się, po to aby
w przyszłości mogły one samodzielnie składać oferty.

W końcu Izba wskazuje, że pismo procesowe Odwołującego z dnia 22 stycznia 2021 r. stanowiło nic innego jak niedopuszczalną po upływie terminu na wniesienie odwołania próbę rozszerzenia jego zarzutów, przez co nie mogło stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, wykonawca BonaSoft składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Potwierdził się podniesiony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3, art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania BonaSoft do wyjaśnień, celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę obowiązkowi udowodnienia Zamawiającemu, iż usługi, do realizacji których zdolności w zakresie doświadczenia są wymagane, wykonają podmioty, na których zdolnościach BonaSoft polega, oraz celem zadośćuczynienia przez tego wykonawcę udowodnienia Zamawiającemu, iż BonaSoft, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych

podmiotów, a także zaniechanie wezwania BonaSoft do zastąpienia tych podmiotów innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z ustawą Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dalej, zgodnie z ust. 3 ww. przepisu, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w . Nadto, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Z kolei w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, ustawodawca przewidział sytuację, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca
w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Izba wskazuje, że w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu
w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiekolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt). Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia.

Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt X Ga 331/16) wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (obecnie
art. 22a ustawy Pzp), musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu,
a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z dnia
25 października 2016 r., sygn. akt). Dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony (por. wyrok KIO z 10 maja 2016 r., sygn. akt:).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż obowiązkiem wykonawcy BonaSoft, który powoływał się na potencjał podmiotów trzecich, tj. Asseco oraz Integrated Solutions w celu wykazania spełniania warunku udziału
w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c oraz d SIWZ było wykazanie, iż ww. podmioty trzecie zrealizują zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na ich doświadczenie. Tym samym w przypadku Integrated Solutions winno zostać wykazane, że podmiot ten wykona usługę skonfigurowania infrastruktury techniczno – systemowej w klaster wysokiej dostępności, a w przypadku Asseco należało wykazać, że podmiot ten wykona usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu
i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego realizującego elektroniczną wymianę jednostkowych danych medycznych i/lub dokumentacji medycznej w postaci elektronicznej za pośrednictwem interfejsów komunikacyjnych pomiędzy podmiotami wykonującymi działalność leczniczą, usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu
i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne oraz usługę utrzymania systemu informatycznego przez okres co najmniej 12 miesięcy, polegającą na zapewnieniu jego niezawodnej pracy zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie co najmniej 99%. Tylko bowiem wówczas można byłoby uznać, iż udostępnienie zasobów jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a nie miało jedynie wymiar czysto formalny. Ma to o tyle szczególne znaczenie, iż wykonawca BonaSoft nie wykazywał się w toku postępowania własnym doświadczeniem,
a jedynie polegał na doświadczeniu podmiotów trzecich. Tym samym tylko realny
i adekwatny udział Asseco oraz Integrated Solutions w zakresie prac wymaganych przez Zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c oraz d SIWZ w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego mógłby zapewniać Zamawiającemu rękojmię jego należytego wykonania.

Przechodząc zatem do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c i d specyfikacji na wstępie zauważyć należy, iż Odwołujący nie twierdził, że podmioty trzecie (Asseco oraz Integrated Solutions), na zasoby których powołuje się BonaSoft w powyższym zakresie, nie legitymują się stosownym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, w tym nie podważał treści wykazu usług (załącznik nr 3 do SIWZ). Odwołujący stał na stanowisku, że procentowy zakres zamówienia powierzony do wykonania Asseco (20%) oraz Integrated Solutions (5%) wynikający z załącznika nr 6 do SIWZ nie potwierdza, że ww. podmioty, na których doświadczenie powołuje się BonaSoft, zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
Za nieuzasadnioną w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego, który wskazał, że „aby uznać, iż interes Zamawiającego jest należycie zabezpieczony, a zamówienie wykonają rzeczywiście podmioty, które mają zdolności do realizacji – to zasadniczą część zamówienia w zakresie usług związanych
z oprogramowaniem winno wykonać Asseco, tak samo jako zasadniczą część dostawy sprzętu oraz usługę konfiguracji sprzętu w klaster wysokiej dostępności powinno wykonać IS. Tymczasem Asseco ma zrealizować 20% całości zamówienia, a IS 5% całości zamówienia". Izba wskazuje, iż Odwołujący nie przedstawił szerszej argumentacji merytorycznej w ww. zakresie, w szczególności nie wyjaśnił i nie wykazał, na jakim procentowym poziomie obiektywnie powinien kształtować się udział podmiotów trzecich w realizacji przedmiotowego zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie innych podmiotów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3
ppkt 3.2.2.1 lit. a, b, c i d specyfikacji. Odwołujący nie przeprowadził także żadnej analizy jawnego załącznika nr 6 do SIWZ złożonego przez BonaSoft w zakresie referującym do części zamówienia, które Przystępujący zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom pod kątem podanego w tym załączniku procentowego zaangażowania oraz w odniesieniu do ww. warunku udziału w postępowaniu i przedmiotu zamówienia.
Niemniej jednak wobec podniesionego z ostrożności procesowej zarzutu zawartego
w punkcie 3 lit. a *petitum* odwołania, uwzględniając skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa treści zobowiązania podmiotu trzeciego (Asseco) Izba wskazuje, że analiza oświadczenia tego podmiotu prowadzi do wniosku, że z jego treści nie wynika w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż podmiot trzeci realnie wykona usługi objęte warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b i d SIWZ, tzn. że będzie rzeczywiście zaangażowany w usługę polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne oraz usługę utrzymania systemu informatycznego, przez okres co najmniej 12 miesięcy, polegającą na zapewnieniu jego niezawodnej pracy zgodnie z założonymi dla systemu parametrami dostępności na poziomie co najmniej 99%. Konsekwencją powyższego stanu rzeczy jest brak możliwości stwierdzenia, iż BonaSoft spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że aby treść zobowiązania podmiotu trzeciego rozwiewała wszelkie wątpliwości co do zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonywaniu zamówienia, winna
w sposób precyzyjny konkretyzować zakres usług, które wykona dany podmiot.
Co się z kolei tyczy usługi wskazanej w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. a SIWZ Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie kwestionował treści jawnego załącznika nr 6 złożonego przez BonaSoft w zakresie w jakim dotyczył on powierzenia Asseco wykonania części oprogramowania i usług, szczególnie w zakresie Rejestru Pacjentów (MPI) oraz Rejestru Personelu oraz uwzględniając oświadczenie Przystępującego złożone w toku jawnej rozprawy, iż „rejestr personelu i rejestr pacjentów to dwa kluczowe komponenty systemu EDM stanowiące dostawę wraz z usługą", a także mając na względzie treść objętego tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązania Asseco, brak było podstaw do stwierdzenia, że podmiot trzeci nie wykona usługi objętej ww. warunkiem udziału
w postępowaniu.
Odnosząc się do załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny BonaSoft oferty podwykonawcy (załącznik nr 10 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r.) wskazać należy, iż zdaniem składu orzekającego rozpoznającego niniejszą sprawę, nieprawidłowe jest wywodzenie i ustalanie faktycznego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia z innych dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w innym momencie czasowym oraz na potwierdzenia innych okoliczności faktycznych niż określone art. 22a ustawy Pzp. Skoro wykonawca BonaSoft wraz z ofertą przedłożył stosowne zobowiązania podmiotów trzecich mające potwierdzać ich faktyczny udział podczas wykonywania zamówienia, to z tych dokumentów powinien
w sposób jednoznaczny i skonkretyzowany wynikać zakres udziału tych podmiotów przy świadczeniu usług objętych zamówieniem. Niemniej jednak Izba wskazuje, że chybione jest stanowisko Odwołującego, jakoby z wyjaśnień rażąco niskiej ceny BonaSoft wynikało, że usługi utrzymaniowe oprogramowania, jak również usługi zaprojektowania, budowy lub dostosowania i wdrożenia produkcyjnego systemu informatycznego mają być wykonane samodzielnie przez BonaSoft lub przez podwykonawców Integrated Solutions czy Decsoft. Przeczy temu choćby treść oferty podwykonawcy (załącznik nr 10 do wyjaśnień z 6 kwietnia 2020 r. pkt 3 lit. b oraz g).
Odnosząc się do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego
w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c SIWZ wskazać należy, iż Odwołujący nie kwestionował doświadczenia Integrated Solutions wskazanego w wykazie usług (poz. 6 i 7 załącznika nr 3 do SIWZ). Rację miał jednak Odwołujący, iż z treści zobowiązania Integrated Solutions nie wynika, że Integrated Solutions będzie brał udział w usłudze skonfigurowania infrastruktury techniczno – systemowej w klaster wysokiej dostępności. Z treści złożonego zobowiązania wynika tylko tyle, że spółka Integrated Solutions będzie brała udział w realizacji zamówienia w obszarze dostawy sprzętu. Raz jeszcze podkreślić należy, że aby uznać warunek udziału
w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. c specyfikacji za spełniony, wykonawca winien wykazać się dostawą infrastruktury techniczno – systemowej (zawierającej co najmniej serwery, urządzenia sieciowe, macierz dyskową) wraz z usługą skonfigurowania jej w klaster wysokiej dostępności o łącznej wartości dostawy wraz z usługą skonfigurowania co najmniej 3 mln zł brutto. Tym samym wobec braku jednoznacznego wskazania, iż Integrated Solutions będzie brał udział w usłudze konfiguracji infrastruktury techniczno – sprzętowej w klaster wysokiej dostępności, nie można uznać, że wykonawca BonaSoft spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby bez znaczenia dla oceny spełniania przedmiotowego warunku była podnoszona przez BonaSoft okoliczność, iż zasadniczym przedmiotem warunku jest dostawa, która obejmuje w praktyce usługi wkalkulowane w tą dostawę, mające charakter służebny wobec głównego przedmiotu zamówienia, a wartość konfiguracji urządzeń w klaster wysokiej dostępności jest pomijalna
w stosunku do wartości samego sprzętu. Jak już wskazano powyżej, obowiązkiem wykonawcy korzystającego z potencjału podmiotu trzeciego jest jednoznaczne wykazanie realności udostępnianych zasobów. Tym samym sposób wykorzystania udostępnianych zasobów, ich zakres czy też okres udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał

przy wykonywaniu zamówienia winien wynikać z przedstawionych dokumentów w sposób jednoznaczny. Zdaniem Izby stanowiska Przystępującego, jakoby wykonawca wykazał się realnością udostępnionych zasobów nie potwierdzała także treść załącznika nr 6 do SIWZ,
z którego wynikało, iż BonaSoft powierzy Integrated Solutions do realizacji zamówienie
w obszarze dostawy i instalacji sprzętu. W kontekście powyższego po pierwsze zauważyć należy, iż załącznik nr 6 do SIWZ nie stanowił oświadczenia Integrated Solutions, lecz oświadczenie wykonawcy BonaSoft. Po drugie, nie zostało wyjaśnione i wykazane, aby instalacja sprzętu była równoznaczna z usługą konfiguracji infrastruktury techniczno – systemowej w klaster wysokiej dostępności.
Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że zakres udziału podmiotów trzecich, tj. Asseco oraz Integrated Solutions wynikający ze złożonych zobowiązań był zbyt wąski w zestawieniu z treścią warunku udziału w postępowaniu,
o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b, c i d, przez co nie można uznać, że wykonawca BonaSoft warunek spełnił. Wobec tego Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny i uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b, c i d SIWZ. W tym miejscu dodać należy, iż wykonawca BonaSoft
w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma jednokrotną możliwość przedłożenia Zamawiającemu wymaganych dokumentów niezawierających błędów dotyczących zgłoszonych już podmiotów trzecich, co
w okolicznościach niniejszej sprawy może mieć miejsce, w sytuacji przedłożenia przez BonaSoft prawidłowych zobowiązań podmiotów trzecich, bądź też złożenia wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ dotyczących ewentualnie nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) albo samodzielnego potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W końcu dodać trzeba, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasady uzupełnienia dokumentów dla podmiotów trzecich. Innymi słowy, treść skierowanego do BonaSoft wezwania do uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1
lit. b, c oraz d SIWZ winna uwzględniać zarówno możliwość uzupełnienia przez BonaSoft prawidłowych zobowiązań podmiotów trzecich, jak i ewentualne zastąpienie podmiotów trzecich innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązaniem się BonaSoft do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże wymagane przez Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe.
W końcu Izba wskazuje, iż ocena okoliczności faktycznych wskazanych powyżej nie potwierdza, że wykonawca BonaSoft wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie dotyczącym spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, w tym oceny realności
i zakresu udostępnionych zasobów, warunkujący wykluczenie wykonawcy na podstawie
art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że przesłanka wykluczenia wykonawcy uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę prawną wykluczenia wykonawcy z przetargu, odrębną wobec przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zatem niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału
w postępowaniu z uwagi na zbyt wąski zakres udostępnionych zasobów w stosunku do określonego warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu, nie oznacza automatycznego ziszczenia się przesłanki wykluczenia uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Co więcej, jak już wskazano powyżej, sam Odwołujący nie zakwestionował doświadczenia zarówno Asseco, jak i Integrated Solutions zawartego w załączniku nr 3 do SIWZ (poza referencją wystawioną przez Centrum Onkologii Ziemii Lubelskiej na rzecz Asseco), przez co nie można stwierdzić, że BonaSoft wprowadził Zamawiającego w błąd powołując się na stosowne doświadczenie podmiotów trzecich. Z kolei zbyt wąski zakres zobowiązań złożonych podmiotów trzecich nie może na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, skoro oświadczenie to podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp sformułowanego wyłącznie w *petitum* odwołania dotyczącego zaniechania wezwania BonaSoft do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.
Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia BonaSoft, jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także
art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty BonaSoft za odrzuconą/odrzucenia oferty BonaSoft, w sytuacji w której oświadczenie wykonawcy w wykazie usług (załącznik nr 3) oraz protokół odbioru z Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej (referencja Asseco) potwierdza wykonanie zamówienia na dzień 22 lutego 2019 r., podczas gdy z treści publicznie dostępnych dokumentów wynika, iż termin wykonania tego zamówienia upływał w dniu 8 lutego 2019 r., co implikuje wewnętrzną sprzeczność pomiędzy treścią SIWZ w referencyjnym zamówieniu a treścią przedstawionego Zamawiającemu protokołu i świadczy o nieterminowym, a więc nienależytym wykonaniu tego zamówienia. Jednocześnie zdaniem Odwołującego taki sposób opisu wykonania referencyjnego zamówienia w wykazie usług i przedstawienie tak sformułowanego protokołu odbioru oznacza, iż BonaSoft w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
a zatem powinien podlegać wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podniósł także zarzut zaniechania wezwania BonaSoft do wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak uruchomienia procedury self-cleaning), czym naruszono art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania BonaSoft do wyjaśnień rozbieżności pomiędzy terminem wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług oraz protokole
z wykonania zamówienia a terminem wykonania zamówienia wynikającym z dokumentacji zamówienia będącego przedmiotem referencji Asseco, czym Zamawiający naruszył art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 pkt 1 – 5 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.
Odnosząc się do ww. zarzutu zauważyć należy, iż Odwołujący pominął, że wykonawca BonaSoft w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu,

o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 3.2.2.1 lit. b specyfikacji, wykazał się trzema usługami zrealizowanymi przez podmiot trzeci, tj. Asseco (usługa nr 3, 4 oraz 5 wykazu usług), podczas gdy Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej 1 usługą polegającą na zaprojektowaniu, budowie lub dostosowaniu i wdrożeniu produkcyjnym systemu informatycznego umożliwiającego elektroniczną rejestrację na świadczenia zdrowotne. Tym samym, gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, że usługa wskazana w poz. 4 wykazu usług nie potwierdzała spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, to dla uznania, że wykonawca BonaSoft nie wykazał, że spełnia postawione w SIWZ doświadczenie, koniecznym byłoby podważenie pozostałych usług, których jednak nie zakwestionował odwołujący się Wykonawca.
Następnie Izba wskazuje, iż z treści złożonego przez BonaSoft protokołu wdrożenia wystawionego przez Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. Św. Jana z Dukli jednoznacznie wynika, że zamawiający (COZL) potwierdził, że Asseco Poland S.A. wykonała przedmiot zamówienia z należytą starannością, a wystawiony protokół stanowił podstawę do wystawienia faktury za wykonane prace. W ocenie Izby odwołujący się Wykonawca nie podważył treści protokołu wdrożenia końcowego wystawionego przez Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej. Odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, w tym nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez COZL. Odwołujący nie wykazał również, by prowadził
z COZL jakąkolwiek korespondencję dotyczącą terminu realizacji ww. zadania publicznego przez Asseco, w tym jego ewentualnego wydłużenia oraz przyczyn takiego stanu rzeczy. Odwołujący nie odparł także twierdzeń Przystępującego, który w piśmie z dnia 14 stycznia 2021 r. wskazał, iż podczas realizacji zamówienia na rzecz COZL nie wystąpiły
z winy wykonawcy żadne opóźnienia.
Z uwagi na powyższe okoliczności Izba nie znalazła podstaw do uznania zasadności podniesionych zarzutów, w tym do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy BonaSoft do wyjaśnienia terminu wykonania zamówienia wynikającego z dokumentacji zamówienia będącego przedmiotem referencji Asseco. Brak było również podstaw do stwierdzenia, że wykonawca BonaSoft powołując się na protokół wdrożenia końcowego wystawiony przez COZL w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie było też podstaw do wszczęcia wobec BonaSoft procedury self – cleaningu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego
w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18,wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia
5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/4 (zarzut podniesiony z ostrożności procesowej lit. a) i bezzasadne w pozostałej części ¾ (zarzut zawarty w punkcie 1, 2, 3,
w tym zarzut podniesiony z ostrożności procesowej zawarty w lit b). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/4 oraz Odwołującego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11 250 zł (15 000 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 750 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie ustawy Pzp oraz w oparciu
o przepisy 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……...