

Sygn. akt: KIO 1451/17

KIO 1455/17

WYROK
z dnia 28 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 14.07.2017 r. przez wykonawcę **C. S.A, (...)**;

B. w dniu 14.07.2017 r. przez wykonawcę **A P. S.A, (...)**

A KIO 1451/17

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum

S. S.A, (...) oraz **D. S.A, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania

wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **A P. S.A, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania

wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

1

przy udziale wykonawcy **M. Sp. z o.o. Sp. K. A, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

B. KIO 1455/17

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum

S. S.A, (...) oraz **D. S.A, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania

wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **C. S.A, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania

wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **M. Sp. z o.o. Sp. K. A, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do

postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – Prokuratura**

Krajowa, (...) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie, przygotowanie,

wdrożenie rozbudowy Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”

(znak PK XF 261.4.2017)

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1451/17 w wysokości

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **C. S.A, (...)** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **C. S.A, (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **C. S.A, (...)** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Prokuratury Krajowej, (...)** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

2

3. kosztami postępowania w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1455/17 w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **A. P. S.A., (...)** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. P. S.A., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **A. P. S.A., (...)** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Prokuratury Krajowej, (...)** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izba.

4. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

3

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 28 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1451/17 i KIO 1455/17

Zamawiający – **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, (...)** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie, przygotowanie, wdrożenie rozbudowy Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)” (znak PK XF 261.4.2017).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28.02.2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 02.03.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 043 - 079549.

KIO 1451/17

Odwołujący - C. S.A. z siedzibą w K., (...), wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000057567, NIP: 6770065406 działając w imieniu własnym, na podstawie przepisów art. 179 ust 1 oraz art. 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „Ustawa”) w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Zaprojektowanie,

Systemu Digitalizacji Akt Postępowania przygotowanie, wdrożenie

rozbudowy

Przygotowawczych (iSDA), wnosi niniejszym odwołanie od:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawcy S. z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz który co najmniej 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 - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16) I 17)

-
2. zaniechanie wykluczenia wykonawcy S. z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - co stanowi naruszenie art 24 ust. 1 pkt 12) Ustawy;
 3. z ostrożności - zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i zaniechanie wezwania do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia ~ co stanowi naruszenie odpowiednio art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy;
 4. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Konsorcjum Firm S. SA z siedzibą w W., (...) - Pełnomocnik Konsorcjum, oraz D. SA z siedzibą W., (...), (dalej „S.”) następujących dokumentów:
 - Złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
 - wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty w tym wyjaśnień ceny,
 - załącznika nr 1 do formularza oferty - Doświadczenie personelu kluczowego Wykonawcy,
 - pomimo że w/w dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji -co stanowi naruszenie art. 7 Ust 1 Ustawy w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy;
 5. zaniechania czynności odrzucenia oferty S. z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ - co stanowi naruszenie art. 8.9 ust. 1 pkt 2) Ustawy;
 6. dokonania niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty, S. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w części dotyczącej roboczo-godziny-co stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu;

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty S.
- 2) dokonanie ponownej czynności oceny ofert;
- 3) wykluczenia wykonawcy S. z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy S.;
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu art. 186 ust. 2 Ustawy), Odwołujący żąda od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Termin wniesienia odwołania - Zamawiający przesłał Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 04 lipca 2017 roku. Zatem wniesienie odwołania w dniu 14 lipca 2017 roku oznacza, iż Odwołujący wniósł "odwołanie" w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt i Ustawy.

Legitymacja czynna - Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w treści odwołania zaniechania, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy oraz dokonane niezgodne z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, pozbawiły Odwołującego szans na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia. W tym też przejawia się szkoda jaką doznał Odwołujący: w sytuacji dokonania prawidłowej i zgodnej z Ustawą oceny oferty S., która to ocena prowadziła do odrzucenia oferty S., z uwzględnieniem wyłącznie ofert niepodlegających odrzuceniu, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, zatem Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Tym samym Odwołujący posiada legitymację czynną we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem jego uwzględnienie może doprowadzić do wyboru jego oferty i zawarcia przez Odwołującego umowy z Zamawiającym. Odwołujący-Jako

podmiot który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, która pod względem kryteriów oceny ofert została oceniona na drugim miejscu (tuż za ofertą S.) - ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, polegającą na utracie możliwości jego uzyskania, z uwagi na wybór oferty S..

Uzasadnienie Zamawiający w dniu 04 lipca 2017 r. roku przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty i wyniku niniejszego postępowania. Za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum S. (92,81 pkt), która otrzymała najwyższą liczbę punktów w ramach oceny, 4 podlegających ocenie kryteriów: łączna cena oferty brutto (waga 40%) - 40,00 pkt koszt usług związanych z rozwojem systemu (waga 20 %) - 12,31 pkt, sposób wykonania zamówienia (waga 15%) - 15,00 pkt, doświadczenie personelu kluczowego Wykonawcy (waga 25%) - 25,50 pkt.

Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu z łączną liczbą punktów 88,73 pkt. W postępowaniu złożono jeszcze następujące oferty, które otrzymały odpowiednio punktów:

- 1: M. Sp. z o.o. S.K.A. - 83,43 pkt
- 2: A. P. S.A. - 80,32 pkt
- 3: Konsorcjum Firm: A. P. S.A. i C. I. Z. S.A. - 73,99 pkt

6

4: Konsorcjum Firm: E. S. O. I. Sp. z o.o. i C.(2) S.A. -59,66 pkt

Odwołujący po zapoznaniu się z informacją o wyborze oferty S. nie zgadza się z dokonaną oceną tej oferty przez Zamawiającego i domaga się jej odrzucenia z następujących powodów:

I. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy S. z postępowania, pomimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu

Wykonawca S. złożył w ofercie następującą, nieprawdziwą Informację: powołał się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu na doświadczenie zdobyte w ramach projektu „Utrzymanie i rozwój Systemu Publicznych Służb zatrudnienia” Ministerstwa Rodziny Pracy i Polityki Społecznej.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z treścią SIWZ, tekst jednolity, uwzględniający zmiany wprowadzone w dniu 28 marca 2017 r.), Zamawiający w Rozdziale V Warunki udziału w postępowaniu wraz z wykazem oświadczeń lufa dokumentów/ potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w pkt 5 wskazał, że „W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej dwóch usług, z których każda obejmuje łącznie zaprojektowanie, Wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu Informatycznego o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych) lub rozbudowę (modernizację, modyfikację) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych); w ramach czego Wykonawca zobowiązany był co najmniej do zaprojektowania, wykonania I Wdrożenia (pełny cykl produkcyjny) dodatkowych lub modyfikowanych elementów dedykowanego systemu informatycznego oraz przynajmniej jedna ze wskazanych usług musi się charakteryzować łącznie następującymi cechami (usługa, na którą powołuje się wykonawca, musi spełniać wszystkie poniższe wymagania):

1) system obejmował funkcjonalności związane z digitalizacją dokumentów oraz przeszukiwaniem treści zdigitalizowanych dokumentów,

2) system przeznaczony był do eksploatacji w rozproszonej strukturze organizacyjnej zamawiającego, obejmującej co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w- różnych lokalizacjach (miejscowościach),

3) system przeznaczony był do eksploatacji przez co najmniej 2 000 użytkowników wewnętrznych oraz zapewniał zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami w

4) system oparciu o centralne repozytorium użytkowników, został

zaprojektowany,

7

wykonany i wdrożony z założeniem obsługi danych o wolumenie przyrastającym co najmniej o 200 GB rocznie,

5) system wykorzystywał komunikację opartą o wymianę komunikatów z wykorzystaniem usług opartych o Webservices,

6) system implementował autoryzację użytkowników opartą o infrastrukturę PKI (ang. Public Key Infrastructure),

7) w ramach systemu zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez i/lub zewnętrzne (eksploatowane przez inne podmioty) systemy zamawiającego} informatyczne w oparciu o standard SOA,

8) w ramach systemu zaprojektowano, wykonano i wdrożono portal umożliwiający dostęp do zasobów systemu za pośrednictwem przeglądarki internetowej.

Przez wartość systemu Informatycznego Zamawiający rozumie Sumę brutto (z VAT) wartości środków trwałych, wartości niematerialnych i prawnych oraz usług poniesionych przez zamawiającego w związku z wdrożeniem dedykowanego (wykonanego na zamówienie) systemu informatycznego do momentu jego wdrożenia oraz sumę brutto (z VAT) wartości środków trwałych, wartości niematerialnych i prawnych oraz usług poniesionych przez zamawiającego w związku z rozbudową (modernizacją, modyfikacją) dedykowanego (wykonanego na zamówienie) systemu informatycznego. Do wartości systemu informatycznego nie wlicza się kosztów związanych z utrzymaniem systemu.

Przez użytkowników wewnętrznych Zamawiający rozumie osoby zatrudnione przez zamawiającego lub zatrudnione w jednostkach organizacyjnych podległych zamawiającemu/

S., w treści oferty na stronie 46-47 wskazał następujące doświadczenie jako potwierdzenie warunku: „Utrzymanie i rozwój Systemu Publicznych Służb Zatrudnienia (System PSZ), którego jedną ze składowych jest Oprogramowanie S.. Wartość zamówienia wyniosła ponad 31,4 mln zł, w tym ponad 5 mln zł to wartość środków trwałych, wartości niematerialne i prawne oraz usługi poniesione przez Zamawiającego w związku z rozbudową (modernizacją, modyfikacją) dedykowanego (wykonanego na zamówienie) systemu Informatycznego (bez kosztów związanych z utrzymaniem systemu). Usługa obejmowała m.in. rozbudowę (modernizację, modyfikację) dedykowanego systemu informatycznego, w ramach czego Wykonawca zobowiązany był do modyfikowania elementów dedykowanego systemu informatycznego. Usługa charakteryzowała się łącznie następującymi cechami: 1) system obejmował funkcjonalności związane z digitalizacją dokumentów oraz przeszukiwaniem treści zdigitalizowanych dokumentów, 2) system przeznaczony był do eksploatacji w rozproszonej strukturze organizacyjnej zamawiającego, obejmującej co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w różnych lokalizacjach (miejscowościach), 2) system

8

przeznaczony był do eksploatacji co najmniej 2 000 użytkowników wewnętrznych oraz zapewniał zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami w oparciu o centralne repozytorium użytkowników, 4) system został zaprojektowany, wykonany i wdrożony z załączeniem obsługi danych o wolumenie przyrastającym co najmniej o 200 GB rocznie, 5) system wykorzystywał komunikację opartą o wymianę komunikatów z- wykorzystaniem usług opartych o Webservices, 6) system implementował autoryzację użytkowników opartą o infrastrukturę PKI (ang. Public Key Infrastructure), 7) w ramach systemu zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez zamawiającego) i/lub zewnętrzne (eksploatowane przez inne podmioty) systemy informatyczne w oparciu o standard SOA, 8) w ramach systemu zaprojektowano, wykonano i wdrożono portal umożliwiający dostęp do zasobów - systemu za pośrednictwem przeglądarki".

Na potwierdzenie powyższego, Wykonawca S., na wezwanie Zamawiającego przedstawił list referencyjny wystawiony w dniu 12 stycznia 2017 r, przez Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, w którym to wskazano, że „Oprogramowanie S. stanowi podstawowe narzędzie informatyczne dla powiatowych urzędów pracy wspomagające realizację zadań związanych z promocją zatrudnienia i łagodzeniem skutków bezrobocia zgodnie z ustawą o promocji zatrudnienia w instytucjach rynku pracy. System integruje dane, obszary działalności oraz procesy realizowane na wszystkich szczeblach zarządzania powiatowymi urzędami pracy, (...) System Jest wykorzystywane przez około 26.000 pracowników w 340 powiatowych urzędach

pracy."

Na wstępie wszelkie rozważania Odwołujący zaczął od faktu, że System PSZ w głównej mierze oparty jest o oprogramowanie aplikacyjne S.. Z informacji ogólnodostępnych na stronach S. oraz MRPiPS, można wyczytać, następujące Informacje: „Oprogramowanie aplikacyjne S. to dedykowany system teleinformatyczny wspomagający w

sposób kompleksowy realizację statutowych zadań powiatowych urzędów pracy. System integruje dane, obszary działalności oraz procesy realizowane na wszystkich szczeblach zarządzania powiatowymi urzędami pracy. S. stanowi kontynuację projektu AŁSO w obszarze publicznych służb zatrudnienia. Jest to jednorodne oprogramowanie, które zostało wykonane poprzez modernizację rozwiązań Systemu Informatycznego PULS do nowych wymagań technologicznych określonych przez specjalistów Departament Informatyki MPiPS. S. zastąpił zróżnicowane rozwiązania stosowane dotychczas w powiatowych urzędach pracy,

Podstawowe informacje

X. Zadania Oprogramowania aplikacyjnego S.: Oprogramowanie aplikacyjne S. stanowi podstawowe narzędzie informatyczne dla powiatowych urzędów pracy wspomagające

9

realizację zadań związanych z promocją zatrudnienia i łagodzeniem skutków bezrobocia zgodnie z ustawą o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

System składa się z następujących, ściśle powiązanych ze sobą komponentów, m.in.:

- 1) „Formalna Obsługa Beneficjenta Rynku Pracy”;
- 2) „Usługi i Instrumenty Rynku Pracy”;
- 3) „Indywidualne Formy Aktywności”;
- 4) „Współpraca z Kontrahentem Rynku Pracy”;
- 5) „Monitoring Finansowy Rynku Pracy”;
- 6) „Sprawozdawczość Lokalna”;
- 7) „Finanse, Kadry i Płace”.

2. Skala zastosowania administracyjnego S. jest wykorzystywany przez:

- 1) ok. 20.000 osób - pracowników powiatowych urzędów pracy;
- 2) 343 powiatowych urzędów pracy wraz z ich filiami i punktami obsługi - łącznie ponad 440 placówek.

3. Beneficjenci systemu

Powiatowe urzędy pracy obsługują (dane za luty 2011 r.)

- 1) ponad 2,1 mln osób bezrobotnych;
- 2) ponad 200 tys. osób rejestrowanych miesięcznie;
- 3) ponad 6 mln osób obsługiwanych rocznie.
- 4) Kwoty środków publicznych obsługiwanych przez System

Powiatowe urzędy pracy za pomocą S. obsługują środki finansowe w następującej wysokości [dane za 2010 r.):

- 1) ponad 6 mld zł - środki przeznaczone na realizację aktywnych form przeciwdziałania bezrobociu;
 - 2) ponad 3,7 mld zł - wartość zasiłków dla osób bezrobotnych, 5. Stopień złożoności technicznej systemu
- Stopień złożoności technicznej systemu prezentują następujące dane:
- 1) liczba formatek interfejsu - ponad 1.200;
 - 2) liczba dedykowanych raportów generowanych przez S.*0- ponad 300;
 - 3) liczba plików z których składa się S. - ponad 1 000;
 - 4) liczba pól bazy danych - ponad 5.500;
 - 5) liczba linii kodu - ponad 2,6 mln.

S. jest systemem interoperacyjnym, umożliwiającym bezpieczną wymianę danych zarówno z innymi aplikacjami obszaru PSZ, jak i z narzędziami wykorzystywanymi przez inne resorty/podmioty. W szczególności S. zasila Centralną Bazę Ofert Pracy (CBOP) w aktualne oferty pracy, Statystyczną Aplikację Centralną (SAC) w sprawozdanie Rb-33 (wraz z załącznikami) dotyczące wykonania przez urząd pracy planu finansowego Funduszu Pracy oraz Aplikację

10

Centralną (AC) w dane bezrobotnych i poszukujących pracy, umożliwiające wykrywanie nadużyć polegających na rejestrowaniu się osób Jednocześnie w kilku urzędach i korzystaniu z oferowanych przez nie usług i Instrumentów rynku pracy. S. dzięki

Wykorzystaniu usług Internetowych (webservice) udostępnianych w ramach AC, zapewnia urzędom dostęp do danych osób fizycznych zgromadzonych w rejestrze PESEL, przez co zwiększa się jakość danych oraz usprawnia proces ich wprowadzania, a także ogranicza się skala nadużyć związanych z pobieraniem nienależnych świadczeń (tj. wypłacanych na rzecz osób nieżyjących lub nieposiadających obywatelstwa polskiego). S. usprawnia ponadto wymianę danych z ZUS (z systemem Płatnik), z podmiotami obsługującymi płatności (z systemami bankowości elektronicznej), z urzędami skarbowymi (z systemem E-deklaracje), a także GUS (zestawienia statystyczne). System jest także przygotowany do obsługi m.in.: korespondencji otrzymywanej/ przekazywanej do systemów obiegu dokumentów, elektronicznych skrzynek podawczych i platform komunikacyjnych urzędów. S. został wdrożony przez wszystkie 343 powiatowe urzędy pracy w Polsce. Wdrożenie przebiegało bez większych problemów. Urzędy pracy, jako jedne z nielicznych instytucji publicznych wykorzystują oprogramowanie zgodne ze współczesnymi standardami (źródło: technologicznymi." <http://www.1npips.gov.pl/prac3/svstem-informatycznv-svriusz-standard/>). Odwołujący pragnie podkreślić, że konstruując SIWZ, oraz warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający określił dokładnie, co rozumie pod pojęciem użytkownika wewnętrznego - "Przez użytkowników wewnętrznych Zamawiający rozumie osoby zatrudnione przez zamawiającego lub zatrudnione w jednostkach organizacyjnych podległych zamawiającemu.". Powyższy zapis jest o tyle istotny/ że w sytuacji zestawienia go z referencją przedstawioną przez S., nie bez znaczenia pozostaje druga, część wymogu; „lub zatrudnione w jednostkach organizacyjnych podległych zamawiającemu” Jak wskazuje S., co również wynika z treści referencji, oprogramowanie S. używane jest przez pracowników Powiatowych Urzędów Pracy. Trzeba podkreślić,

że system PSZ, z którym powiązana jest aplikacja S. nie jest obsługiwany przez ponad 2000 użytkowników, Nawet jakby przyjąć, że System obsługują pracownicy Zamawiającego, to trzeba wskazać, że Ministerstwo Rodziny Pracy i Polityki Społecznej nie zatrudnia 2,000 osób. Z informacji ogólnodostępnych wynika, że w MRPIp w dniu 15 listopada 2015 r. zatrudnionych było 819 osób - źródło: [http://biqdata.wyborc?a.pi/zatrudnienie-w%rminister\\$twach](http://biqdata.wyborc?a.pi/zatrudnienie-w%rminister$twach)

Trzeba ponadto wskazać, że nie wszyscy pracownicy Ministerstwa są użytkownikami tego Systemu. Obsługują go tylko osoby wykonujące prace w ramach konkretnych departamentów zajmujące się tematyką, której poświęcony został System PSZ.

Jednocześnie z ostrożności, wskazujemy, że referencja wystawiona przez Zamawiającego wskazuje na liczbę użytkowników aplikacji S., która to używana jest przez

11

pracowników Powiatowych Urzędów Pracy. Liczba użytkowników wskazana w treści! - ponad 20.000 osób, robi wrażenie jednak w sytuacji odniesienia jej do liczby użytkowników wewnętrznych rozumianych przez Zamawiającego -Prokuraturę Krajową, nie ma jakiegokolwiek wpływu. Dzieje się to tak, gdyż jak już wspomniano, Zamawiający wprost określił, co rozumie pod pojęciem Użytkownik wewnętrzny: „Przez użytkowników wewnętrznych Zamawiający rozumie osoby zatrudnione przez zamawiającego lub zatrudnione w jednostkach organizacyjnych podległych zamawiającemu.”.

Prawdą jest, że Wykonawca S., może powołać się na osoby zatrudnione w jednostkach organizacyjnych podległych zamawiającemu. I prawdopodobnie wskaże na osoby zatrudnione w Powiatowych Urzędach Pracy. Byłoby to stwierdzenie, zgodne z prawdą, tylko w sytuacji gdy Powiatowy Urząd Pracy byłby jednostką organizacyjną podległą Zamawiającemu - w tej sytuacji Ministerstwu Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej. Jednak analiza aktualnie obowiązujących przepisów prawa wskazuje, że od dnia 01 stycznia 1999 r. Powiatowe Urzędy Pracy nie wchodziły w skład rządowej administracji zespolonej/niezespolonej.

Dla potwierdzenia powyższych słów, wskazać należy treść przepisy art. 19 Ustawy z dnia 13 października 1998 r. Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz. U, z 1998, nr 133, poz. 872 z późn. zm.), w którym to ustawodawca wyłączając z pod rządowego stosunku zależności Urzędu Pracy, wskazał, że „3. Z dniem 1 stycznia 2000 r. wojewoda przejmuje odpowiednią część mienia wojewódzkiego urzędu pracy, służącą wykonywaniu jego zadań w zakresie przeciwdziałania bezrobociu, oraz zespół pracowników.

4. Z dniem 1 stycznia 2000 r. urzędy pracy nie wymienione w ust. 2 stają się powiatowymi

urzędami pracy wchodzącymi w skład powiatowej administracji zespolonej/

Trzeba podkreślić, że powyższa ustawa aktualnie obowiązującym aktem prawnym. Ponadto w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku

pracy, (Dz. U. z 2017 r. poz. 1065 z późn. zm.), w art. 9 ust. 2 wskazano, że:

„Zadania, o których mowa w ust. 1, są wykonywane przez powiatowe urzędy pracy wchodzące w skład powiatowej administracji zespolonej.”.

Z kolei w ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2016 r. poz.

814, z późn. zm.); odnaleźć można następujące przepisy;

„Art 32.1. Zarząd powiatu wykonuje uchwały rady powiatu i zadania powiatu określone przepisami prawa.

2. Do zadań zarządu powiatu należy w szczególności:

1) przygotowywanie projektów uchwał rady;

2) wykonywanie uchwał rady;

12

2a) opracowywanie programów rozwoju w trybie określonym w przepisach o zasadach prowadzenia polityki rozwoju;

3) gospodarowanie mieniem powiatu;

4) wykonywanie budżetu powiatu;

5) zatrudnianie i zwalnianie kierowników jednostek organizacyjnych powiatu;

6) uchwalanie regulaminu organizacyjnego starostwa powiatowego,

3. W realizacji zadań zarząd powiatu podlega wyłącznie, radzie powiatu,.

4. Organizację wewnętrzną oraz tryb pracy zarządu określa statut powiatu.

5. Statut powiatu podlega ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym,”

„Art. 33. Zarząd wykonuje zadania powiatu przy pomocy starostwa powiatowego oraz jednostek organizacyjnych powiatu, w tym powiatowego urzędu pracy.”

„Art. 33b. Powiatową administrację zespoloną stanowią:

1) starostwo powiatowe;

2) powiatowy urząd pracy, będący jednostką organizacyjną powiatu;

3) jednostki organizacyjne stanowiące aparat pomocniczy kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży”,

Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że z art. 33b przywołanej ustawy wprost wynika, że powiatowy urząd pracy, jest jednostką organizacyjną powiatu. Nawet jakby przyjąć czystą fikcję, że Zamawiający określał wymóg użytkownika wewnętrznego szerzej aniżeli wynika to z zapisu dokumentacji przetargowej, to nie sposób jest przyjąć, że powiat jest jednostką organizacyjną zależną od Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej. W związku z tym z całą stanowczością należy stwierdzić, że przedstawiona usługa w ramach wykazu usług, nie spełnia przede wszystkim wymagania określonego przez zamawiającego, tj. co najmniej 2.000 użytkowników wewnętrznych. Ponadto jak wynika z treści

Obwieszczenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, z dnia 19 października 2016 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Rodziny, Pracy i Polityki

Społecznej lub przez niego nadzorowanych (M.P. z dnia 28 października 2016 r. poz. 1015), w skład jednostek organizacyjnych podległych MRPiPS wchodzi:

1) Centrum Partnerstwa Społecznego „Dialog” im* Andrzeja Bączkowskiego;

2) Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych;

3) Zakład Wydawniczo-Poligraficzny Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej,

Dowód: wydruk Obwieszczenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 października 2016 r.

W związku z powyższym brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że System PSZ, który został wskazany w wykazie usług, spełnia wymagania Zamawiającego postawione w niniejszym przetargu. Idąc dalej, należy wskazać, że jednostki organizacyjne

13

podległe Ministrowi, z całą pewnością nie mają dostępu do Systemu PSZ, a jeśli mają to w wyjątkowo ograniczonym zakresie z uwagi na ramy swojej działalności.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do usługi wskazanej w wykazie usług w przedmiocie ilości użytkowników wewnętrznych było zatem świadome i miało na celu

potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten nie dysponował poprawną usługą (w rozumieniu SIWZ), czyli spełniającą wymóg m.in. używania przez co najmniej 2.000 użytkowników wewnętrznych.

Wobec małej ilości podobnych usług na rynku - działał on ze szkodą dla innych wykonawców, którzy zmuszeni byli poszukiwać usług poprawnych (pozyskując zobowiązanie podmiotu trzeciego, co nie jest czynnością darmą w razie uzyskania zamówienia) lub wręcz zmuszeni byli do rezygnacji ze złożenia oferty w postępowaniu.

Powyższe wprowadzenie w błąd pozwoliło na zakwalifikowanie oferty S. jako spełniającej wymagania Zamawiającego-co miało wpływ na wynik postępowania, zakończony wyborem oferty S..

Tym samym w ramach oferty S. doszło do złożenia oświadczenia, które obiektywnie jest niezgodne z rzeczywistością. Wedle części wyroków Krajowej izby odwoławczej - które w ocenie Odwołującego zachowują swą aktualność - już sam ten fakt uzasadnia uwzględnienie postawionego zarzutu¹.

Zdaniem Odwołującego w okolicznościach sprawy należy jednak dodatkowo uznać, iż złożenie przedmiotowego oświadczenia nie jest wynikiem jakiegoś przeoczenia, błędu czy niezamierzonej omyłki S. ~ lecz uznać należy, iż oświadczeniu temu przyświecał zamiar S. wprowadzenia Zamawiającego w błąd - mając świadomość szkodliwego skutku swego działania w kontekście posłużenia się w/w usługą, która jednak została wykorzystana, już poza wiedzą odbiorcy, na potwierdzenie wadliwego w świetle SIWZ doświadczenia.

Za świadomym i umyślnym działaniem mającym wprowadzić Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego zakresu wykonanej usługi

świadczy fakt, iż S. - jako wykonawca ubiegający się od lat o zamówienia publiczne - ma i musi mieć doskonałą wiedzę i świadomość tego, co oznacza wymóg „użytkowników wewnętrznych” i jak należy go rozumieć w ocenie aktualności posiadanego doświadczenia. Ponadto S. musi zdawać sobie sprawę z charakteru wiążących zapisów SIWZ, które w sytuacji uszczegółowienia są wiążące dla wszystkich Wykonawców i nie ma jakichkolwiek podstaw do ich nadinterpretacji. S. jako aktywny uczestnik rynku zamówień publicznych musi też mieć świadomość obojętnej wynikającej z tej zasady dla innych wykonawców-którzy odstępują od ofertowania z uwagi na brak wymaganego doświadczenia - trudno zaś przyjąć, iż profesjonalny uczestnik rynku nie kontroluje, nie wie lub „zapomniał” o tym czego dotyczy zamówienie. 1 por: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt:

KIO 1778/09 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1163/09, czy wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. (Sygn. akt, KIO/UZP 1223/09).

Za przyjęciem świadomego oświadczenia nieprawdy przemawia również fakt, iż S. utrzymuje ów system od początku Istnienia, także również od momentu, gdy Powiatowe Urzędy Pracy zostały wyłączone spod stosunku zależności dawnego Ministerstwa Pracy. To S. tworzyło poprzedni system, który funkcjonuje do dnia dzisiejszego. Jednocześnie S. musi zdawać sobie sprawę z faktu nowelizacji ustawy, które planowo ma wejść w życie w przyszłym roku, a która to ponownie przywróci zależność PUP-ów i WUP-ów od Administracji Rządowej. Jednak fakt przyszłej nowelizacji ustawy nie pozwala na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, gdyż Wykonawcy musi legitymować się wymaganym doświadczeniem w dniu składania ofert.

Tym samym S. - by obejść niekorzystny dla wykonawców wymóg wykonania konkretnej usługi! w/w warunku udziału w postępowaniu - posłużył się usługą wadliwą, wykonaną dla małej ilości użytkowników, manipulując przy tym treść referencji, a co za tym idzie próbując wprowadzić Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego wykonanej usługi.

Zdaniem Odwołującego spełnione są przesłanki pozwalające - w okolicznościach tej konkretnej sprawy - na uznanie intencjonalnego i świadomego działania przez S. i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co ma wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zwraca uwagę, że art. 24 ust. 1 pkt 17 stanowi, że Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku pomyłki lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niewątpliwie w realiach przedmiotowej sprawy, niniejsze informacje miały wpływ na wynik postępowania, co świadczy o wyborze oferty tej Firmy,

Podkreślić przy tym trzeba, że zgodnie z wciąż aktualnym orzecznictwem izba wskazała: „Zdaniem izby takiego niedbalstwa dopuścił się przystępujący, który co najmniej posłużył się w postępowaniu nieprawdziwymi Informacjami nie weryfikując informacji przekazywanych mu przez podmiot trzeci - to jest firmę A, sp. z o.o. Wzięto pod uwagę, że w profesjonalnym obrocie reguły należytej staranności wymagają upewnienia się, czy stan rzeczy deklarowany w oświadczeniach składanych zamawiającemu odpowiada rzeczywistości” (wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2015 r., KIO 726/16).

W innym Wyroku Izba podkreśliła¹⁶ że „przyjmuje się, że informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą” (Wyrok Kio z dnia 23 lipca 2015 r., KIO 1425/15).

15

Jednocześnie wskazać należy przy tym na Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE (WYROK TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C 387/14 (Esaprojekt sp. z o.o.), w którym to odpowiadając na pytanie prejudycjalne stwierdził, że:

„Artykuł 45 ust 2 lit g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy Interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.”

Również za istotne należy uznać orzeczenie KIO z dnia 21 lutego 2017 r. sygn. KIO 205/17; KIO 206/17 - Izba wskazała, że: „Nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawia nieprawdziwe informacje, które są podstawą pozytywnej weryfikacji, nie można jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna czy błędna. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. jest sytuacja, w której oświadczenia lub dokumenty zawierają tego rodzaju błędy, że z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.” Zatem ze zwykłej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że ewentualne wezwanie do „podmiany” wymaganego doświadczenia w zakresie wymaganych usług należy uznać za sprzeczne z instytucją wskazaną w art. 26 ust. 3 pzp.

II. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy S. z postępowania pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazuje, iż jednocześnie S. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z Ustawą potwierdzenie takiego zarzutu Winno skutkować wezwaniem S. do złożenia wyjaśnień, względnie do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący podnosi jednak, iż z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie Wykazu usług a także w zakresie za rzutu Rażącej Niskiej Ceny- oferta S. nie podlega uzupełnieniu, jako kwalifikująca się do odrzucenia.

W przypadku zaś - gdyby w wyniku rozpoznania odwołania-zarzuty te nie potwierdziły zasadnym jest rozpoznanie niniejszego zarzutu - ze skutkiem - w razie jego uwzględnienia - nakazania Zamawiającemu wyjaśnienia i uzupełnienia oferty S..

16

III. Zarzut zaniechania odtajnienia oferty S. w zakresie wskazanym w petitum odwołania, Ponadto, po dokonaniu wglądu w treść oferty S. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę: S. jako niejawnych części jego oferty przez co uniemożliwił Odwołującemu zbadanie oferty tego wykonawcy i wykazanie że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a oferta tego wykonawcy

powinna zostać odrzucona.

Stwierdzić należy:

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez S. jako niejawnych części oferty S. (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

- a także zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez S. jako niejawnych wyjaśnień i ewentualnych uzupełnień treści oferty, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 Ustawy ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 Ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do Wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

I. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,

II. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

III. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odnosnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez S. zastrzeżenia ww.

jako tajemnicy było i jest oświadczeń/dokumentów/wyjaśnień przedsiębiorstwa bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt; III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności

postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wszystkie zastrzeżone przez wykonawcę S. informacje nie spełniają ww. przesłanek, o których mówi art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zupełnie niezrozumiałe jest zaniechanie odtajnienia wykazu osób oraz Załącznika nr 1 do Formularza Oferty, zawierającego dane, które podlegają kryterium punktowemu. Jest to o tyle istotne, że w sytuacji finansowej spółki S., niemożliwe jest posiadanie personelu, o tak wykwalifikowanym doświadczeniu oraz posiadającemu wymagane certyfikaty.

Doświadczenie wymagane przez Zamawiającego jest na tyle specyficzne, że tylko najlepiej

18

prosperujące firmy na rynku polskim mogły startować w niniejszym przetargu. Trzeba dodać, że firmy, które posiadają bogate portfolio informatyczne. Z informacji rynkowych, które docierają do każdego z wykonawców wynika, że Spółka S. znajduje się w sytuacji finansowej, które wprost wskazuje, że, jest wysokie prawdopodobieństwo rychłego ogłoszenia upadłości bądź postępowania sanacyjnego. Również nie bez znaczenia pozostaje fakt, że brak odtajnienia wykazu osób, w pełnej informacji, nie pozwala innym wykonawcom na weryfikację prawdziwości całego personelu wskazanego w dokumencie. Jest to o tyle istotne, że osoby, które są wskazane w takim formularzu powinny legitymować się bardzo dużym bagażem doświadczeń (z uwagi na uzyskanie przez S. maximum ilości punktów w ramach czwartego punktowanego kryterium. Jest to o tyle istotne, że w ramach tego postępowania Zamawiający wprost określił co rozumie przez staż pracy:

„Jako staż pracy w podmiotach realizujących projekty Informatyczne Zamawiający rozumie okres zatrudnienia {na podstawie umowy o pracę lub na podstawie umowy cywilnoprawnej) w podmiotach wykonujących usługi informatyczne związane w szczególności z projektowaniem, budową, wdrażaniem, utrzymaniem/ rozwojem systemów Informatycznych lub podmiotach (komórkach organizacyjnych podmiotów), na rzecz których realizowane były wskazane usługi, jeśli wykonywane przez daną osobę czynności były związane z tymi usługami/ W związku z powyższym niezwykle istotne jest, by wykaz osób w przypadku Wykonawcy S., był jawny w całej swej okazałości. Rynek informatyczny Jest na tyle specyficznym rynkiem, że zawsze istnieje ryzyko podkupienia pracownika. Jednak istotny jest również fakt, że Zamawiający prawdopodobnie nie wykonał jakiegokolwiek weryfikacji prawdziwości istnienia wszystkich osób wskazanych w wykazie, oraz nie zweryfikował, czy osoby te posiadają wymagane doświadczenie. Jeszcze raz wskazać należy przy tym, że staż pracy rozumiany jest jako zatrudnienie na umowę o pracę lub na podstawie umowy cywilnoprawnej, zatem współpraca w ramach działalności gospodarczej nie spełnia przedmiotowego warunku. Jest to o tyle istotne,

że Spółka S. znana jest ze współpracy w ramach działalności gospodarczej z większością podwykonawców, zatem jest wysoce prawdopodobne, że osoby z załącznika nr 1 do Formularza Oferty oraz z Wykazu osób nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego 5 lat stażu pracy. Również w ocenie Odwołującego mało realnym jest posiadanie takich osób przez drugi podmiot wchodzący w skład Konsorcjum w R. SA W ocenie Odwołującego wejście w Konsorcjum w przypadku Spółki S. świadczy o fakcie, że Spółka ta chciała ukryć informację, że osoby wskazane w Wykazie osób nie posiadają faktycznie wymaganego doświadczenia. Nie zdziwi Odwołującego również fakt, na powoływanie się przez Wykonawcę na tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na działalność w ramach Konsorcjum. Wszystko to służy prawdopodobnie maksymalnemu utrudnieniu pozostałym Wykonawcom weryfikacji zarówno rzetelności jak i prawdziwości wypełnionego Wykazu osób.

19

Weryfikacji pozostałym Wykonawcom powinno podlegać także doświadczenie tych osób oraz wskazane certyfikaty. Jest to o tyle istotne, że wymagania były wspólne dla wszystkich wykonawców i w sytuacji gdy w wykazie osób nie zostały wskazane w doświadczeniu personelu, prywatne projekty a tylko publiczne, prowadzone w ramach zamówienia publicznego, to weryfikacja prawdziwości tegoż wykazu jest możliwa przez innych Wykonawców w drodze informacji publicznej, jest to kolejny argument „za” pełnym odtajnieniem wykazu osób i kluczowego personelu wskazanego przez Konsorcjum S..

Warto zwrócić uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosnie ciężaru dowodu w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 2079/10, Krakowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do dochowania poufności zastrzeżonych informacji”

Warto również zacytować fragment uzasadnienia orzeczenia w wyroku KIO z dnia 20 marca 2017 r., sygn. KIO 2113/16; KIO 2119/16: „Podobnie jest w przypadku członków personelu wykonawcy - w szczególności, gdy osoby te są stałymi pracownikami wykonawcy i posiadają wysokie, specyficzne lub poszukiwane na rynku kwalifikacje - jeśli nawet nie sami wykonawcy, to ich pracownicy zwykle orientują się lub mogą się dowiedzieć, jakim personelem dany wykonawca dysponuje.

Poza tym Izba wskazuje - w stosunku do ustawicznie powtarzanej przez wykonawców argumentacji o "podkupowaniu" personelu, podwykonawców itd. - że po pierwsze argument o łatwości podkupienia stoi w opozycji do oświadczenia o dysponowaniu daną osobą, podmiotem, sprzętem itd., gdyż widocznie więź obligacyjna, na którą powołuje się wykonawca, nie jest wystarczająca, by wykonawca mógł nimi dysponować na potrzeby realizacji zamówienia. Po drugie, w stosunku do wykonawcy usiłującego "podkupić" zasoby konkurenta może okazać się, że swoje zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiący o zakłócaniu konkurencji między wykonawcami.

Jednocześnie Izba podkreśliła, że: „To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie; zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo. Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania

20

informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz "wykazać" - iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Fakt bezzasadnego utajnienia dokumentów należy odnieść także do wyjaśnień ceny, zdaniem Odwołującego jedynym elementem, jaki mógłby podlegać utajnieniu w części dotyczącej wyjaśnienia ceny w przypadku Wykonawcy S. w niniejszym postępowaniu to wyliczenia w zakresie marży i ewentualnych kosztów podmiotu trzeciego czy wynagrodzenia członka Konsorcjum.

Jest to o tyle istotne, gdyż S. znajduje się w mówiąc kolokwialnie „takiej, a nie innej sytuacji finansowej”. Wadliwie dokonana wycena projektu E-Podatki, który przez lata przynosił znaczące przychody Spółce, sprawia, że niniejsze postępowanie również zostało wadliwie wycenione w zakresie usług roboczogodziny, co będzie miało odzwierciedlenie w przyszłości. Dlatego istotne jest odtajnienie tego dokumentu w przypadku Spółki S., celem weryfikacji przedstawionych tam informacji, właśnie pod kątem zabezpieczenia finansowego projektu oraz ewentualnego ryzyka niepowodzenia w przyszłości, co jest podstawą, do zarzutu nieuczciwej konkurencji w przedmiocie wyceny roboczogodziny i rażąco niskiej ceny w tej części zamówienia.

Na koniec Odwołujący pragnie przytoczyć treść Wyroku KIO z dnia 2 sierpnia 2013 r. Sygn. akt: KIO 1745/13, w którym to Izba wskazała: (...) Krajowa izba Odwoławcza w dotychczasowym orzecznictwie zwracała uwagę, że (...) nie jest wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, bez konkretnego uzasadnienia, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, czy też posiadają istotną wartość gospodarczą bądź indywidualny charakter i tym samym stanowią know-how wykonawcy. Zatem Zamawiający, dokonując badania zasadności „utajnienia” części oferty - powinien w pierwszej kolejności rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające być może charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, że prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, ograniczając tym samym Innym wykonawcom zapewnienie ochrony prawnej. W orzecznictwie KIO podkreśla się również, że zamawiający

powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty, Jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne elementy [zwroty czy wyliczenia], które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa* Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być - zdaniem Izby - tylko np. nazwa określonego .partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich, czy pewne dane stanowiące określoną - uprawdopodobnioną co najmniej - wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Tym samym nie każdy dokument może

podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, takie zastrzeżenie może dotyczyć tylko Jego określonej części [ściśle określonego elementu].

Rozpoznając zarzut odnoszący się do Wykazu usług (...) oraz listów referencyjnych i Wykazu osób (...) Izba uznała, że w podnoszonych przez wykonawców okolicznościach zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Informacji z tych Wykazów było niezasadne ! tym samym ten zarzut podlega uwzględnieniu oraz podlega uwzględnieniu żądanie udostępnienia w części informacji podanych w tych Wykazach oraz w Ustach referencyjnych. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że informacje zawarte w tym Wykazie, podobnie jak w Wykazie osób (...) przede wszystkim mieszczą się w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego, co do zasady wyklucza w konsekwencji, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości. Tym samym Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że wymienione Wykazy wraz z dowodami ~ Ustami referencyjnym oraz zobowiązaniami podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby - mogą podlegać zastrzeżeniu tylko w takim zakresie, jak wywodzi Odwołujący. To oznacza, że takie zastrzeżenie nie może dotyczyć usług z sektora publicznego, finansowanych ze środków publicznych, nawet, gdy powoływanie na takie usługi jest skutkiem korzystania z zasobu podmiotu trzeciego w oparciu o przepis art 26 ust 2b ustawy Pzp. W odniesieniu do usług realizowanych na rzecz sektora prywatnego z klauzuli zastrzeżenia - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - wykonawcy mogą korzystać zdaniem izby - co najwyżej tylko w ograniczonym zakresie - stąd żądanie częściowego' odtajnienia Wykazu usług - podlega uwzględnieniu. (...) W konkluzji izba stwierdza, że w odniesieniu do projektów zrealizowanych na rzecz sektora prywatnego dane zawarte w Wykazie usług (...) oraz w Ustach referencyjnych mogą korzystać tylko z częściowego zastrzeżenia, a mianowicie co do nazwy podmiotu, na rzecz którego taka usługa została wykonana. (...) Izba uznała,

że

informacja związana z kompletowaniem zespołu specjalistów, tj. informacja a osobach, z którymi prowadzi się negocjacje - w zasadzie TM tak jak podnosi się w orzecznictwie - tylko na etapie przed złożeniem oferty mogłaby być uznana za Informację obiektywnie poufną, zwłaszcza w przypadku rzadkich poszukiwanych na rynku specjalności i tym samym. Jako tajemnica przedsiębiorstwa korzystać z ochrony przed jej ujawnieniem. Zdaniem izby, z chwilą złożenia oferty, nie jest możliwe kwalifikowanie listy kandydatów, Jako zawierającej informacje poufne, [zastrzeżonej korzystające z takiej ochrony, jak przewidziana dla tajemnicy przedsiębiorstwa i niepodlegającej ujawnieniu.

Kandydaci bowiem po wyborze oferty danego wykonawcy zostaną skierowani do realizacji zamówienia i ta Informacja obiektywnie stanie się jawną. W konkluzji Izba stwierdza, że wymienione wyżej Informacje wynikające z Wykazu osób Ufnie spełniają

przesłanek uznania ich w całości za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż mieszczą się one przede wszystkim, jak już wskazano, w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia."

Na marginesie Odwołujący wskazał fakt, że w sytuacji, gdy jakakolwiek osoba wskazana w wykazie osób, a której doświadczenie było punktowane w ramach kryterium oceny ofert, nie istnieje lub nie posiada wymaganego stażu, lub nie brała udziału w wymaganej ilości projektach, lub nie posiada wymaganego certyfikatu skutkuje co najmniej nie uzyskaniem punktów w ramach badanego kryterium. Na potwierdzenie powyższych słów

należy wskazać przykładem Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2017 r. sygn.. KIO 290/17, w którym to Izba stwierdziła iż: „Rację ma również Zamawiający, że w zamówieniach publicznych od lat istnieje zasada, iż treść oferty w zakresie podlegającym punktacji w ramach oceny ofert nie podlega uzupełnieniu w ramach art 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (a nawet jeśli z jakichś przyczyn dokumenty były uzupełnianie, nie dopuszczało się, aby skutkowało to przyznaniem ofercie jakichkolwiek dodatkowych punktów), zaś jej ewentualne wyjaśnienie w oparciu o art 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wprawdzie nie jest wykluczone, ale musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty, w tym także jej niedozwolonego Uzupełnienia. Nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty, w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów. Część oferty podlegająca punktacji jest bowiem szczególnie wrażliwa, gdyż prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, które następnie skutkuje wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, co skutkuje właśnie tym, że ofert tych nie można uzupełniać po ich złożeniu, aby żadnemu z wykonawców nie dawać przewagi czasowej (możliwość późniejszego złożenia danego oświadczenia niż konkurencji) ani informacyjnej (możliwość zaznajomienia się z ofertami konkurentów i dostosowania swojej)”

W tym zakresie Odwołujący zarzuca jak w pkt powyżej, tj. wskazuje, iż nieaktualne doświadczenie nie może potwierdzać warunku udziału w postępowaniu.

IV. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. z postępowania, pomimo, że zaoferowane licencje w ramach przedmiotowego postępowania nie są licencjami nieograniczonymi!, w sytuacji gdy Zamawiający wymagał licencji nieograniczone terytorialnie, bezterminowe, przenoszalne oraz bez jakichkolwiek ograniczeń ilościowych.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z § 13 ust. 10 Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający wymagał: „Licencje, o których mowa w ust. 1 lit. B, muszą być nieograniczone terytorialnie, bezterminowe, przenoszalne, uprawniają do

23

korzystania z Oprogramowania Gotowego bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń, na których instalowane lub uruchamiane będzie Oprogramowanie oraz muszą umożliwiać wykorzystanie funkcjonalności Systemu przez liczbę użytkowników wskazaną w pkt 3.2.6 OPZ”.

Odnosząc powyższe do realiów przedmiotowej sprawy, wskazać należy, że Wykonawca S. wprowadził w błąd Zamawiającego oferując oprogramowanie gotowe^A które posiada konkretne ograniczenia w zakresie możliwości instalacji lub uruchamiania na urządzeniach.

Wykonawca S. zaoferował następujące oprogramowanie gotowe:

- a) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 4,048,00 zł netto (słownie złotych netto: cztery tysiące dziewięćset czterdzieści osiem 100/100), tj. 6.086,04 zł brutto (słownie złotych brutto: sześć tysięcy osiemdziesiąt sześć i 04/100), Wartość całkowita 69.272,00 zł netto (słownie złotych netto: sześćdziesiąt dziewięć tysięcy dwieście siedemdziesiąt dwa i 00/100), tj. 85.204,56 zł brutto (słownie złotych brutto: osiemdziesiąt pięć tysięcy dwieście cztery i 56/100),
- b) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 2.548,00 zł netto (słownie złotych netto: dwa tysiące pięćset czterdzieści osiem 100/100), tj. 3.134,04 zł brutto (słownie złotych brutto: trzy tysiące sto trzydzieści cztery i 04/100). Wartość całkowita 35.672,00 zł netto (słownie złotych netto: trzydzieści pięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa i 00/100), tj. 43.876,56 zł brutto (słownie złotych brutto: czterdzieści trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt sześć i 56/100),
- c) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 3.189,00 zł netto, (słownie złotych netto: trzy tysiące sto osiemdziesiąt dziewięć i 00/100), tj. 3.922,47 zł brutto (słownie złotych brutto: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa i 47/100). Wartość całkowita 44.646,00 zł netto (słownie złotych netto: czterdzieści cztery tysiące sześćset czterdzieści sześć i 00/100), tj. 54.914,58 zł brutto (słownie złotych brutto: pięćdziesiąt cztery tysiące dziewięćset czternaście i 58/100),
- d) oprogramowania U. (...) w ilości 84 sztuk licencji o wartości jednostkowej 3.389,00 zł netto (słownie złotych netto: trzy tysiące trzysta osiemdziesiąt dziewięć i 00/100), tj. 4.168,47 zł brutto (słownie złotych brutto: cztery tysiące sto sześćdziesiąt osiem i 47/100). Wartość

całkowita 284*676,00 zł netto (słownie złotych netto: dwieście osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt sześć i 00/100), tj. 350.151,48 zł brutto (słownie złotych brutto: trzysta pięćdziesiąt tysięcy sto pięćdziesiąt jeden i 48/100),
e) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 3.189,00 zł netto (słownie złotych netto: trzy tysiące sto osiemdziesiąt dziewięć i 00/100), tj. 3.922;47 zł brutto (słownie złotych brutto: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa i 47/100). Wartość całkowita 44.6413,00 zł netto (słownie złotych netto; czterdzieści cztery tysiące sześćset

24

czterdzieści sześć i 00/100), tj. 54.914,58 zł brutto (słownie złotych brutto; pięćdziesiąt cztery tysiące dziewięćset czternaście i 68/100),
f) oprogramowania U. (...) w ilości 28 sztuk licencji o wartości jednostkowej 6>610,00 zł netto (słownie złotych netto: sześć tysięcy sześćset dziesięć i 00/100), tj. 8.130,30 zł brutto (słownie złotych brutto: osiem tysięcy sto trzydzieści i 30/100). Wartość całkowitą 185-080,00 zł netto (słownie złotych netto: sto osiemdziesiąt pięć tysięcy osiemdziesiąt 100/100), tj. 227.648,40 zł brutto (słownie złotych brutto: dwieście dwadzieścia siedem tysięcy sześćset czterdzieści osiem 140/100),
W zakresie pozycji d powyższego zestawienia wykonawca S. zaoferował oprogramowanie U. (...).

Odwolujący wskazuje, że powyższa nazwa została zmanipulowana przez Wykonawcę S., o czym świadczy fakt, iż prawidłowa nazwa Oprogramowania Gotowego, do której przypisany jest kod (...) to U. (...). Dowód: wydruk nr 1 ze strony internetowej: <http://www.kernelsoftware.com/products/čataiog/umanRQ.html> Wydruk nr 2 ze strony internetowej: <http://www.liorizonstvstems.com/store/ecom--prodshow/3S37 EO-022-ZZ.html>

Manipulacja ta, zdaniem Odwołującego, miała na celu ukrycie ograniczeń licencyjnych.

Dokonując tłumaczenia nazwy niniejszej licencji, wskazać należy, że

1. nazwa wskazana przez S. w ofercie „Additional Current Procesor” oznacza „DODATKOWY BIEŻĄCY PROCESOR”
 2. podczas gdy, prawidłowa nazwa licencji „ADDITIONAL CONCURRENT PROCESSING THREAD” oznacza licencje na „DODATKOWO PRZETWARZANE RÓWNOLEGŁE WĄTKI”
- S. zaoferowało 84 licencje oznaczone symbolem (...), co jest ograniczeniem w zakresie ilości równoległych przetwarzań wątków. Wskazać przy tym należy,

że prawdziwa nazwa licencji świadczy o fakcie, iż korzystanie z niej uprawnia do jedynie ograniczonego co do ilości równoległego przetwarzania informacji. Zgodnie z tym, co wskazuje Zamawiający w projekcie umowy licencji gotowego oprogramowania nie powinny mieć żadnych ograniczeń, a jak widać oferowane przez S. licencje posiadają zabronione w SIWZ ograniczenia, które ostatecznie w przypadku ich wykorzystania będą ograniczać prace systemu w zakresie przetwarzania dokumentów papierowych na postać cyfrową, co jest jedną z głównych funkcji, jakie powinien spełniać system zamawiany przez Prokuraturę Krajową.

Ograniczenie liczby licencji może doprowadzić do sytuacji, w której wykorzystana zostanie pełna pula licencji, czyli 84, możliwe będzie przetwarzanie wdanej jednostce czasu (jednocześnie) jedynie zgodnej z ofertą S., liczby (84) dokumentów jednocześnie, co wprost wynika z liczby dostarczonych licencji. Zamawiający nie będzie miał możliwości

25

przetwarzania kolejnych dokumentów dopóki dopóty nie wykupi kolejnych licencji, które nie zostały zaoferowane.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący pragnie podkreślić, że celowe ' wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do treści oferty, skutkować powinno odrzuceniem oferty S..

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż produkty U. wykazane w ofercie S. bazują na licencjach silnika procesów (...), co wprowadza dodatkowe ograniczenia licencyjne niezgodne i SIWZ, są to m.in.: brak wsparcia dla architektury 64-bitowej systemów operacyjnych, standardowo stosowanej przy budowie systemów informatycznych. Stosowanie architektury 64-bitowej jest niezbędne do wydajnego przetwarzania dokumentów papierowych na postać cyfrową. Brak możliwości skorzystania z. wydajnego przetwarzania

dzięki wykorzystaniu pełnych możliwości 64-bitowych systemów operacyjnych jest ograniczeniem niedopuszczonym zapisami SIWZ („Licencje, o których mowa w ust. 1 lit. B, muszą być nieograniczone terytorialnie, bezterminowe, przenoszalne, uprawniając do korzystania z Oprogramowania Gotowego bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń, co do liczby użytkowników oraz urządzeń, na których Instalowane lub uruchamiane będzie Oprogramowanie oraz muszą umożliwiać wykorzystanie-funkcjonalności Systemu przez liczbę użytkowników wskazaną w pkt 3.2.6 OPZ”). Wyżej opisane ograniczenie będzie zmuszać Zamawiającego do wykorzystania tylko połowy wydajności maszyn, na których zostanie uruchomione rozwiązanie, a będą to z pewnością 64-bitowe systemy operacyjne. Jest to niewątpliwie ograniczenie w zakresie ilościowym i co do urządzeń, na których instalowane lub uruchamiane będzie Oprogramowanie.

Na potwierdzenie tego, iż Zamawiający zamierza zakupić systemy operacyjne mające możliwość pracy w architekturze 64-bitowej, pragniemy przytoczyć zapisy aktualnie toczącego się postępowania (sygnatura PK XF 261.11.2017) na zakup m.in. urządzeń i systemów operacyjnych, na których ma zostać uruchomiony system iSDA. Zamawiający zawarł w specyfikacji zapisy pozwalające twierdzić, iż wykorzystywane będą maszyny z zainstalowanym 64-bitowym systemem operacyjnym: 2.5.1.2 Stacje skanowania dostarczone w ramach Projektu SDA

Stacje skanowania dostarczone w ramach Projektu SDA (stacje skanowania SDA) przeznaczone są do wykonywania skanów akt dla systemu SDA- Stacje skanowania zainstalowane są w Prokuraturze Krajowej, jedenastu prokuraturach regionalnych i czterdziestu pięciu prokuraturach okręgowych. Wszystkie stacje skanowania zostaną włączone do Farmy Stacji Roboczych. Podstawowe parametry stacji skanowania zestawione są w Tabeli U.

Tabela U Parametry stacji skanowania dostarczonych w ramach Projektu SDA

26

Lp, Opis parametru Parametr

1. Ilość stacji skanowania 113 szt.
2. Procesor Intel Core i5-3470
3. RAM 8 GB
4. Dysk twardy 1TB
5. Skaner A4 KODAK i2600
6. Skaner A3 KODAK i3200
7. Oprogramowanie MS Windows

V. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty S. z uwagi na Rażąco Niską Cenę w ofercie tego wykonawcy ~ co stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt.4) Ustawy.

Jednym z kryteriów oceny ofert był koszt brutto roboczogodziny W zakresie prawa opcji. Całkowity koszt prac w ramach prawa opcji został ustalony przez Zamawiającego w SIWZ na 40% podstawowej wartości zamówienia. Wykonawcy w złożonych ofertach wykazują następujące kwoty brutto roboczogodziny:

Wykonawca

1. Konsorcjum E. L. i C.(2) SA – 133,37
2. Konsorcjum S. SA i D. SA - 79,95
3. A. P. S.A – 184,5
4. M. – 49,2
5. Konsorcjum A. i C. I. Z - 123
6. C. - 103,32

Jak wskazał Odwołujący koszt roboczogodziny przedstawiony przez S. jest o 32,38 zł mniejszy od średniego kosztu roboczogodziny wszystkich wykonawców, który wynosi 112,33 zł.

Kluczową podstawą szacunku kosztu roboczogodziny jest wchodzący w ich skład „szacowany uśredniony koszt wynagrodzenia w zł”, za który powinno się przyjąć uśredniony koszt wynagrodzenia wszystkich osób, jakie Wykonawca przewiduje do udziału w realizacji zamówienia.

Zamawiający jasno określił w SIWZ, iż koszt realizacji prac wynikających z prawa

opcji nie przekroczy 40% wartości podstawowej zamówienia. Wykonawcy w swoich ofertach powinni dokonać zgodnego z SIWZ szacowania kosztów realizacji prac w ramach prawa opcji

Elementami składowymi kwoty roboczogodziny są:

27

-
- kwoty brutto wynagrodzenia z umowy o pracę przed odliczeniem podatków i składek na ubezpieczenie społeczne opłacanych przez pracownika,
 - kwoty brutto umów cywilno-prawnych pracowników, którzy będą delegowani do realizacji zadań projektowych,
 - kwoty składek na ubezpieczenie społeczne opłacanych przez pracodawcę {narzut ZUS}.

W kosztach tych powinny mieścić się również koszty przeniesienia na Wykonawcę praw własności intelektualnej (w tym wszelkie wymagane przez Zamawiającego we wzorze umowy, w tym prawa autorskie, zależne i pokrewne).

W związku z powyższym S. winno przedstawić dowód w postaci zestawienia kosztu wynagrodzeń pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia — na okoliczność średniego kosztu wynagrodzeń w odniesieniu do płacy zasadniczej wraz z kosztami ZUS pracodawcy I stawki za Roboczodzień

Według wiedzy wykonawcy, S. nie przedstawił dowodów w sposób opisany jak powyżej, a co za tym idzie oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Dodatkowo powinny zostać przedstawione, jako wchodzące w skład kosztów jednostkowych za roboczogodzinę „szacowane koszt zapewnienia i obsługi miejsca pracy” S. winien wyszczególnić koszty zapewnienia takiego miejsca pracy oraz jego obsługi dla osób, które będą realizować przedmiotowe zamówienie. W kosztach tych powinna zostać ujęta amortyzacja, materiały i wyposażenie biurowe, koszty lokalizacji, koszty infrastruktury, marża oraz pozostałe koszty. Jasno należy stwierdzić, iż zaoferowanie stawki za roboczogodzinę na poziomie niższym niż 103,32 zł brutto nie daje Zamawiającemu żadnej gwarancji wykonania zamówienia, spełnienia jego oczekiwań i warunków jakościowych, tak dokładnie opisanych w zamówieniu. S. nie przedstawiając szczegółowej kalkulacji oraz rozbicia kwot na składowe jasno pokazuje, że stawki na poziomie 49,20 zł brutto lub 79,95 zł brutto są zaniżone i nie uwzględniają wszystkich kosztów składowych !!! Tym samym przejawiają jawne naruszenie zasad uczciwej konkurencji I w naszej ocenie, nie jest możliwe przedstawienie prawdziwej I prawidłowej argumentacji na: ich potwierdzenie. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, iż zaniżanie kwoty roboczogodziny wyraźnie wskazuje na nieuczciwe zamiary w przyszłości związane z zawyżaniem kalkulacji poszczególnych zleceń w celu wyrównania wynagrodzenia za realizację zlecenia.

Na poparcie słuszności swoich tez wykonawca poniżej przedstawia szczegółową analizę elementów, które powinny składać się na kwotę roboczogodziny, a które nie zostały w całości lub częściowo ujęte przez S..

Zgodnie z zapisami projektu Umowy § 9 Realizacja I odbiór Usług rozwoju Systemu -

1. Zamawiający może zlecać Wykonawcy Usługi rozwoju Systemu, o których mowa w § 2 ust 2 lit f w okresie obowiązywania Umowy do dnia zakończenia okresu obowiązywania gwarancji, zgodnie z § 8 ust 9. Zamawiający może dokonywać zleceń realizacji Usług

28

rozwój Systemu wielokrotnie w okresie wskazanych w zdaniu pierwszym, do momentu wykorzystania limitu środków, określonych w ust 2. 2. Wartość Usług rozwoju Systemu zleczanych Wykonawcy nie przekroczy 40 % Wynagrodzenia Wykonawcy. Wartość Usług świadczonych w ramach poszczególnych zleceń rozwoju Systemu określana jest w oparciu o ustaloną przez Strony pracochłonność Systemu {w roboczogodzinach) oraz koszt roboczogodziny określony w Ofercie (formularzu ofertowym) Wykonawcy. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych zleceń rozwoju Systemu ma charakter ryczałtowy. Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie w przypadku gdy rzeczywista pracochłonność Usługi rozwoju Systemu okaże się wyższa niż określona w zleceniu realizacji Usługi rozwoju Systemu.

(...) 10. Wykonawca określa pracochłonność wykonania Usługi rozwoju Systemu w roboczogodzinach przy założeniu wykonywania Usług przy zachowaniu standardów określonych w § 4 ust 1 oraz dysponowaniu zespołem o liczebności i kompetencjach co najmniej odpowiadających liczebności i kompetencjom Personelu Kluczowego oraz skład

zespołu delegowanego do wykonania Usług rozwoju Systemu. Wykonawca może wskazać na brak możliwości realizacji zlecenia z przyczyn technicznych lub na brak możliwości realizacji zlecenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzasadniając swoje stanowisko. Wykonawca składa wskazane tu oświadczenie Zamawiającemu w formie pisemnej.

§ 4 ust 1 projektu umowy mówi; „

1. Wykonawca jest zobowiązany realizować Umowę:

- a) zgodnie z Wymaganiami, Ofertą, przepisami prawa powszechnie obowiązującego, regulacjami wewnętrznymi Zamawiającego, aktami regulującymi zasady realizacji projektów w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa, w tym z kryteriami oceny projektu w ramach konkursu, w którym przyznano dofinansowanie Projektu; b) z należytą starannością, przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru działalności;
- c) przy wykorzystaniu najbardziej aktualnej wiedzy technicznej oraz najbardziej aktualnych standardów organizacyjnych,
- d) przy wykorzystaniu całego posiadanego doświadczenia,
- e) przy uwzględnieniu efektywności ekonomicznej, bezpieczeństwa i użyteczności projektowanych rozwiązań,
- f) przy uwzględnieniu celów Projektu określonych w Studium Wykonalności Projektu."

Zamawiający jasno precyzuje, iż do wykonania usług rozwoju Systemu musi zostać delegowany zespół, którego członkowi mają określone kompetencje (Personel Kluczowy) i nie mogą to być pracownicy, którzy nie posiadający żadnego doświadczenia lub legitymujący się minimalnym doświadczeniem na rynku usług informatycznych. W szczególności do

wykonania usług w ramach prawa opcji powinny zostać delegowane osoby wskazane w Ofercie Wykonawcy i legitymujące się następującym doświadczeniem:

ID roli Nazwa roli Podstawa do przyznania punktów w ramach kryterium i maksymalna liczba punktów dla wskazanej osoby

R1 Kierownik projektu

1. Zamawiający przyzna 5 punktów jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako kierownik projektu (zastępca kierownika projektu, koordynator projektu) w projekcie informatycznym, zakończonym do dnia składania ofert, polegającym na budowie lub rozbudowie (modernizacji, modyfikacji) systemu informatycznego o wartości co najmniej 15 mln zł (słownie: piętnaście milionów złotych).

2. Zamawiający przyzna 5 punktów jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako kierownik projektu (zastępca-kierownika projektu, koordynator projektu) w co najmniej 3 projektach informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, polegających na budowie lub rozbudowie (modernizacji, modyfikacji) systemów informatycznych, a wartość każdego z tych systemów wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych).

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. I.

R2 Architekt systemów informatycznych (2 osoby)

1. Zamawiający przyzna 3 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako architekt systemu Informatycznego (architekt systemowy, główny architekt) w projekcie informatycznym, zakończonym do dnia składania ofert, którego przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie 1 wdrożenia lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu

informatycznego, w ramach którego zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez /lub przez podmioty) systemy zamawiającego) zewnętrzne (eksploatowane inne informatyczne w oparciu o standard SOA a wartość systemu informatycznego wynosiła co najmniej 15 mln zł (słownie: piętnaście milionów złotych).

2. Zamawiający przyzna 3 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu składania ofert brała udział jako architekt systemu ostatnich 5 lat przed terminem

3 projektach Informatycznego (architekt systemowy, główny architekt) w co najmniej

informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) ID roli R3 Nazwa roli Specjalista bezpieczeństwa osoby)

30

Podstawa do przyznania punktów w ramach kryterium i maksymalna liczba punktów dla wskazanej osoby systemu informatycznego, w ramach którego zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez zamawiającego) i/lub zewnętrzne (eksploatowane przez inne podmioty) systemy informatyczne w oparciu, o standard SOA, a wartość każdego z tych systemów informatycznych wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych)

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. I.

Zamawiający przyzna 3 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako osoba odpowiedzialna za projektowanie, wykonanie i wdrożenie rozwiązań bezpieczeństwa systemu Informatycznego w projekcie informatycznym, zakończonym do dnia składania ofert, którego przedmiotem był zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego, w ramach którego wdrożono komponenty odpowiedzialne za bezpieczeństwo dostępu do informacji, w tym zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami, a wartość systemu informatycznego wynosiła co najmniej 6 mln zł (słownie: sześć milionów złotych),

2. Zamawiający przyzna 3 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako osoba odpowiedzialna za projektowanie, wykonanie i wdrożenie rozwiązań bezpieczeństwa systemu informatycznego w co najmniej 3 projektach informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego, w ramach którego wdrożono komponenty odpowiedzialne za bezpieczeństwo dostępu do informacji, w tym zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami a wartość każdego z tych systemów informatycznych wynosiła co najmniej 2 000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych).

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. I.

ID roli Nazwa roli Podstawa do przyznania punktów w ramach kryterium i maksymalna liczba punktów dla wskazanej osoby

R4 Analityk biznesowy (3 osoby)

1. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako analityk biznesowy

31

(projektant aplikacji) w projekcie informatycznym, zakończonym do dnia składania ofert, którego przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu Informatycznego o wartości co najmniej 15 mln zł (słownie: piętnaście milionów złotych).

2. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako analityk biznesowy (projektant aplikacji) w co najmniej 3 projektach informatycznych, zakończonych do (projektant dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie i lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu Informatycznego, a wartość każdego z tych systemów wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych).

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. I.

R5 Projektant aplikacji (4 osoby)

1. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako projektant aplikacji (analityk

do dnia składania ofert, biznesowy) w projekcie

Informatycznym, zakończonym

którego przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego o wartości co najmniej 15 mln zł (słownie: piętnaście milionów złotych).

2. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako projektant aplikacji (analityk w co najmniej 3 projektach informatycznych, zakończonych do dnia biznesowy)

składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego/ a wartość każdego z tych systemów wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie; dwa miliony złotych) ID roli Nazwa roli Podstawa do przyznania punktów w ramach kryterium i maksymalna liczba punktów dla wskazanej osoby

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. I.

R6 Projektant infrastruktury technicznej systemów informatycznych (2 osoby) 1.

Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako projektant infrastruktury techniczno-systemowej w projekcie informatycznym, zakończonym do dnia składania ofert, którego przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa {modernizacja, modyfikacja} systemu informatycznego o wartości co najmniej 15 mln zł (słownie: piętnaście milionów złotych).

32

2. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako projektant Infrastruktury techniczno-systemowej w co najmniej 3 projektach Informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego, a wartość każdego z tych systemów wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych).

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. I.

R7 Specjalista ds. konfiguracji Infrastruktury techniczno-systemowej {2 osoby}

1. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako osoba odpowiedzialna za

Informatycznym, konfigurację infrastruktury techniczno- systemowej w projekcie przedmiotem było zakończonym do dnia składania ofert, którego

zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego o wartości co najmniej 6 mln zł (słownie: sześć milionów złotych).

ID roli Nazwa roli Podstawa do przyznania punktów w ramach kryterium 1 maksymalna liczba punktów dla wskazanej osoby

2. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako osoba odpowiedzialna za konfigurację infrastruktury techniczno- systemowej w co najmniej 3 projektach informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa {modernizacja, modyfikacja} systemu informatycznego, a wartość każdego z tych systemów wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych).

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. R8 Programista (8 osób)

1. Zamawiający przyzna 1 punkt jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako programista (developer) w

do dnia składania ofert, którego przedmiotem Informatycznym, zakończonym było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa {modernizacja, modyfikacja} systemu informatycznego o wartości co najmniej 6 mln zł {słownie sześć milionów złotych).

2. Zamawiający przyzna 1 punkt jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5

lat przed terminem składania ofert brała udział jako programista (developer) w co najmniej 3 projektach informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego, a wartość każdego z tych systemów wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych).

33

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt. I. R9 Tester oprogramowania (2 osoby)

1. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako tester w projekcie informatycznym, zakończonym do dnia składania ofert, którego przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego o wartości co najmniej 6 mln zł (słownie: sześć milionów złotych).

ID roli Nazwa roli Podstawa do przyznania punktów w ramach kryterium i maksymalna liczba punktów dla wskazanej osoby

2. Zamawiający przyzna 2 punkty jeśli osoba delegowana do pełnienia roli w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert brała udział jako tester w co najmniej 3 projektach informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie lub rozbudowa (modernizacja, modyfikacja) systemu informatycznego; a wartość każdego z tych systemów wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych).

W ramach oceny kryterium Zamawiający uwzględni doświadczenie nabyte w ramach realizacji wskazanego w pkt I.

Wskazanie poszczególnych osób było jednym z elementów punktowanych i zgodnie z informacjami na temat wyboru najkorzystniejszej oferty, Sygriły wykazało wszystkich 26 członków wchodzących w skład Personelu Kluczowego.

Zgodnie z zapisami SIWZ, a w szczególności projektu Umowy nie możliwa jest realizacja usług w ramach prawa opcji personelem nie posiadającym wysokich kwalifikacji projektowych, co najmniej odpowiadającym kwalifikacjom osób realizujących podstawowy zakres projektu. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego, koszt roboczogodziny w ramach prawa opcji powinien być równy lub wyższy kosztowi roboczogodziny usług realizujących podstawowy zakres projektu.

Oczywisty jest, iż na tym etapie analizy bez wiedzy zawartej w dokumentach wyjaśnień rażąco niskiej ceny trudno jest oszacować realne koszty S. odnośnie kosztów pracodawcy czy koszty zapewnienia i utrzymania zasobów do świadczenia usług jednak nie można przyjmować, iż one nie występują i nie wpływają na koszty oferty w zakresie stawki za roboczogodzinę. Nie mniej jednak bezspornym jest, iż S. chcąc pozyskać zamówienie, zaniżyło koszt roboczogodziny przewidywany dla realizacji usług w ramach prawa opcji. Stan taki prowadzi do sytuacji, że wykonawca ten nie będzie w stanie realizować powierzonych mu zadań z racji tego, iż otrzymane prawdopodobne wynagrodzenie za realizację usług nie pokryje Wszystkich kosztów, które poniesie S. za realizację zleceń Zamawiającego.

34

S. oferując zaniżoną stawkę za roboczogodzinę wychodziło z założenia, iż możliwe będzie zawyżenie pracochłonności poszczególnych usług i otrzymanie wynagrodzenia wyższego niż rzeczywista pracochłonność poszczególnych zadań tak aby móc dokonać kompensacji poniesionych kosztów. Nie mniej S. nie zwróciło uwagi na jeden jakże kluczowy zapis projektu Umowy, który wskazuje, iż tego typu praktyki spotykają się określonymi działaniami ze strony Zamawiającego. Zapisy te projektu Umowy w tym zakresie nie pozostawiają żadnych wątpliwości:

§ 9. Ust 11 brzmi „Jeśli Zamawiający uzna, że oszacowanie pracochłonności lub stanowisko w sprawie wykonalności zlecenia przedstawione przez Wykonawcę jest nieprawidłowe może zwrócić się o opinię do niezależnego eksperta z dziedziny budowy systemów informatycznych (osoba Wpisana na listę biegłych sądowych, Izba Rzeczoznawców

Towarzystwa informatycznego, ekspert Polskiej Izby Informatyki i Polskiego Telekomunikacji). W przypadku, gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy, Wykonawca będzie zobowiązany wykonać zlecenie zgodnie z rekomendacją

eksperta w zakresie maksymalnej pracochłonności albo wykonalności zlecenia oraz Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszty wykonania ekspertyzy, które będą potrącone z Wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wykonania zlecenia."

Zamawiający szacując koszty niniejszego postępowania priorytetowo podchodził do zapewnienia odpowiednich środków na realizację przedmiotu zamówienia tak, aby nie dochodziło do jakichkolwiek zachwiania w jakości realizacji podstawowych funkcji stawianej Prokuraturze Krajowej stąd wymaga wysokich kwalifikacji zarówno dla personelu realizującego podstawowy zakres projektu jak i usługi w ramach prawa opcji, S. tymczasem obliczyło cenę roboczogodziny w sposób, który nie pozwoli jej wywiązać się ze zobowiązań wynikających z Umowy.

Dodatkowo wskazujemy, że wskazane powyżej obsady stanowisk przewidziane przez Wykonawców są czynnikiem kluczowym, inne takie czynniki, jak np. różnice w kosztach zatrudnienia nie mogą mieć tak istotnego wpływu na cenę ofert. Każdy z oferentów działa na tym samym rynku jako pracodawca i usługodawca trudno jest zatem uargumentować tak duże różnice w szacowaniu kosztów prac na realizację usług określonych przez Zamawiającego. Co więcej, ewentualne różnice w kosztach stałych, kosztach zatrudnienia, marżach zysku, czy rezerwach na ryzyko nie mają znaczenia dla powyższych obliczeń gdyż elementy te powinny zostać już ujęte w stawce za roboczodzień oferowanej przez S..

Dodatkowo na dowód powyższych wywodów należy przytoczyć wyrok KIO z dnia 23 maja 2016r. (Sygn. Akt: KIO 552/16), w którym KIO uwzględniło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C. SA, C. P. S.A. i nakazało Zamawiającemu Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej o nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert i

35

odrzućcenie ofert: konsorcjum A. P. S.A., B. S., A. I. S. Sp. z o.o. oraz S. S.A. Jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu, którego dotyczy przywoływany wyrok KIO, S. wykazywało stawkę za roboczogodzinę w wysokości 75 zł brutto. Stawka ta przy argumentacji odwołującego została uznana za rażąco niską. Na uwagę zwraca fakt, iż parametry oferty składanej dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa dawały odwołującemu większe możliwości wykazania błędnego skalkulowania kosztów roboczogodziny w stosunku do S.. Zgodnie z analizą przeprowadzoną wówczas stwierdzono niewystarczającą liczbę etatów przyjmowaną do określania wartości oferty, co oznaczało, że S. nie doszacował pracochłonności usług Utrzymania.

W przypadku przedmiotowego postępowania należy poprzez porównanie stawki 75 zł brutto z postępowania przed Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, uznanej za rażąco niską, stwierdzić, iż stawka za roboczogodzinę w wysokości 79,95 zł brutto jest nie wystarczająca na realizację usług wynikających z prawa opcji.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż użycie przez danego wykonawcę produktów własnych w znaczący sposób przyczynia się do zmniejszenia pracochłonności w trakcie budowy systemu zarówno w zakresie funkcji podstawowych jak i w trakcie realizacji zadań wynikających z prawa opcji- S. nie wykorzystuje do tego celu żadnego oprogramowania standardowego poza oprogramowaniem do OCR pozwalającym na przetwarzanie dokumentów papierowych na postać cyfrową. Oczywiście jest zatem, że S. zamierza zbudować system pod klucz i nie zamierza użyć do tego celu żadnego

Oprogramowania Gotowego. Jeśli zatem S. nie wykazuje dodatkowych licencji Oprogramowania Gotowego do realizacji chociażby nowych procesów, które będą zamawiane w ramach prawa opcji nie może udowodnić kosztów roboczogodziny na poziomie, na którym zostały wpisane w ofercie. Jednoznacznie należy stwierdzić, że koszty te zostały sztucznie zaniżone.

Aby mieć możliwość obniżenia kosztów realizacji zadań w ramach prawa opcji należałoby wykorzystać Oprogramowanie Gotowe pozwalające na sprawne tworzenie dowolnych rejestrów i wiązanie ich z procesami dedykowanymi tworzonymi w module edytora procesów klasy BPMN (Business Process Model and Notation). Należy zwrócić uwagę na fakt, iż konieczność wykorzystania tego typu narzędzia została zdefiniowana przez Zamawiającego w wymaganiu nr WPF-ARC-010. Odwołujący poprzez stosowanie oprogramowania, którego jest 100% właścicielem może skupić się na realizacji zadań wdrożeniowych, a nie implementacji nowych funkcjonalności, które mogą realizować tylko

wykorzystania gotowego narzędzia. Koszt pracy tych osób jest znacząco niższy niż programistów implementujących konkretne nowe funkcjonalności.

KIO 1455/17

Odwołujący - A. P. S.A. w R., zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 907 z późn. zm.; dalej: „ustawa Pzp”), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert:

a. konsorcjum S. S.A. i D. S.A. (dalej: „S.”),

b. C. S.A. (dalej: „C.”),

c. M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. (dalej: „M.”)

ponimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny poniżej kosztów jej uzyskania w celu utrudniania innym podmiotom uzyskania zamówienia, przez co te podmioty oraz Zamawiający może ponieść szkodę,

2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez S., C. oraz M. pomimo, iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanych stawek roboczogodzin,

3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez S. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu, a to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

Odwołujący niniejszym wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty S. jako najkorzystniejszej,

2. dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

3. odrzucenia ofert złożonych przez S., C. i M.,

4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Termin wniesienia odwołania

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 4 lipca 2017 r., kiedy Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, ponieważ to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Zaniechanie odrzucenia ofert S., C. i M. negatywnie wpływa na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Wobec powyższego interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia szkody określona art. 179 ust. 1 ustawy Pzp została wykazana.

UZASADNIENIE

Przedmiot zamówienia- Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA), zwanego dalej „Systemem”, w jednostkach organizacyjnych prokuratury.

W ramach realizacji Umowy Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do:

- a) przeprowadzenia analizy i zaprojektowania Systemu, w ramach których przygotowuje analizę Systemu, projekt wykonawczy Systemu, projekt wykonawczy integracji Systemu, wymagania techniczne dla infrastruktury techniczno - systemowej Systemu;
- b) wykonania Systemu, w ramach którego przygotowuje projekt warstwy logicznej infrastruktury techniczno-systemowej Systemu, scenariusze testów warstwy logicznej infrastruktury techniczno- systemowej Systemu, dokona instalacji i konfiguracji infrastruktury techniczno-systemowej na poziomie warstwy logicznej, przygotowuje plan testów akceptacyjnych warstwy logicznej infrastruktury techniczno-systemowej, przeprowadzi testy akceptacyjne warstwy logicznej infrastruktury techniczno- systemowej, przygotowuje wersję testową Systemu, przygotowuje scenariusze testów akceptacyjnych podsystemów, scenariusze testów integracyjnych, scenariusze testów akceptacyjnych wydania;
- c) przeprowadzenia testów Systemu, w ramach których przygotowuje plan testów akceptacyjnych podsystemów i integracji Systemu, przeprowadzi testy akceptacyjne podsystemów, przeprowadzi testy akceptacyjne integracji Systemu, przygotowuje wersję wdrożeniową Systemu, przygotowuje plan testów wydania, przeprowadzi testy wydania Systemu, przygotowuje wersję produkcyjną Systemu;

38

- d) wdrożenia Systemu, w ramach którego przygotowuje plan wdrożenia Systemu, przeprowadzi wdrożenie Systemu, przygotowuje plan szkoleń, materiały szkoleniowe, przeprowadzi szkolenia, przygotowuje dokumentację powykonawczą Systemu, dokumentację administratora Systemu, dokumentację użytkownika Systemu oraz model utrzymania i procedury eksploatacyjne Systemu;
- e) udzielenia Zamawiającemu rękojmi oraz gwarancji jakości Systemu, na zasadach określonych w § 8 Umowy oraz wykonania wszelkich usług wynikających z udzielonej gwarancji jakości;
- f) świadczenia Usług związanych z rozwojem Systemu, objętych Prawem Opcji, na zasadach określonych w § 9 Umowy;
- g) przeniesienia na Zamawiającego autorskich prawa majątkowych albo zapewnienia licencji, zgodnie z § 13 Umowy.

Elementy cenotwórcze. Zamawiający w Formularzu ofertowym, który stanowi! Załącznik nr 3 do SIWZ wymagał wpisania cen na następujące elementy cenotwórcze:

- 1. Zamówienie podstawowe w cenę którego wlicza się cenę za:
 - a. za wykonanie Usług szkoleniowych,
 - b. za dostawę (udzielenie licencji) Oprogramowania Gotowego,
 - c. za wykonanie pozostałych Usług,
- 2. Zamówienia objętego Opcją, którego wartość maksymalna stanowi 40% wartości Zamówienia podstawowego, rozliczanego w oparciu o koszt roboczogodziny zaoferowany przez poszczególnych wykonawców.

Zarzut 1. Złożenie oferty przez S., C. i M. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaniżeniu kosztu Roboczogodziny w ramach Opcji i przeniesieniu tego kosztu na inne usługi wycenione w ramach oferty

Fakultatywne wykorzystanie Opcji. Zgodnie z § 9 Załącznika Nr 2 do SIWZ - Wzór umowy Zamawiający może, ale nie musi wykorzystać roboczogodzin w ramach zamówienia objętego Opcją.

„§ 9. Realizacja i odbiór Usług rozwoju Systemu.

- 1. Zamawiający może zlecać Wykonawcy Usługi rozwoju Systemu, o których mowa w § 2 ust 2 lit f w okresie obowiązywania Umowy do dnia zakończenia okresu obowiązywania gwarancji, zgodnie z § 8 ust 9. Zamawiający może dokonywać zleceń realizacji Usług rozwoju Systemu wielokrotnie w okresie wskazanych w zdaniu pierwszym, do momentu wykorzystania limitu środków, określonych w ust 2.
- 2. Wartość Usług rozwoju Systemu zlecanych Wykonawcy nie przekroczy 40 % Wynagrodzenia Wykonawcy. Wartość Usług świadczonych w ramach poszczególnych

39

zleceń rozwoju Systemu określana jest w oparciu o ustaloną przez Strony pracochłonność Systemu (w roboczogodzinach) oraz koszt roboczogodziny określony w Ofercie (formularzu ofertowym) Wykonawcy. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych zleceń rozwoju Systemu ma charakter ryczałtowy. Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie w przypadku gdy rzeczywista pracochłonność Usługi rozwoju Systemu okaże się wyższa niż określona w zleceniu realizacji Usługi rozwoju Systemu.

3. Zlecenia Usług rozwoju Systemu stanowi uprawnienie Zamawiającego, objęte Prawem Opcji. W przypadku nie wykorzystania przez Zamawiającego Prawa Opcji Wykonawcy nie przysługują wobec Zamawiającego żadne roszczenia z tego tytułu.

4. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z Prawa Opcji w sytuacji wystąpienia zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, w regulacjach wewnętrznych Zamawiającego, zmianach technologicznych w zakresie infrastruktury Zamawiającego, powodujących konieczność wprowadzenia modyfikacji w Systemie. "

Wykonawca może odmówić przyjęcia realizacji zlecenia. Z zapisu z § 9 ust. 10 zd. 2 Załącznika Nr 2 do SIWZ - Wzór umowy wynika, że Wykonawca może odmówić realizacji zlecenia z przyczyn technicznych lub na brak możliwości realizacji zlecenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzasadniając swoje stanowisko:

„(...) Wykonawca może wskazać na brak możliwości realizacji zlecenia z przyczyn technicznych lub na brak możliwości realizacji zlecenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzasadniając swoje stanowisko. Wykonawca składa wskazane tu oświadczenie Zamawiającemu w formie pisemnej,"

Powyższe zapisy, zdaniem Odwołującego, wskazują na to, że:

1. udział wartościowy Opcji w zamówieniu ma charakter znaczący (aż do 40% wartości zamówienia),
2. Zamawiający na pewno zapłaci za koszt Zamówienia podstawowego, 3. Zamawiający nie musi wykorzystywać roboczogodzin w ramach Opcji,
4. Wykonawca może niemalże dowolnie odmówić przyjęcia zlecenia, co oznacza, że:
5. Wykonawcy, którzy rażąco zaniża cenę Roboczogodziny mogą doprowadzić do sytuacji, że Zamawiający nigdy nie udzieli zlecenia w ramach Opcji, ponieważ będzie to dla Wykonawcy nieopłacalne.

Kryteria oceny ofert. Zgodnie z pkt 2 Rozdziału XII „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” SIWZ, Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

„2. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

- a) Łączna cena oferty brutto (C) - 40%
- b) Koszt usług związanych z rozwojem systemu (K) - 20%

40

c) Sposób wykonania zamówienia (S) - 15%

d) Doświadczenie personelu kluczowego Wykonawcy (D) - 25%"

Kryteria cenowe. Kryteria cenowe zostały określone w pkt oznaczonych lit. a) i lit. b).

„Opis kryterium „Łączna cena oferty brutto”

W ramach oceny kryterium Łączna cena brutto oferty Zamawiający bierze pod uwagę cenę zaoferowaną przez Wykonawcę za wykonanie usług wynikających z zamówienia podstawowego, zgodnie z formularzem ofertowym. Ocena kryterium przebiegać będzie w oparciu o poniższy wzór:

najniższa cena oferty spośród zakwalifikowanych ofert

$W(K1) = x \cdot 40$ cena badanej oferty

W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 40 punktów. Przyznane punkty zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

„ Opis kryterium „Koszt usług związanych z rozwojem systemu”

W ramach oceny kryterium Koszt usług związanych z rozwojem systemu Zamawiający bierze pod uwagę cenę roboczogodziny za wykonywanie usług rozwoju systemu w rozumieniu § 9 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ (zamówienie usług rozwoju objęte prawem opcji Zamawiającego), wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Ocena kryterium przebiegać będzie w oparciu o poniższy wzór:

najniższa cena roboczogodziny za wykonywanie usług związanych z rozwojem Systemu spośród zakwalifikowanych ofert

$W(K1) = x \cdot 20$ cena roboczogodziny za wykonywanie usług związanych z rozwojem Systemu wskazana w badanej ofercie*

Zaniżone ceny Roboczogodziny. Jak powyżej wskazano, oferty S., C. i M. zaoferowały Roboczogodzinę pracy specjalisty o

kwalifikacjach wymaganych przez Zamawiającego odpowiednio w wysokości M. 40,00 zł netto, S. 65,00 zł netto i C. 84,00 zł netto.

Analiza Roboczogodziny, Zaoferowana Roboczogodzina pracy specjalisty nie odnosi się do dowolnego specjalisty z zakresu IT, ale do konkretnego procesu wytwórczego oprogramowania wynikającego z SIWZ, który wprost przekłada się na ilość bardzo precyzyjnie określonych etatów dla poszczególnych opisanych przez Zamawiającego ról.

Proces wytwórczy oprogramowania w ramach Opcji rozliczanych przy użyciu Roboczogodzin.

Proces wytwórczy oprogramowania w ramach Opcji rozliczanych przy użyciu Roboczogodzin (Usługi rozwoju Systemu) został opisany w § 9 ust. 5 Załącznika Nr 2 do SIWZ - Wzór umowy:

41

„5. W ramach Usług rozwoju Systemu Zamawiający może zlecać Wykonawcy prace związane z:

- a. projektowaniem, budową i wdrażaniem modyfikacji istniejących lub nowych funkcjonalności Systemu,
- b. projektowaniem, budową i wdrażaniem modyfikacji, wynikających ze zmiany lub wprowadzenia nowych wymagań pozafunkcyjnych Systemu,
- c. projektowaniem, budową i wdrażaniem zmian w zakresie architektury Systemu.
- d. rekonfiguracją Systemu,
- e. modyfikacją Dokumentacji Dedykowanej,
- f. szkoleniami pracowników Zamawiającego jeśli modyfikacje wprowadzone w ramach Usług rozwoju Systemu wymagają przekazania pracownikom Zamawiającego wiedzy związanej z przedmiotem modyfikacji.”

Z powyższych zapisów wynika, że zakres prac w ramach Opcji obejmuje cały proces technologiczny od analizy do wdrożenia i utrzymania oprogramowania. Szczegółowo proces wytwórczy został opisany w §2 ust. 2 lit. a) - g) Wzoru umowy pt. „Przedmiot Umowy”.

Personel Kluczowy. Zamawiający określił, jaki skład osobowy jest obligatoryjny przy realizacji Usług rozwoju Systemu § 9 ust. 10 Załącznika Nr 2 do SIWZ - Wzór umowy: „Wykonawca określa pracochłonność wykonania Usługi rozwoju Systemu w roboczogodzinach przy założeniu wykonywania Usług przy zachowaniu standardów określonych w § 4 ust 1 oraz dysponowaniu zespołem o liczebności i kompetencjach co najmniej odpowiadających liczebności i kompetencjom Personelu Kluczowego oraz skład zespołu delegowanego do wykonania Usług rozwoju Systemu. Wykonawca może wskazać na brak możliwości realizacji zlecenia z przyczyn technicznych lub na brak możliwości realizacji zlecenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzasadniając swoje stanowisko. Wykonawca składa wskazane tu oświadczenie Zamawiającemu w formie pisemnej.”

Zatem skład Personelu Kluczowego to absolutne minimum, jakie Wykonawcy muszą brać pod uwagę kalkulując koszt Roboczogodziny. Skład Personelu Kluczowego został określony w Rozdziale 5 pkt 5 SIWZ.

Zaniżone ceny Roboczogodziny. Ceny zaoferowane przez S., C. i M. są znacznie zaniżone w stosunku do cen rynkowych, oferowanych w innych postępowaniach.

1. Ministerstwo Sprawiedliwości - Utrzymanie, modyfikacje i szkolenia dla systemu teleinformatycznego Elektroniczne Księgi Wieczyste (EKW)
2. Ministerstwo Sprawiedliwości - Utrzymanie i rozwój SIS2-SAD
3. Ministerstwo Sprawiedliwości - Usługi serwisu i modyfikacji SEOD MS
4. Główny Inspektorat Transportu Drogowego - Usługi wsparcia oraz rozwój aplikacji wspierających działalność GITD

42

-
5. Ministerstwo Sprawiedliwości - Utrzymanie i modyfikacje dla systemu finansowo księgowego (F-K MS)
 6. Ministerstwo Sprawiedliwości - Świadczenie usług z zakresu kompleksowych

obejmujących usługi analityczne, projektowania architektury i programistyczne
7. Centralny Ośrodek Informatyki - Zawarcie umowy ramowej na świadczenie przez wykonawcę specjalistycznych usług w zakresie związanym z wytwarzaniem oprogramowania dla potrzeb Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców dla COI.

Odwołujący wskazał, że na rozprawie przedstawi liczne dowody, które wskazują na to, że zaoferowane ceny za Roboczogodzinę są nierealne, znacznie poniżej cen oferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniach.

Punkty. W oparciu o Kryteria oceny ofert określone w SIWZ Zamawiający przyznał następujące punkty poszczególnym ofertom:

Wpływ zaniżenia ceny Roboczogodziny na punktację. Już z powyższego zestawienia jasno wynika, że sztuczne zaniżenie ceny Roboczogodziny (tzw. „inżynieria cenowa”) miało istotny wpływ na punktację w ramach kryterium Koszt usług związanych z rozwojem systemu, a zostało dokonane w celu utrudniania innym podmiotom uzyskania zamówienia, przez co te podmioty oraz Zamawiający może ponieść szkodę.

Czyn nieuczciwej konkurencji. Z powyższej tabeli wynika niezbicie, że S., C. i M. „przesunął” wartości z ceny Roboczogodziny do ceny Zamówienia podstawowego jedynie w celu zwiększenia ilości punktów uzyskanych w kryterium Koszt usług związanych z rozwojem systemu w sytuacji, w której z błahych powodów może odmówić realizacji zlecenie Usług rozwoju Systemu ponieważ realizacja Usług rozwoju jest w zaoferowanych cenach nieopłacalna. Pewnym jest natomiast, że uzyska zapłatę za ryczałtowo rozliczane usługi z Zamówienia podstawowego. Szkoda Zamawiającego. Szkoda Zamawiającego polega na tym, że Zamawiający

wybierając ofertę S., C. lub M. obligatoryjnie zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu świadczenia usług w ramach Zamówienia podstawowego uwzględniające wartości wynikające z „przesunięcia” ceny opcjonalnej Roboczogodziny do ceny za Zamówienie podstawowe, a Wykonawca może mu odmówić realizacji Usług rozwojowych Systemu z nieistotnych powodów. Dla Wykonawcy realizacja Usług rozwoju Systemu będzie bowiem nieopłacalna.

Szkoda konkurencyjnych podmiotów. Szkoda konkurencyjnych podmiotów objawia się tym, że S., C. i M. poprzez „inżynierię cenową” polegającą na „przesunięciu” ceny do części Zamówienia podstawowego spowodował sztuczne, bezprawne i bezpodstawne zaniżenie ceny Roboczogodziny i przez to uzyskał nieadekwatnie wysoką ilość punktów w ramach kryterium Koszt usług związanych z rozwojem systemu.

43

Orzeczenia KIO. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie krytycznie odniosła się do niekorzystnego i szkodliwego dla konkurencji wpływu „przesunięć” w ramach „inżynierii cenowej” ukierunkowanej na sztuczne uzyskanie większej ilości punktów w ramach danego kryterium (Sygn. akt KIO 2734/14, Sygn. akt KIO 1556/15- Sygn. akt 2587/13, Sygn. akt KIO 1864/15, Sygn. akt KIO 1844/14, Sygn. akt KIO 2046/14 oraz KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16). Przywołać należy fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1844/14, w którym Izba doszła do przekonania, że "Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego". Podobne tezy Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła także w innych orzeczeniach np. wyrok sygn. akt KIO 2734/14, Sygn. akt KIO 1556/15, Sygn. akt KIO 1864/15 czy Sygn. akt KIO 2046/14 oraz Sygn. akt KIO 1844/14).

Podstawa prawna. Odwołujący opiera zarzut na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który bezwzględnie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem działanie S., C. i M. skierowane na nieuczciwe zmaksymalizowanie ilości punktów uzyskanych w kryterium Koszt usług związanych z rozwojem systemu. Czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuściło się S., C. i M. materializuje się w naruszeniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścił się S., C. i M. do zastanych norm prawnych uznk, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter

Stanowisko UOKiK. Złożenie oferty, w której w sztuczny sposób „przesuwa” się środki w celu nieuprawnionego uzyskania zwiększonej liczby punktów w kryterium w sytuacji, w której wykorzystanie środków w ramach Usług rozwoju Sytemu jest nieobligatoryjne i nieopłacalne dla Wykonawcy, winno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów

Skutek. Czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociażby teoretycznie mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów. Należy w tym miejscu przywołać wyrok wskazujące, iż w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 u.z.n.k., to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1 -5 tego przepisu doszło do

Reasumując, Odwoływający podniósł, że oferty S., C. i M. powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z wyżej wskazanych przyczyn.

Zarzut 2. Zaniechanie odrzucenia ofert S., C. i M. pomimo, że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie ceny Roboczo-godziny

Zaoferowana cena za Roboczo-godziny ma charakter ceny rażąco niskiej. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert S., C. i M. pomimo, że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie ceny Roboczo-godziny.

Wezwanie do wyjaśnień. Zamawiający pismami z dnia 17 maja 2017 r. wezwał S., C. i M. działając na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej albowiem zachodzi przypuszczenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wezwanie dotyczące wątpliwej ceny Roboczo-godziny. Podkreślenia wymaga fakt, że w stosunku do S., C. i M. Zamawiający, oprócz przytoczenia brzmienia przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp uszczegółowił żądanie co do zakresu wyjaśnień w stosunku do zaoferowanej ceny Roboczo-godziny. Zatem słusznie Zamawiający powziął wątpliwość co do realności zaoferowane w tym obszarze ceny. Brak jednakże jest racjonalnego uzasadnienia, dla którego Zamawiający zdecydował się uznać złożone przez Wykonawców wyjaśnienia za racjonalne i wiarygodne w kontekście cen oferowanych w innych postępowaniach, co zostało wykazane powyżej w Zarzucie 1.

Cena Roboczo-godziny rażąco niska. Jak wykazano powyżej w Zarzucie 1, ceny zaoferowane przez S., C. i M. za Roboczo-godzinę zostały zaoferowane poniżej kosztów ich uzyskania. Z uwagi na fakt, że wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny zostały utajnione, Odwołujący na rozprawie przedstawi dowody wynikające z profesjonalnego badania rynku IT w kontekście zatrudniania specjalistów oraz bazując na ofertach złożonych w ostatnim czasie w podobnych co do zakresu postępowaniach.

Rażąco niska cena - definicja. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu (postępowanie zostało wszczęte 23 września 2015 r.) "Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez

46

zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów."

Ciężar dowodu. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Ocena wyjaśnień. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawa prawna. Na wstępie należy zwrócić uwagę, że odrzucenie oferty ze względu na wystąpienie ceny potencjalnie rażąco niskiej zostało ujęte w dwóch przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy. Pierwszy z nich odnosi się do sytuacji, w której zamawiający istnienie takiej ceny stwierdzi: "oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia". Drugi przepis, o treści: "Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia", mówi o sytuacji, w której taką rażąco niską cenę niekoniecznie stwierdzono, czy też zamawiający niekoniecznie jest w stanie wykazać (udowodnić), że jest ona rażąco niska, ale zaistniały inne okoliczności w postaci tego, że wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny (potencjalnie rażąco

niskiej) lub też zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów i w wyniku tej oceny uznał cenę za rażąco niską.

Ocena Zamawiającego. W przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mamy więc do czynienia z dwoma narzędziami ułatwiającymi zamawiającym sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze - zawarta w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zmiana przesłanki odrzucenia oferty z "zawiera rażąco niską cenę" na "w ocenie zamawiającego zawiera rażąco niską cenę" nie jest tylko drobnym niuansiem językowym, lecz właśnie narzędziem zdejmującym z zamawiającego ciężar dowodu, niezależnie od stosunkowo niedawno dodanego art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czyli art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

47

publicznych zmienia sytuację z "cena jest rażąco niska" na "zamawiający uważa, że cena jest rażąco niska".

Wyjaśnienia lakoniczne. Zgodnie z przyjętymi w orzecznictwie poglądami przesłanka odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę ta obejmuje również sytuacje, w których wykonawca co prawda prześle do zamawiającego stosowne pismo, lecz nie będzie ono w swojej treści zawierało rzeczywistych wyjaśnień - chodzi tu bowiem o realność, a nie pozorność działania wykonawcy, czyli rzeczywiste złożenie wyjaśnień, a nie jedynie dopełnienie formalności poprzez przedstawienie w odpowiedzi pisma "Wyjaśnienia" nie zawierającego konkretnych, żądanych treści.

Orzecznictwo dotyczące możliwości badania ceny jednostkowej w kontekście rażąco niskiej ceny. Przychylny podgląd Izby, przełamujący poprzednią linię orzeczniczą w odniesieniu do możliwości badania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do cen jednostkowych, został wyrażony w wyroku KIO (sygn. akt KIO 343/15). Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza jeszcze na gruncie uprzednio obowiązującego brzmienia definicji ceny również dopuszczała możliwość badania w trybie art. 90 Pzp poszczególnych cen jednostkowych. Tak np. orzeczeniu wydanym w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach KIO 1181/14 KIO 1182/14 KIO 1194/14 KIO 1195/14, gdzie Izba przesądziła, że „ze wskazanej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach w powiązaniu ze specyfiką przedmiotowego zamówienia publicznego wynika zasadność i celowość dokonanych przez zamawiającego analiz cen jednostkowych za poszczególne zadania (roboty) z uwagi na fakt, że to właśnie ceny jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty. Specyfika zamówienia i w istocie nieznany rzeczywisty zakres prac w powiązaniu z wynagrodzeniem oparte na obmiarze za każde zadanie uzasadnia takie stanowisko.”.

Reasumując, zdaniem Odwołującego A. P. S.A., oferty S., C. i M. powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z wyżej wskazanych przyczyn.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Konsorcjum S. i D., wykonawcę M. i wykonawcę A. P. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z treścią wniesionych odwołań, po

48

wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującym się wykonawcom przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wykonawcy wnoszący odwołania złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty, zaś zarzuty podniesione w treści obu odwołań zostały skierowane wobec ofert sklasyfikowanych na wyższej pozycji w rankingu ofert. W przypadku zaś uwzględnienia odwołań Odwołujący mają on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępujących, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego (w szczególności z wyjaśnień złożonych przez wykonawców Konsorcjum S. i D., wykonawcy A. P. oraz wykonawcy M. – zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa). Izba uwzględniła również i przeprowadziła dowody zawnioskowane przez Strony oraz uczestników postępowania w ramach pism procesowych oraz w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w obu odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania te nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

49

Zgodnie z § 13 ust. 10 Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający wymagał: „Licencje, o których mowa w ust. 1 lit. B, muszą być nieograniczone terytorialnie, bezterminowe, przenoszalne, uprawniają do korzystania z Oprogramowania Gotowego bez ograniczeń ilościowych, w tym bez ograniczeń co do liczby użytkowników oraz urządzeń, na których instalowane lub uruchamiane będzie Oprogramowanie oraz muszą umożliwiać wykorzystanie funkcjonalności Systemu przez liczbę użytkowników wskazaną w pkt 3.2.6 OPZ”.

Wykonawca Konsorcjum S. i D. powołał się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu na doświadczenie zdobyte w ramach projektu „Utrzymanie i rozwój Systemu Publicznych Służb Zatrudnienia” Ministerstwa Rodziny Pracy i Polityki Społecznej.

Wykonawca S. S.A. i D. S.A. w treści oferty na stronie 46-47 wskazał następujące doświadczenie jako potwierdzenie warunku:

„Utrzymanie i rozwój Systemu Publicznych Służb Zatrudnienia (System PSZ), którego jedną ze składowych jest Oprogramowanie S. STD. Wartość zamówienia wyniosła ponad 31,4 mln zł, w tym ponad 5 mln zł to wartość środków trwałych, wartości niematerialne i prawne oraz usługi poniesione przez Zamawiającego w związku z rozbudową (modernizacją, modyfikacją) dedykowanego (wykonanego na zamówienie) systemu Informatycznego (bez kosztów związanych z utrzymaniem systemu). Usługa obejmowała m.in. rozbudowę (modernizację, modyfikację) dedykowanego systemu informatycznego, w ramach czego Wykonawca zobowiązany był do modyfikowania elementów dedykowanego systemu informatycznego. Usługa charakteryzowała się łącznie następującymi cechami: 1) system obejmował funkcjonalności związane z digitalizacją dokumentów oraz przeszukiwaniem treści zdigitalizowanych dokumentów, 2) system przeznaczony był do eksploatacji w rozproszonej strukturze organizacyjnej zamawiającego, obejmującej co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w różnych lokalizacjach (miejscowościach), 3) system przeznaczony był do eksploatacji co najmniej 2 000 użytkowników wewnętrznych oraz zapewniał zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami w oparciu o centralne repozytorium użytkowników, 4) system został zaprojektowany, wykonany i wdrożony z załączeniem obsługi danych wolumenie przyrastającym co najmniej o 200 GB rocznie, 5) system wykorzystywał komunikację opartą o wymianę komunikatów z wykorzystaniem usług opartych o Webservices, 6) system implementował autoryzację użytkowników opartą o

przez inne podmioty) systemy informatyczne w oparciu o standard SOA, 8) w ramach systemu zaprojektowano, wykonano i wdrożono portal umożliwiający dostęp do zasobów - systemu za pośrednictwem przeglądarki".

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z treścią SMWZ, (tekst jednolity), uwzględniający zmiany wprowadzone w dniu 28 marca 2017 r.), Zamawiający w Rozdziale V Warunki udziału w postępowaniu wraz z wykazem oświadczeń i/lub dokumentów/potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w pkt 5 wskazał, że „W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej dwóch usług, z których każda obejmuje łącznie zaprojektowanie, Wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu Informatycznego o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych) lub rozbudowę (modernizację, modyfikację) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych), w ramach czego Wykonawca zobowiązany był co najmniej do zaprojektowania, wykonania i Wdrożenia (pełny cykl produkcyjny) dodatkowych lub modyfikowanych elementów dedykowanego systemu informatycznego oraz przynajmniej jedna ze wskazanych usług musi się charakteryzować łącznie następującymi cechami (usługa, na którą powołuje się wykonawca, musi spełniać wszystkie poniższe wymagania):

- 1) system obejmował funkcjonalności związane z digitalizacją dokumentów oraz przeszukiwaniem treści zdigitalizowanych dokumentów,
- 2) system przeznaczony był do eksploatacji w rozproszonej strukturze organizacyjnej zamawiającego, obejmującej co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w- różnych lokalizacjach (miejscowościach),
- 3) system przeznaczony był do eksploatacji przez co najmniej 2 000 użytkowników wewnętrznych oraz zapewniał zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami w
- 4) system oparciu o centralne repozytorium użytkowników, został zaprojektowany,
- 5) wykonany obsługi i wdrożony z założeniem danych o wolumenie przyrastającym co najmniej o 200 GB rocznie,
- 6) system wykorzystywał komunikację opartą o wymianę komunikatów z wykorzystaniem usług opartych o Webservices,
- 7) system implementował autoryzację użytkowników opartą o infrastrukturę PKI (ang. Public Key Infrastructure),

- 7) w ramach systemu zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez i/lub zewnętrzne (eksploatowane przez Inne podmioty) systemy zamawiającego) informatyczne w oparciu o standard SOA,
- 8) w ramach systemu zaprojektowano, wykonano i wdrożono portal umożliwiający dostęp do zasobów systemu za pośrednictwem przeglądarki internetowej.

Przez wartość systemu Informatycznego Zamawiający rozumie Sumę brutto (z VAT) wartości środków trwałych, wartości niematerialnych i prawnych oraz usług poniesionych przez zamawiającego w związku z wdrożeniem dedykowanego (wykonanego na zamówienie) systemu informatycznego do momentu jego wdrożenia oraz sumę brutto (z VAT) wartości środków trwałych, wartości niematerialnych i prawnych oraz usług poniesionych przez zamawiającego w związku z rozbudową (modernizacją, modyfikacją) dedykowanego (wykonanego na zamówienie) systemu informatycznego. Do wartości systemu informatycznego nie wlicza się kosztów związanych z utrzymaniem systemu.

Przez użytkowników wewnętrznych Zamawiający rozumie osoby zatrudnione przez zamawiającego lub zatrudnione w jednostkach organizacyjnych podległych zamawiającemu/

S., w treści oferty na stronie 46-47 wskazał następujące doświadczenie jako potwierdzenie

warunku: „Utrzymanie i rozwój Systemu Publicznych Służb Zatrudnienia (System PSZ), którego jedną ze składowych jest Oprogramowanie S.. Wartość zamówienia wyniosła ponad 31,4 mln zł, w tym ponad 5 mln zł to wartość środków trwałych, wartości niematerialne i prawne oraz usługi poniesione przez Zamawiającego w związku z rozbudową (modernizacją, modyfikacją) dedykowanego (wykonanego na zamówienie) systemu Informatycznego (bez kosztów związanych z utrzymaniem systemu). Usługa obejmowała m.in. rozbudowę (modernizację, modyfikację) dedykowanego systemu informatycznego, w ramach czego Wykonawca zobowiązany był do modyfikowania elementów dedykowanego systemu informatycznego. Usługa charakteryzowała się łącznie następującymi cechami: 1) system obejmował funkcjonalności związane z digitalizacją dokumentów oraz przeszukiwaniem treści zdigitalizowanych dokumentów, 2) system przeznaczony był do eksploatacji w rozproszonej strukturze organizacyjnej zamawiającego, obejmującej co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w różnych lokalizacjach (miejscowościach), 2) system przeznaczony był do eksploatacji co najmniej 2 000 użytkowników wewnętrznych oraz zapewniał zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami w oparciu o centralne repozytorium użytkowników, 4) system został zaprojektowany, wykonany i wdrożony z załączeniem obsługi danych wolumenie przyrastającym co najmniej o 200 GB rocznie, 5) system wykorzystywał komunikację opartą o wymianę komunikatów z- wykorzystaniem usług opartych o Webservices, 6) system implementował autoryzację użytkowników opartą o

52

infrastrukturę PKI (ang. Public Key Infrastructure), 7) w ramach systemu zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez zamawiającego) i/lub zewnętrzne (eksploatowane przez inne podmioty) systemy informatyczne w oparciu o standard SOA, 8) w ramach systemu zaprojektowano, wykonano i wdrożono portal umożliwiający dostęp do zasobów - systemu za pośrednictwem przeglądarki".

Na potwierdzenie powyższego, Wykonawca S., na wezwanie Zamawiającego przedstawił list referencyjny wystawiony w dniu 12 stycznia 2017 r, przez Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, w którym to wskazano, że „Oprogramowanie S. stanowi podstawowe narzędzie informatyczne dla powiatowych urzędów pracy wspomagające realizację zadań związanych z promocją zatrudnienia i łagodzeniem skutków bezrobocia zgodnie z ustawą o promocji zatrudnienia w instytucjach rynku pracy. System integruje dane, obszary działalności oraz procesy realizowane na wszystkich szczeblach zarządzania powiatowymi urzędami pracy, (...) System Jest wykorzystywane przez około 26.000 pracowników w 340 powiatowych urzędach pracy."

Wykonawca Konsorcjum S. i D. zaoferował w ofercie następujące oprogramowanie gotowe:

a) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 4,048,00 zł netto (słownie złotych netto: cztery tysiące dziewięćset czterdzieści osiem i 00/100), tj. 6.086,04 zł brutto (słownie złotych brutto: sześć tysięcy osiemdziesiąt sześć i 04/100), Wartość całkowita 69.272,00 zł netto (słownie złotych netto: sześćdziesiąt dziewięć tysięcy dwieście siedemdziesiąt dwa i 00/100), tj. 85.204,56 zł brutto (słownie złotych brutto: osiemdziesiąt pięć tysięcy dwieście cztery i 56/100),

b) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 2.548,00 zł netto (słownie złotych netto: dwa tysiące pięćset czterdzieści osiem i 00/100), tj. 3.134,04 zł brutto (słownie złotych brutto: trzy tysiące sto trzydzieści cztery i 04/100). Wartość całkowita 35.672,00 zł netto (słownie złotych netto: trzydzieści pięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa i 00/100), tj. 43.876,56 zł brutto (słownie złotych brutto: czterdzieści trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt sześć i 56/100),

c) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 3.189,00 zł netto, (słownie złotych netto: trzy tysiące sto osiemdziesiąt dziewięć i 00/100), tj. 3.922,47 zł brutto (słownie złotych brutto: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa i 47/100). Wartość całkowita 44.646,00 zł netto (słownie złotych netto: czterdzieści cztery tysiące sześćset czterdzieści sześć i 00/100), tj. 54.914,58 zł brutto (słownie złotych brutto: pięćdziesiąt cztery tysiące dziewięćset czterdzieści i 58/100),

53

d) oprogramowania U. (...) w ilości 84 sztuk licencji o wartości jednostkowej 3.389,00 zł netto (słownie złotych netto: trzy tysiące trzysta osiemdziesiąt dziewięć i 00/100), tj. 4.168,47 zł brutto (słownie złotych brutto: cztery tysiące sto sześćdziesiąt osiem i 47/100). Wartość całkowita 284.676,00 zł netto (słownie złotych netto: dwieście osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt sześć i 00/100), tj. 350.151,48 zł brutto (słownie złotych brutto: trzysta pięćdziesiąt tysięcy sto pięćdziesiąt jeden i 48/100),

e) oprogramowania U. (...) w ilości 14 sztuk licencji o wartości jednostkowej 3.189,00 zł netto (słownie złotych netto: trzy tysiące sto osiemdziesiąt dziewięć i 00/100), tj. 3.922,47 zł brutto (słownie złotych: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa i 47/100). Wartość całkowita 44.646,00 zł netto, tj. 54.914,50 zł brutto;

f) oprogramowanie U. (...) w ilości 28 sztuk licencji o wartości jednostkowej 6.610,00 zł netto, tj. 8.130,30 zł brutto. Wartość całkowita 185.080,00 zł netto, tj. 227.648,40 zł brutto.

Zamawiający pismami z dnia 17 maja 2017 r. wezwał S., C. i M. działając na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej albowiem zachodzi przypuszczenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W zakresie ceny ofertowej wykonawcy Konsorcjum S. i D., wykonawca M. oraz Asseco zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te w całości zostały zastrzeżone przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 4 lipca 2017 r., roku przekazał Odwołującemu informację o ocenie ofert i wyniku niniejszego postępowania. Za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum S. (92,81 pkt), która otrzymała najwyższą liczbę punktów w ramach oceny podlegających ocenie kryteriów; łączna cena oferty brutto (waga 40%) - 40,00 pkt, koszt usług związanych z rozwojem systemu (waga 20 %) - 12,31 pkt, sposób wykonania zamówienia (waga 15%) - 15,00 pkt, doświadczenie personelu kluczowego Wykonawcy (waga 25%) - 25,50 pkt.

Oferta C. uplasowała się na drugim miejscu z łączną liczbą punktów 88,73 pkt.

W postępowaniu złożono jeszcze następujące oferty, które otrzymały odpowiednio punktów:

1: M. Sp. z o.o. S.K.A. - 83,43 pkt

2; A. P. S.A. - 80,32 pkt

54

3: Konsorcjum Firm: A. P. S.A. i C. I. Z. S.A. - 73,99 pkt

4: Konsorcjum Firm: E. S. O. I. Sp. z o.o., C.(2) S.A. - 59,66 pkt

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 1451/17

Zarzut I i II: Warunek w zakresie doświadczenia (nieprawdziwe informacje i niespełnienie warunku)

W zakresie zarzutu odnoszącego się do warunku wiedzy i doświadczenia Odwołujący w tym zakresie wskazał trzy przesłanki wykluczenia związane z tą podstawą faktyczną. Pierwszą z nich są nieprawdziwe informacje (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp), drugą niewykazanie spełnienia przedmiotowego warunku (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Wskazać w pierwszej kolejności należy, iż Odwołujący w zakresie warunku udziału w postępowaniu postawił zarzuty, które pozostają wobec siebie w sprzeczności. Jeżeli

bowiem mamy do czynienia z niespełnieniem warunku, brak jest możliwości zastosowania wobec wykonawcy sankcji nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp). W takim bowiem wypadku wykonawca nie spełnił warunku – a zatem informacja ta nie będzie miała żadnego wpływu na wynik postępowania. Jeżeli natomiast doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji zazwyczaj takie działanie nastawione jest na potwierdzenie spełnienia warunku i sankcja w postaci wykluczenia skorelowana jest z wpływem na wynik (a więc potwierdzeniem spełnienia warunku) – przy założeniu, że potwierdzenie spełnienia warunku oparte zostało na informacjach niezgodnych z faktami.

Nie może być bowiem tak – jak wskazał Odwołujący, że wykonawca wykazał spełnienie warunku przedstawiając Zamawiającemu nieprawdziwe informacje i jednocześnie z oczywistych względów nie wykazał jego spełnienia (str. 16 odwołania – zarzut nr II) i winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnień w tym zakresie (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp). Iżba wskazuje, iż tak sformułowane zarzuty wzajemnie się wykluczają.

W niniejszym wypadku można co najwyżej mówić o niespełnieniu warunku udziału na skutek niewłaściwego rozumienia treści samego warunku w zakresie liczby użytkowników i możliwości objęcia przez wykazywany w ramach doświadczenia system także użytkowników wewnętrznych i użytkowników w jednostkach podległych zamawiającemu (vide definicja legalna użytkowników wewnętrznych zawarta w SIWZ: „Przez użytkowników wewnętrznych Zamawiający rozumie osoby zatrudnione przez zamawiającego lub zatrudnione w jednostkach organizacyjnych podległych zamawiającemu”).

Iżba w części podzieliła argumentację Zamawiającego w zakresie roli, możliwej wykładni oraz zawężającego rozumienia tego warunku przez Odwołującego – C.. Warunki udziału w postępowaniu stanowią typowe oświadczenie woli podmiotu zamawiającego mające na celu, dopuszczalne przepisami ustawy Pzp co do zakresu, ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Analizując treść tego warunku wskazać należy, iż użyte w jego treści sformułowania pozwalały na przyjęcie, że był on spełniony jeżeli system był z założenia przeznaczony dla minimum 2000 użytkowników wewnętrznych, nie zaś że system miał być wykorzystywany przez 2000 użytkowników wewnętrznych. Warunek odnosił się bowiem do funkcjonalności systemu (a zatem jego potencjalnych możliwości) i bez znaczenia pozostawało przez jaką liczbę użytkowników był on w danym momencie rzeczywiście użytkowany. Odwołujący nie udowodnił zatem, że wykonawca Konsorcjum S. S.A. i D. S.A. nie spełnił tego warunku, zaś fakt „podległości” określonych jednostek przy takim jego rozumieniu pozostaje bez wpływu na ocenę jego spełnienia.

Jak słusznie wskazał Zamawiający warunek wprost referował do czynności rozbudowy (modyfikacji) systemu – a zatem uprawnione były odniesienia czynione przez Zamawiającego i Przystępującego w ramach umowy Nr 29/DI/WR/2013 z dnia 04.07.2013 r. dotyczącej systemu PSZ i związanego z nim oprogramowania S. do

jego użytkowników i realiów dla tej aplikacji istniejących w latach dziewięćdziesiątych. Nadto jak wskazał Zamawiający warunek odnosił się w taki sposób do parametrów systemu, że mógł go spełnić system nakierowany w ramach jego powstawania na określone funkcjonalności i właściwości (w tym potencjalną możliwość wykorzystania go przez minimum 2000 użytkowników).

Co istotne, zdaniem Izb, w niniejszym wypadku wykonawca Konsorcjum S. i D. potwierdził spełnienie warunku i nie wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując na jego potwierdzenie budowę aplikacji S..

Żadna z zaprezentowanych w wykazie oraz referencjach informacji nie została przez Odwołującego zakwestionowana co do jej prawdziwości. Odwołujący bowiem zarzut nieprawdziwych informacji zdaje się wywieść z braku potwierdzenia jego spełnienia

przy założonym z góry przez Odwołującego sposobie rozumienia tego warunku. Izba w tym zakresie uznała jednak, że warunek został spełniony i jego rozumienie zaprezentowane przez Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w jego treści. Co do nieprawdziwych informacji Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony. Tym samym nie sposób Zamawiającemu zarzucić, iż w ramach niniejszego postępowania przyjmując doświadczenie wykonawcy Konsorcjum S. za prawidłowe naruszył którykolwiek z przepisów wskazanych przez Odwołującego. Zarzut ten więc okazał się w sposób oczywisty niezasadny.

Zarzut III: Tajemnica przedsiębiorstwa

W zakresie zarzutu obejmującego zastrzeżenie w treści oferty informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazać należy, iż Odwołujący oparł go na okolicznościach całkowicie oderwanych od przebiegu ocenianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności, co do sytuacji finansowej wykonawcy S. (członka wybranego w postępowaniu Konsorcjum), jego relacji z kontrahentami, czy też hipotezy na temat „wypływu” z jego przedsiębiorstwa wyspecjalizowanej kadry mogą jedynie wskazywać, że Odwołujący w takiej sytuacji widzi szansę na uzyskanie wymiernych korzyści dla siebie w przypadku uzyskania dostępu do określonych danych. Otóż w ocenie Izby aby doszło do wykazania braku zasadności zastrzeżenia informacji obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa jako minimalny wymóg uzasadnienia takiego zarzutu należy wskazać próbę podważenia którejkolwiek z przesłanej ujętych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zaś nie był w stanie, po pierwsze sprecyzować jakie konkretnie

57

informacje winny zostać ujawnione, po drugie nie widział w ramach swojego wyводу na rozprawie konieczności uzyskania danych w postaci imion i nazwisk kluczowego personelu przy jednoczesnej deklaracji „wsparcia” Zamawiającego w ustaleniu ich rzeczywistego doświadczenia na podstawie profili na portalach społecznościowych. Następnie Odwołujący nawet nie starał się wykazać, że dane te są w choćby najmniejszym stopniu publicznie dostępne, jak też że nie przejawiają żadnej wartości gospodarczej i ich ujawnienie nie mogłoby skutkować dla Konsorcjum S. i D. możliwością poniesienia szkody.

W zasadzie argumentacja Odwołującego sprowadzała się do okoliczności, że zastrzeżenie tych informacji uniemożliwia mu dokonanie podważenia wiarygodności oferty Konsorcjum S. oraz D.. Co niezwykle istotne Odwołujący zastrzeżeniem objął niemal te same elementy swojej oferty (wykaz usług, wykaz osób, polisa o.c. oraz dokumenty podmiotów trzecich). Przywołanie tego argumentu przez Zamawiającego na rozprawie Odwołujący uznał za wyjście poza przesłanki ustawowe przemawiające za ograniczeniem zasady jawności postępowania nie wskazując jednak w tym zakresie, na czym polegały różnice w zastrzeżeniu niemal tych samych elementów oferty u Odwołującego i Przystępującego, tj. Konsorcjum S. i D. (wykaz usług i osób). Izba poddała ocenie wyjaśnienia zawarte w ofercie Konsorcjum S. i D. w zakresie objęcie części oferty zastrzeżeniem uznając, iż nie odbiegają one co do swojej merytorycznej treści i zakresu zastrzeżenia praktykom w branży IT w zakresie ochrony kluczowego personelu i specjalistów przed ich przejęciem, ochroną kontrahentów, jak również strategią biznesową oraz zasadami kształtowania wynagrodzenia w projektach IT.

Izba wskazuje, że argumentacja Zamawiającego o jednakowym podejściu do wszystkich wykonawców w zakresie objęcia części ofert zastrzeżeniem nie jest pozbawiona racjonalności, Wykonawcy bowiem prezentują zbliżony profil działalności, są zainteresowani tożsamym fragmentem rynku i opierają się w ramach swojej działalności na tożsamych partnerach handlowych i tożsamej rodzajowo kadrze pracowników. Zatem pewne informacje powinny podlegać ochronie w szczególności wobec podmiotów działających w podobnych warunkach rynkowych aby zapewnić pomiędzy nimi uczciwe reguły konkurencji. Nie przez przypadek regulacje dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa znalazły się w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 11 ustawy).

58

Ochrona uczciwej konkurencji na rynku właściwym jest bowiem realizowana również przez nieudostępnienie konkurentom informacji, które dają określonym podmiotom (wypracowaną we własnym zakresie lub uczciwie zdobytą) przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami tego rynku. Ten element bowiem wpisuje się w paradygmat uczciwej konkurencji – jako jednego ze składników służący idei walki konkurencyjnej.

Izba jedynie na marginesie wskazuje, że twierdzenia Odwołującego o „wyplywie” kadry Lidera Konsorcjum S. S.A. nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym. W tym zakresie, ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazać jedynie należy na liczne dokumenty w postaci porozumień i umów złożone przez Konsorcjum S. i D. w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny – ich treść bowiem przeczy dywagacjom Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż Odwołujący nie podważył zasadności objęcia tych informacji zastrzeżeniem – stąd też zarzuty w tym zakresie uznała za niezasadne.

Zarzut IV: niezgodność treści oferty – ograniczenie licencji

W zakresie zarzutu dotyczącego licencji oprogramowania produkcji U. Izba wskazuje, podziеляjąc argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego Konsorcjum S. i D., że Odwołujący prezentując argumentację dla tego zarzutu, analogicznie jak przy zarzucie dotyczącym warunków udziału, popadł w sprzeczność polegającą na tym, że z jednej strony twierdził, iż zaoferowane przez Przystępującego oprogramowanie nie istnieje (ze względu na brak odniesienia w nazwie oprogramowania do jego kodu), z drugiej zaś strony wskazując na jego niezgodność z treścią oferty, co do braku ograniczenia licencji. Odwołujący wskazywał bowiem, że przy przyporządkowaniu nazwy oprogramowania do jego kodu ustalił, że oprogramowanie to posiada ograniczenie liczby przetwarzanych jednocześnie dokumentów (zamykające się wartością 84) i jednocześnie oprogramowanie to nie współpracuje z urządzeniami wyposażonym w 64 bitowe systemy operacyjne.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż sugerowana przez Odwołującego manipulacja odnośnie nazwy oprogramowania stanowi jedynie hipotezę, która ze względu na konieczność dowodzenia twierdzeń przez Strony postępowania odwoławczego, nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia. Wskazana przez Odwołującego manipulacja nie jest na tyle oczywista aby mogła zostać przyjęta za

podstawę orzeczenia bez konieczności udowodnienia jest rzeczywistego istnienia. W tym zakresie Przystępujący Konsorcjum S. i D. powołał się na błąd w oznaczeniu oprogramowania wskazując jednocześnie, że Odwołujący nie miał żadnych trudności w identyfikacji oprogramowania na podstawie jego oznaczenia (...). Nawet gdyby przyjąć, że nazwa ta została celowo przeinaczona, jak sugerował Odwołujący, Izba za wiarygodny uznała dowód w postaci dwóch oświadczeń X. P. Spółka z o.o. z dnia 25.07.2017 r. odnoszących się wprost do tego zarzutu. Z dokumentów tych wynika bowiem, że numer oznaczenia identyfikuje ten produkt w sposób jednoznaczny, że ma pożądane przez Zamawiającego właściwości i jednocześnie, że występuje pod tym oznaczeniem w ofercie handlowej.

W trakcie rozprawy Odwołujący przedstawił, jako kontrdowód, korespondencję mailową z X. P. Spółka z o.o., w której przedstawiciel handlowy oświadczył, że przedsiębiorstwo to nie posiada w swojej dystrybucji oprogramowania U. W odniesieniu do tego dowodu Przystępujący Konsorcjum S. i D. wniósł o przeprowadzenie dowodu z okazania treści korespondencji w postaci elektronicznej wyświetlonej za pomocą komputera osobistego z otwartą przeglądarką internetową serwera pocztowego. W ramach tego dowodu przedstawiona została korespondencja w postaci odpowiedzi od p. D. Ł., przekazana również do wiadomości p. M. U. (tj. jednego z pełnomocników Odwołującego). W ramach dowodu z okazania Przystępujący odczytał częściową treść informacji, w której p. Ł. potwierdził, że firma X. oferuje oprogramowanie U. (...), służące do odczytu dokumentów, którego dystrybucją zajmuje się wydzielona komórka firmy X., którą on osobiście reprezentuje. Przystępujący wskazał, iż jest to kontynuacja korespondencji,

przedstawionej przez Odwołującego, jednocześnie wskazuje na adres mailowy mariusz.urbanowicz@C..pl, który to adres potwierdził pełnomocnik Odwołującego jako swój własny.

W tak nakreślonych ramach sporu, przy wzajemnie wykluczających się faktach z prezentowanych dowodów, Izba przychylając się do stanowiska Przystępującego poddała analizie dokumenty dołączone do wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 w postaci oferty X. P. Spółka z o.o. z dnia 27.04.2017 r. prezentującej rozwiązanie do automatycznego odczytu danych, które oparte jest m.in. na kwestionowanym przez Odwołującego oprogramowaniu oznaczonym symbolem (...). Powyższe oznacza, że złożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym oświadczenia X. P. Spółka z o.o. nie zostały, jak twierdził na rozprawie Odwołujący,

60

złożone na potrzeby postępowania odwoławczego, lecz znajdują one potwierdzenie we wcześniej złożonym materiale dowodowym zgromadzonym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed wniesieniem odwołania. Tym samym Izba nie dała wiary prezentowanym w tym zakresie przez Odwołującego dowodom, w tym korespondencji mailowej z p. A. M. przyjmując za prawdopodobne oświadczenie Przystępującego Konsorcjum S. i D., że osoba ta mogła nie dysponować wiedzą w zakresie specjalistycznego oprogramowania znajdującego się w ofercie X. P. Spółka z o.o. i tym samym wiedzą na temat pełnej oferty handlowej tego podmiotu.

Tym samym Izba mając na uwadze stanowisko Przystępującego Konsorcjum S. i D. co do jednoznacznego określenia oprogramowania U. i licencji jego dotyczącej na podstawie jego oznaczenia (...) uznała, że brak było podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na powyższe rozstrzygnięcie miało również wpływ stanowisko Zamawiającego, który w toku rozprawy wskazał, że w treści SIWZ nie postawiono wymogu aby oprogramowanie współpracowało z urządzeniami wyposażonymi w 64-bitowe systemy operacyjne. Kolejnym argumentem przemawiającym za oddaleniem tego zarzutu była treść, przywołanego w trakcie rozprawy przez Przystępującego Konsorcjum S. i D., § 5 ust. 11 projektu umowy, z którego wynika, że jeżeli do zakończenia czasu realizacji nie przewidziano np. zakupu licencji, a konieczność ich zakupu wystąpi później, wykonawca nabędzie je własnym kosztem i staraniem.

W kontekście powyższych postanowień oraz oceny zgromadzonego materiału dowodowego zarzut ten okazał się niezasadny.

Zarzut art. 26 ust. 2f ustawy Pzp i dotyczący struktury rozproszonej

Przedstawienie przez Odwołującego na rozprawie naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp Izba uznała za czynność spóźnioną i nie podlegającą rozpoznaniu na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (zasada związania Izby przy orzekaniu zarzutami zawartymi w treści odwołania). „Zarzut” ten został *de facto* sformułowany i postawiony przez Odwołującego dopiero na rozprawie w kontrze do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego.

Analogiczna sytuacja miała miejsce w zakresie zarzutu, że system był przeznaczony do działania w rozproszonej strukturze. W ramach odwołania nie podniesiono tego zarzutu, gdyż prawidłowo postawiony zarzut obejmuje zarówno podstawę prawną,

61

jak również faktyczną. Izba ten zarzut pozostawiła bez rozpoznania, stosując jak w zakresie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, zasadę zakazu orzekania ponad zarzuty zawarte w odwołaniu.

Zarzut V- rażąco niska cena w zakresie stawki roboczogodziny

Odnosząc się do zarzutu obejmującego zaniżenie stawek za roboczogodzinę pracy w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż oparcie zarzutu rażąco niskiej ceny na cenie jednostkowej stanowi wyjątek od nakreślonej przepisami zasady, że badaniu w zakresie realności powinno podlegać wynagrodzenie za całość zamówienia. Choć orzecznictwo dopuszcza taką procedurę w stosunku do ceny jednostkowej nie dzieje

się tak bezwarunkowo. Analiza taka może mieć miejsce wówczas, gdy cena jednostkowa stanowi zasadniczy (czyli przeważający) koszt wytworzenia danego produktu lub wykonania usługi, jest jednocześnie skalkulowana na symbolicznym (o ile nie zerowym) poziomie powodując jednocześnie rażące zachwianie proporcji pomiędzy poszczególnymi elementami wynagrodzenia.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu Izba wskazuje, iż wykonawca Konsorcjum S. i D. złożył wraz z pismem 24.05.2017 r. obszernie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny (objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa). Dokumenty te zawierają szereg istotnych z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia danych, w tym analizę porównawczą cen zaoferowanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu, koszty pracy personelu wykonawcy, kalkulację pracochłonności realizacji usługi (który to dokument Izba uznaje za autorski element podejścia do realizacji zamówienia), w tym kalkulację wynagrodzenia ujętego w pkt 2 formularza ofertowego przy uwzględnieniu procentowego udziału poszczególnych ról projektowych w realizacji usług rozwoju systemu w rozumieniu § 9 wzoru umowy oraz średniej stawki godzinowej dla poszczególnych ról przedstawionych we wcześniejszej części wyjaśnień.

W zakresie dowodów Izba uznała za kompletne i wiarygodne przedstawione dokumenty dotyczące sytuacji wykonawcy jako pracodawcy, przy uwzględnieniu podjętych przez tego wykonawcę działań naprawczych, jak również dołączone do wyjaśnień oferty handlowe (z miesiąca kwietnia i maja 2017 r.) odnoszące się wprost do realizacji systemu objętego przedmiotem zamówienia – systemu iSDA (tom I dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego). Zgromadzony w tym zakresie materiał dowodowy przeczy również założeniom Odwołującego, że Przystępujący

62

będzie musiał wyższe koszty wytworzenia systemu, gdyż nie wskazał żadnych gotowych rozwiązań i będzie zmuszony samodzielnie wykonać zasadniczą część zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, doszło do uwiarygodnienia przez Przystępującego Konsorcjum S. i D. wysokości zaoferowanego wynagrodzenia, w tym również stawki jednostkowej roboczogodziny. Izba jednocześnie nie stwierdziła nieprawidłowości w ocenie tych wyjaśnień przez Zamawiającego. Wskazać zatem należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, która według niego wyznaczałaby minimalny poziom wynagrodzenia odnoszącego się do stawki roboczogodziny. Swoją wywód oparł również na zdarzeniach przyszłych i niepewnych, tj. sugestii, że Przystępujący kompensując sobie braki w wycenie będzie w przyszłości – a więc na etapie realizacji - zawyżał pracochłonność wykonania zamówienia. Na takie praktyki jednak nie pozwala § 9 ust. 1 projektu umowy – mechanizm oceny pracochłonności poszczególnych czynności przez niezależnego eksperta.

Mając na uwadze powyższe zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

KIO 1455/17

Zarzut I: Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S., wykonawcy C. oraz wykonawcy M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp ze względu na zaniżenie kosztów roboczogodziny w ramach opcji i przeniesienie tego kosztu na inne usługi wycenione w ramach oferty – czyn nieuczciwej konkurencji.

W tym zakresie Odwołujący powołał się m.in. na postanowienia projektu umowy zawarte w § 9 ust. 10 zdanie 2, z którego wynika, że wykonawca może odmówić realizacji zlecenia (prawa opcji – usługi utrzymania) z przyczyn technicznych lub w terminie wymaganym przez zamawiającego uzasadniając swoje stanowisko. Mając na uwadze stanowisko Odwołującego, Izba wskazuje, że taki sposób określenia przez wykonawców wynagrodzenia mieści się w ramach dozwolonej swobody jego kalkulowania – nie jest to bowiem ani inżynieria cenowa, czy też tzw. „subsydiowanie skrośne” mogące naruszać konkurencję. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Odwołujący swoją argumentację dotyczącą modelowania wynagrodzenia przez Konsorcjum S. i D., wykonawcę C. oraz M. oparł na własnych

63

hipotezach bez wskazania jakichkolwiek przesłanek przemawiających za takim stanowiskiem. Jeżeli nawet jest tak jak twierdzi Odwołujący, tj. że wykonawcy ci „przenieśli ten koszt na inne usługi wyceniane w ramach oferty” to zwiększyli swoje podstawowe wynagrodzenie ponosząc tym samym ryzyko wyższej ceny i zajęcia dalszej lokaty w ramach rankingu ofert. Taka praktyka, choć nie została udowodniona przez Odwołującego i stanowi ona jedynie jego przypuszczenie, ma swoje zalety i wady – a zatem stanowi dopuszczalne ryzyko ofertowe i w dalszej części kontraktowe wykonawców.

W tym wypadku Izba podzieliła w pełni stanowisko Zamawiającego, że tego typu hipotetyczny mechanizm nie dał wykonawcom żadnej przewagi w ramach przyznawania punktów, gdyż jak wynika z zasad logiki oraz podstawowych praw matematyki zwiększenie wartości w ramach kryterium o wadze 40% (gdzie promowana jest najniższa cena), z jednoczesnym obniżeniem wynagrodzenia w ramach tak samo skonstruowanego kryterium, którego waga wynosi 20%, powoduje odwrotny efekt od tego, który stanowił podstawę zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji.

Tym samym w ocenie Izby nie doszło do popełnienia czynu mogącego wpływać na konkurencję w ramach prowadzonego postępowania, nie doszło też do wypaczenia wyniku oceny na skutek działań wykonawców, jak również brak jest podstaw do zastosowania wobec nich sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Przez naganne zachowania w ramach kształtowania wynagrodzenia można uznać bowiem wykorzystanie przez wykonawcę nieprawidłowości w ustaleniu przez podmiot zamawiający kryteriów oceny ofert (odnoszących się zazwyczaj do podkryteriów cenowych o różnej wadze, tj. różnym stopniu punktowania ale z identycznym udziałem w wynagrodzeniu całkowitym) dla uzyskania wyższej liczby punktów lub mechanizmów mających znaczenie na etapie realizacji w postaci np. „kredytowania” się wykonawcy na skutek nieracjonalnych, z ekonomicznego punktu widzenia, przesunięć wynagrodzenia z dalszych etapów na realizowane wcześniej, czy też wykorzystywanie wspomnianego wyżej tzw. „subsydiowania skrośnego” mającego na celu dotowanie pewnych obszarów działalności z innych źródeł, tj. z wykorzystaniem np. monopolistycznej przewagi na pewnych obszarach rynku. W niniejszym wypadku ewentualne przeniesienie wynagrodzenia z usługi utrzymania na etap realizacji nie stwarza przewagi dla wykonawców tylko ze względu na sam fakt wykorzystania takiego mechanizmu. Ponadto można je uzasadnić w sposób

64

ekonomiczny i organizacyjny. Można bowiem w tym przypadku przyjąć racjonalne, z ekonomicznego punktu widzenia, założenie, że im wyższe koszty wytworzenia (lepszą jakością, korzystniejsze rozwiązania na etapie realizacji) tym niższe koszty utrzymania systemu – a zatem niższe koszty realizacji usługi utrzymania w ramach opcji.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut w postaci art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut II: Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S., wykonawcy C. oraz wykonawcy M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp pomimo tego że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie ceny roboczogodziny.

W zakresie tego zarzutu Izba wskazuje, iż rozkład ciężaru dowodu oraz fakt, iż ocenie w ramach środków odwoławczych podlegają czynności podmiotu zamawiającego powoduje, że brak odniesienia się Odwołującego wobec wyjaśnień składanych przez wykonawców Konsorcjum S. oraz D., wykonawcę C. oraz M. stanowią o nieprawidłowym postawieniu tez dowodowych i tym samym o niewykazaniu najistotniejszych z tego punktu widzenia okoliczności.

Odwołujący cały proces dowodzenia oparł na analizie rynku, w tym dobranych w sposób wybiórczy postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, i jak słusznie wskazał Przystępujący Konsorcjum S. i D., nie dokonał żadnej własnej analizy kosztów koniecznych do realizacji przedmiotowego postępowania o

udzielenie zamówienia. Odwołujący, co również istotne, nie wnosił w ramach postępowania odwoławczego o odtajnienie informacji składanych przez ww. wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, nie wnosił również o ich ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą. Taką inicjatywę dowodową zgłosili tylko wykonawcy Konsorcjum S. i D. oraz C.. Izba dokonując analizy wyjaśnień tych wykonawców (objętych zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa) uznała te wyjaśnienia za wyczerpujące i szczegółowe. Wyjaśnienia te referują wprost do realiów realizacji tego konkretnego postępowania i stanowiły, w ocenie Izby, podstawę do uznania przez Zamawiającego realności zaproponowanego przez tych wykonawców wynagrodzenia.

W najistotniejszym zakresie, tj. mogącym mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba, analogicznie jak w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1451/17, poddała analizie wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum S. i D. (pismo 24.05.2017 r.) w zakresie rażąco niskiej ceny (objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa). Dokumenty te, jak wskazano w ramach uzasadnienia dla sprawy rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1451/17, zawierają szereg istotnych z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia danych, w tym analizę porównawczą cen zaoferowanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu, koszty pracy personelu wykonawcy, kalkulację pracochłonności realizacji usługi (który to dokument Izba uznaje za autorski element podejścia do realizacji zamówienia), w tym kalkulację wynagrodzenia ujętego w pkt 2 formularza ofertowego przy uwzględnieniu procentowego udziału poszczególnych ról projektowych w realizacji usług rozwoju systemu w rozumieniu § 9 wzoru umowy oraz średniej stawki godzinowej dla poszczególnych ról przedstawionych we wcześniejszej części wyjaśnień.

W zakresie dowodów Izba uznała za kompletne i wiarygodne przedstawione dokumenty dotyczące sytuacji wykonawcy jako pracodawcy, przy uwzględnieniu podjętych przez tego wykonawcę działań naprawczych, jak również dołączone do wyjaśnień oferty handlowe (z miesiąca kwietnia i maja 2017 r.) odnoszące się wprost do realizacji systemu objętego przedmiotem zamówienia – systemu iSDA (tom I dokumentacji przedłożonej przez Zamawiającego) i przyjętej w tym zakresie formuły wykonania usługi.

Zamawiający wzywając tych wykonawców słusznie zwrócił się o szczegółowe wyjaśnienie w zakresie stawki roboczogodziny i otrzymał w tym zakresie informacje, które w zakresie przypuszczeń Odwołującego, co do zróżnicowania cen roboczogodziny w zakresie zamówienia podstawowego (budowa systemu) i zamówienia opcjonalnego (usługi jego utrzymania) przedstawiają odmienny stan rzeczy od stanowiącego podstawę zarzutów. Tam gdzie w tym zakresie występują rozbieżności przedstawione zostały wyjaśnienia stanowiące podstawę do przyjęcia, że czynności utrzymania systemu będą mniej pracochłonne niż jego wytworzenie. Pozwala to wykonawcom zaangażować pracowników w ramach innych zadań i tym samym zbudować ich płace z wpływów z różnych źródeł. Jest to zatem normalny mechanizm polityki kadrowej mający na celu racjonalne wykorzystanie wartościowego personelu.

Z tego też względu, jak wskazano powyżej, nawet analiza ceny jednostkowej (stawki roboczogodziny) nie może przebiegać w oderwaniu od konkretnego przedmiotu zamówienia, w ramach którego dochodzi do zastosowania instytucji uregulowanej w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ramach rozpoznawanego odwołania mieliśmy bowiem do czynienia z sytuacją, w ramach której Odwołujący w ogóle zaniechał odniesienia wynagrodzenia do jego przedmiotu i skupił się tylko i wyłącznie na analizie porównawczej przypadkowo dobranych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – porównując je do składu zespołu kadrowego. Analiza ta nie uwzględniła jednak pracochłonności projektu, w tym możliwości wykorzystania gotowych rozwiązań IT (analogiczne argumenty wskazał wykonawca konsorcjum S. i

D. oraz wykonawca M.). Ponadto Odwołujący nie wykazał ich zgodności przedmiotowej z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem, jak również nie wykazał, iż były to jedyne takie postępowania prowadzone w tym okresie. Tym samym Izba przyznała rację Przystępującym, że nie mieli oni obowiązku dowodzenia i podważania tych argumentów w kierunku błędnie określonym przez działania procesowe Odwołującego. Przystępujący wykonawcy złożyli na etapie postępowania wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny – a zatem spełnili ciążący na nich obowiązek wykazania na właściwym etapie (w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) i przed właściwym podmiotem (Zamawiający), że zaproponowane przez nich wynagrodzenie zostało wyliczone w sposób prawidłowy i rzetelny. Izba zaś w ramach swoich kompetencji ocenia czynności podmiotu zamawiającego podjęte w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rolą Izby nie jest prowadzenie postępowania niejako w zastępstwie Zamawiającego i tym samym dokonywanie czynności badania oraz oceny ofert. Izba ocenia zarzuty w kontekście czynności podjętych w ramach postępowania, przy uwzględnieniu jedynie tej wiedzy, którą podmiot zamawiający dysponował na właściwym etapie postępowania. Izba w ramach rozpoznawanego odwołania nie doszukała się wad w procesie oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców na wezwanie oparte o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż powyższy zarzut w postaci art. 89 ust. 1 pkt 4 nie zasługiwał na uwzględnienie.

67

W związku z oddaleniem powyższych zarzutów w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1455/17 nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniach o sygn. akt KIO 1451/17 oraz KIO 1455/17 powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

68