

WYROK

z dnia 12 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 21 grudnia 2017 r. oraz 8 stycznia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 4 grudnia 2017 r. przez Wykonawcę **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) (sygn. akt KIO 2573/17);

B) w dniu 4 grudnia 2017 r. przez Wykonawcę **Sygnity Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1 (02-797 Warszawa) (sygn. akt KIO 2575/17) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości** w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11 (00-567 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy **Atos Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Królewskiej 16 (00-103 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2573/17, KIO 2575/17 po stronie Zamawiającego,

Wykonawcy **Sygnity Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1 (02-797 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2573/17, po stronie Odwołującego,

Wykonawcy **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2575/17 po stronie Zamawiającego

1

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) (sygn. akt KIO 2573/17);

B. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1 (02-797 Warszawa) (sygn. akt KIO 2575/17);

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Wykonawców: **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) (sygn. akt KIO 2573/17) oraz **Sygnity Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1 (02-797 Warszawa) (sygn. akt KIO 2575/17) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców: **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) (sygn. akt KIO 2573/17) oraz **Sygnity Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. F. Klimczaka 1 (02-797 Warszawa) (sygn. akt KIO 2575/17), tytułem wpisów od odwołań.

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

.....

2

Sygn. akt: KIO 2573/17 KIO 2575/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Ministerstwo Sprawiedliwości, w trybie przetargu nieograniczonego na *utrzymanie, modyfikację i szkolenie dla systemu teleinformatycznego Krajowego Rejestru Sądowego* (nr postępowania: 2017/2), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2017/S 067-126346 w dniu 5 kwietnia 2017 r., wobec czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały wniesione w dniu 4 grudnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO 2573/17), Sygnity S.A. (sygn. akt KIO 2575/17).

O czynnościach Zamawiającego Wykonawcy zostali poinformowani w dniu 24 listopada 2017 r. w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

I. Sygn. akt KIO 2573/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2573/17 Odwołujący – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności:

1. oceny i badania ofert;
2. wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Atos Polska S.A., podlegającej odrzuceniu;
3. wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Atos pomimo, iż wykonawca podlega wykluczeniu, gdyż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;
4. zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Atos w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Ustawy Pzp, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; z ostrożności procesowej;
5. zaniechania czynności odrzucenia oferty Atos pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny;
6. niezgodnej z przepisami oceny wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
7. zaniechania odrzucenia oferty Atos pomimo, iż treść nie odpowiada treści siwz;

3

-
8. zaniechania wezwania Atos do złożenia dowodów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na skutek tych czynności i zaniechań do jakich doszło przy ocenie i badaniu ofert Zamawiający dopuścić miał się naruszenia:

- a) art. 9 ust. 1, art. 96 ust. 1, 2 i 3, art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia pisemnej dokumentacji z oceny oferty Atos;
- b) art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zd. pierwsze Ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Atos – o ile taka dokumentacja istnieje oraz zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia wyjaśnień RNC złożonych przez Atos w sytuacji gdy informacje w nich zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- c) art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Atos;
- d) art. 90 ust. 3, art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 9 ust. 1 oraz w zw. z art. 7 Ustawy poprzez

- zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny wyjaśnień Atos złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy;
- e) art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Atos z postępowania pomimo, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków oraz mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- f) art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniami przepisów wskazanymi powyżej,
- z ostrożności:
- g) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Atos wyjaśnień RNC podczas gdy z ich treści wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- h) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Atos pomimo, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz;
- i) art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Atos do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

4

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia i udostępnienia całości wyjaśnień RNC, dokonania oceny ofert zgodnie z siwz, tj. sporządzenie pisemnego uzasadnienia oceny oferty Atos, wykluczenia wykonawcy Atos, dokonania oceny wyjaśnień wraz z pisemnym uzasadnieniem oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego. Z ostrożności wnosi o odrzucenie oferty Atos na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz wezwanie wykonawcy Atos do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę Atos, Odwołujący odniósł się na wstępie do przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UoZNK koniecznych do wykazania, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, Atos nie miał podstaw do zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach RNC, które nie wypełniają łącznie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający w tej sytuacji powinien je odtajnić zgodnie z uchwałą SN z 21.10.2005 r. (sygn.. akt: III CZP 74/05). Odtajnienie jedynie w części informacji wskazywać ma na niedostateczną ocenę i analizę całej treści wyjaśnień, co Odwołujący wywiódł z treści dokumentu „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny”, w całości udostępnionego w dniu 28.11.2017 r. W jego ocenie, uzasadnienie to jest ogólne i nie przystaje do treści wyjaśnień, do czego odniósł się na str. 6 odwołania, sprowadzając zasadniczo całość argumentacji do wykazania gołostowności (braku dowodów) prezentowanych danych. Odwołujący zwrócił uwagę na wagę ciężaru dowodu co do wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, który spoczywa na wykonawcy. Odwołujący z uwagi na brak możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami, powołał się w odwołaniu jedynie na ogólne zasady, w tym zasadę jawności postępowania, od której odstępstwa można dopuścić wyłącznie przy wykazaniu spełnienia wszystkich przesłanek ustawowych. Zdaniem Odwołującego, każde naruszenie art. 8 ust. 1-3 Ustawy zawsze ma wpływ na wynik postępowania z tej przyczyny, że udostępnienie danych w toku postępowania, już po wniesieniu odwołania, w tym w wykonaniu wyroku Izby, zawsze jest nową okolicznością, na którą każdemu z uczestników postępowania służy środek ochrony prawnej. Ponieważ ocena zasadności zastrzeżenia informacji stanowi element badania i oceny ofert, skutkiem uznania zarzutu w każdym przypadku powinno być także dokonanie unieważnienia dotychczasowej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie jest bowiem możliwe ocenianie zasadności zastrzeżenia jawności części dokumentacji postępowania w oderwaniu od czynności badania i oceny ofert.

Kolejną podstawę zarzutów stanowi brak pisemnego protokołu z oceny oferty Atos, co w świetle wątpliwości, jakie budziły referencje ma wskazywać na naruszenie art. 90 ust. 3

5

Ustawy oraz art. 90 ust. 1 i 1a Ustawy. Z udostępnionych Odwołującemu dokumentów nie wynika, aby Zamawiający dokonał oceny spełnienia przez Atos warunków udziału w postępowaniu oraz oceny złożonych wyjaśnień w zakresie RNC. Każda czynność Zamawiającego podejmowana w postępowaniu powinna znaleźć odzwierciedlenie w formie pisemnego dokumentu stanowiącego załącznik do protokołu postępowania. Wobec braku w dokumentacji postępowania informacji, na jakiej podstawie faktycznej i prawnej Zamawiający uznał, iż Atos spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że cena jego oferty nie jest rażąco niską, Odwołujący ma utrudnioną możliwość skutecznego podnoszenia zarzutów nieprawidłowej oceny oferty Atos.

W konsekwencji podniesionych zarzutów, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Atos powinien zostać oceniony dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości wyjaśnień RNC. Z tej przyczyny zarzut zaniechania odrzucenia oferty Atos podniesiony został jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wnosi o jego nierozpatrywanie (jako przedwczesnego) w przypadku, gdyby Izba uznała za zasadny zarzut wskazany w pkt I uzasadnienia. Z ostrożności, odnosząc się do treści wyjaśnień, w części udostępnionej, Odwołujący wskazywał na brak obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny, co czynić ma ocenę wyjaśnień dokonaną przez Zamawiającego nieprawidłową. Zamawiający wymagał przedstawienia dowodów w zakresie wskazanym w wezwaniu, tj. kosztów pierwszego i ostatniego miesiąca realizacji umowy, kosztów utworzenia i przekazania zamawiającemu środowiska deweloperskiego do kompilacji kodów źródłowych, w tym wszystkich niezbędnych licencji oraz dowodów szczegółowej kalkulacji w stosunku do każdego z elementów wskazanego w wezwaniu z 21.09.2017 r. Już sam brak przedstawienia przez Atos dowodów stanowi podstawę uznania, że złożone wyjaśnienia RNC są niewystarczające oraz nie obalają domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny. Jedynym dowodem załączonym do wyjaśnień jest oświadczenie własne Atos, w którym potwierdza „wysokość wynagrodzeń adekwatnych pracowników w Atos Polska SA”. Brak załączenia umów o pracę/umów zlecenia uniemożliwia dokonania obliczenia rzeczywistych kosztów osobowych realizacji zamówienia, a zatem wszystkie wyliczenia prezentowane w wyjaśnieniach należy uznać za hipotetyczne, oparte na założeniach, a nie na konkretnych dowodach.

Niezależnie od powyższego Odwołujący odniósł się do elementów kosztotwórczych: kosztów licencji środowisk deweloperskich (licencji lub subskrypcji), kosztów przekazania wiedzy (koszt ostatniego miesiąca realizacji umowy), kosztów podwykonawstwa oraz szacowanej czasochłonności. Odnosnie kosztów licencji (środowiska deweloperskiego), ich dostarczenie stanowi przedmiot świadczenia (§ 2 ust. 9 i 10 wzoru umowy) konieczny do budowy środowiska deweloperskiego przeznaczonego do wytworzenia i kompilowania kodów

6

źródłowych. Pomimo, iż w formularzu oferty nie było konieczne wskazanie tego elementu, to w wyjaśnieniach dotyczących ceny wykonawcy mieli wskazać jakie elementy w tym zakresie zostały ujęte (lista niezbędnych licencji). Ponieważ Atos nie przedstawił listy niezbędnych do budowy tego środowiska elementów, ani tym bardziej wyceny zakupu tych licencji wraz z dowodami należy przyjąć, iż oferta nie uwzględnia prawidłowej kalkulacji tego zobowiązania.

Z udostępnionego fragmentu wyjaśnień (str. 3) Odwołujący ustalił, iż Atos ujął w cenie oferty jakąś kwotę bez wskazania na listę licencji wraz z cenami (brak dowodów).

Koszty przekazania wiedzy zostały przez Zamawiającego wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wraz z żądaniem przedstawienia kalkulacji dla „ostatniego miesiąca umowy”, w którym świadczone będą obowiązki. Odwołujący zakwestionował, aby Atos zdobył doświadczenie w zakresie związanym z przekazywaniem systemu innemu wykonawcy, skoro sam utrzymywał system e-Płatność oraz Elektroniczna Księga Wieczysta, co czyni wyjaśnienia nierzetelnymi i niewiarygodnymi. Wyjaśnienia w zakresie kosztów związanych z przekazaniem wiedzy nie są oparte na żadnych wyliczeniach.

Koszty podwykonawstwa powinny być uwzględnione w wyjaśnieniach, skoro Atos wskazał na dwie firmy mające realizować w tym charakterze usługi (Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. i Symmetry Sp. z o.o.), jako podstawa szacunku ceny oferty, a przy braku ofert podwykonawców nie można mówić, iż takie szacowanie odbyło się. Tym samym cena oferty nie została prawidłowo skalkulowana i jest rażąco niska. Brak dołączenia do wyjaśnień ofert podwykonawczych wskazywać ma wprost na wadliwość wyjaśnień i brak obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

W zakresie czasochłonności zadania SOW KRS nie była ona określona w siwz (po

modyfikacji Zamawiający zmniejszył ilość godzin o 40.000 osobogodzin z puli 70.000). Zamawiający określił wyłącznie wielkość 30.000 osobogodzin dla usługi modyfikacji KRS. Każdy z wykonawców był zobowiązany do oszacowania pracochłonności wykonania systemu SOW KRS na podstawie wymagań dla tego systemu określonych w załączniku nr 8A do siwz. Szacowanie to powinno być przedstawione w wyjaśnieniach, czego Atos nie uczynił przyjmując automatycznie wielkość 40.000 roboczogodzin, co Odwołujący wyliczył z kwoty 4.232.000 zł za wykonanie SOW KRS podzielonej przez koszt jednej osobogodziny (105,80 zł). Wyjaśnienia nie prezentują podstaw szacunków, które wskazywałyby na realność przyjętej kalkulacji. Przyjęta identyczna stawka jak dla modyfikacji KRS wskazuje, w ocenie Odwołującego, na brak świadomości co do różnego zakresu prac, wykraczających poza czynności związane z wytworzeniem oprogramowania i różne stawki przyjmowane dla specjalistów. Powyższe wskazuje na brak dowodów na dokonaną kalkulację pracochłonności dla realizacji SOW KRS oraz nieuwzględnienie wszystkich kosztów, jakie należy ponieść, wynikające z braku świadomości zakresu koniecznych do wykonania prac.

7

Wskazane powyżej okoliczności prowadzą do wniosku, iż Atos nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska (art. 90 Ustawy), zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty.

Zarzut niezgodności oferty Atos z siwz wynika z analizy wyjaśnień RNC, w których Wykonawca nie uwzględnił kosztów utworzenia i przekazania Zamawiającemu środowiska developerskiego oraz kosztów związanych z budową własnego środowiska wytwórczego i środowiska testowego. Atos w wyjaśnieniach nie zamieścił listy niezbędnych elementów do budowy takich środowisk, ani nie przedstawił wyceny zakupu tych licencji wraz z dowodami. Zarzut zaniechania wykluczenia Atos z postępowania Odwołujący opiera na stwierdzeniu braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej opisanej w li. b), jako zrealizowanej lub wykonywanej usługi przez okres co najmniej 12 miesięcy w sposób ciągły co najmniej 1 usługę obejmującą łącznie następujące czynności: utrzymanie dedykowanego systemu informatycznego, wykonywanie modyfikacji, wdrażanie tych modyfikacji jako nowych wersji systemu, wsparcie w eksploatacji użytkowników oraz przeprowadzenie szkoleń na potrzeby systemu informatycznego, obsługującego co najmniej 20 geograficznie odrębnych lokalizacji, tj. położonych w różnych miejscowościach, w których odbywało się przetwarzanie i przechowywanie danych informacji w bazie, posiadającego razem co najmniej 1000 użytkowników.

Co najmniej 1 spośród a) oraz 1 usługa z b) miała wartość co najmniej 1 845 000 zł brutto (z podatkiem VAT), z wyłączeniem wartości dostarczanego sprzętu lub licencji na oprogramowanie gotowe.

Spośród dwóch wskazanych w wykazie usług (dla Województwa Podkarpackiego oraz Prokuratury Krajowej), żadna nie spełnia warunku wartościowego dla zakresu rzeczowego obejmującego łącznie elementy opisane w wymaganiu (w tym przeprowadzenie szkoleń). Dodatkowo usługa świadczona dla Prokuratury Krajowej nie obejmowała przeprowadzenia szkoleń (dowód: pismo z Prokuratury Krajowej z 17.11.2017 r.). Odwołujący ustalił, iż usługa dotycząca wykonania systemu informatycznego PSeAP – Podkarpacki System Informacji Publicznej (na rzecz Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego) o wartości całkowitej 92.570.966,18 zł brutto nie obejmowała powdrożeniowych usług z zakresu utrzymania systemu, a umowa przewidywała wyłącznie bezpłatną gwarancję (dowód: pismo z Urzędu Marszałkowskiego z 7.11.2017 r. oraz z 20.11.2017 r.). Wskazuje to na przesłankę do wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy.

8

Zdaniem Odwołującego Atos świadomie podał nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co realizuje również przesłankę do wykluczenia postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy.

I. Sygn. akt KIO 2575/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1275/17 Odwołujący – Sygnity S.A. zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności oceny ofert Atos

Polska S.A. oraz Asseco Poland S.A. wskazując na uchybienie przepisom:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia wykonawcy Atos Polska S.A., w sytuacji gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykonał w sposób należyty usługi w ramach projektu PSeAP – Podkarpacki System e-Administracji Publicznej, którą realizował w sposób ciągły w okresie krótszym niż 12 miesięcy (od 30 czerwca do 19 września 2014r.), natomiast umowa dotycząca Centralnej Bazy Danych Systemu Informatycznego Prokuratury formalnie nie obejmowała przeprowadzenia szkoleń dla użytkowników;
- 2) w sytuacji nie uwzględnienia zarzutu pierwszego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty w sytuacji, gdy stawka za roboczogodzinę w wysokości 105,80 zł netto jest rażąco niskim kosztem, której zasadności Atos Polska S.A. nie wykazał;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Atos Polska S.A. z uwagi na zamiar świadczenia usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu (oferty Atos Polska S.A.);
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Asseco Poland S.A. w sytuacji, gdy cena ryczałtowa brutto dot. § 2 ust. 1 pkt 2 lit.e w wysokości 4.920.000,00 zł jest rażąco niskim kosztem, której zasadność wykonawca nie wykazał;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco Poland S.A. z uwagi na zamiar świadczenia przez Spółkę usługę poniżej jej kosztów wytworzenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

9

-
- 7) art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, tj. oferty Asseco Poland S.A.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Atos Polska S.A. na podstawie art.

24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4

Ustawy ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1 Ustawy, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak też dokonanie ponownej punktacji oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przywołał okoliczności faktyczne wynikające z zaoferowanych cen w czterech złożonych w postępowaniu ofertach, z których najtańszą zaoferował Atos Polska S.A (19.119.583,00 zł, co stanowi około 50,7% wartości szacunkowej), a kolejne ukształtowały się na poziomie: 34.398.594,14 zł (oferta Comarch Polska S.A – 91,2% wartości szacunkowej), 23.790.660,00 zł (oferta Asseco Polska S.A. – 63,11% wartości szacunkowej), 24.342.930,00 zł (oferta Sygnity S.A. – 64,4% wartości szacunkowej).

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 37.685.662,50 zł. Wszyscy wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanych cen (pisma z dnia 21.09.2017 r.), a wyjaśnienia te zostały przez Zamawiającego w części odtajnione. Przyznane w trakcie oceny ofert punkty, zdecydowały o wskazaniu i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Atos Polska S.A.

W stosunku do oferty Atos Polska S.A. Odwołujący zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 Ustawy opiera na ocenie zdolności technicznej i zawodowej, której podstawą były wskazane zrealizowane lub nadal realizowane usługi, w tym usługa świadczona w okresie od 01.09.2013 r. do 31.10.2014 r. zaprojektowania i budowy systemu teleinformatycznego PSeAP – Podkarpacki System e-Administracji Publicznej, co do której należytego wykonania oraz zakresu przeprowadzonych szkoleń zgłasza zastrzeżenia. Na podstawie dokumentów przedłożonych przez innych Zamawiających – Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego oraz Prokuraturę Krajową, wskazał na brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W piśmie z dnia 20.11.2017 r. Urzędu Marszałkowego Województwa Podkarpackiego wskazane zostało, iż „cykl szkoleń trwał od 30 czerwca

2014r. do 19 września 2014 r.”, co oznacza brak spełnienia warunku udziału opisanego w pkt. 7.2.1 ppkt b, w którym Zamawiający określił, iż usługa ma być realizowana „przez okres najmniej 12 miesięcy w sposób ciągły”, natomiast Atos Polska S.A. wykonał usługę szkolenia w okresie 2 miesięcy i 20 dni. Ponadto, w stosunku do tej usługi Urząd Marszałkowski w piśmie z dnia 7.11.2017 r. wskazał na wykonanie z opóźnieniem jednego z etapów umowy, czego skutkiem było naliczenie oraz potrącenie z wynagrodzenia Wykonawcy kary umownej.

10

Przywołane na tą okoliczność orzeczenia (Sądu Najwyższego oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach) mają potwierdzać, iż o nienależym wykonaniu zobowiązania można mówić również wówczas, gdy zachowanie się dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, a nawet dłużnik według własnej oceny spełnił świadczenie, jednakże osiągnięty przez niego wynik odbiega pod określonymi względami od tego, na czym miało polegać prawidłowo spełnione świadczenie. Stąd, wszelkie odstępstwa następujące z winy wykonawcy stanowić będą nienależyte wykonanie umowy. Z przedłożonego dokumentu wynika, iż po stronie Atos Polska S.A. wystąpiły zawinione działania, które doprowadziły do naliczenia i potrącenia kary umownej.

Tym samym, Wykonawca nie wykazała się doświadczeniem, bowiem wskazana usługa została wykonana w sposób nienależyty, a druga wskazana usługa zmodyfikowania systemu teleinformatycznego EKW dla Ministerstwa Sprawiedliwości opiewa na wartość niższą, niż wymagane co najmniej 1 845 000 zł brutto.

W ocenie Odwołującego, Atos Polska S.A. nie posiada również wymaganego doświadczenia w zakresie określonym w pkt 7.2.1 ppkt b siwz z tej przyczyny, że szkolenie prowadzone dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego nie trwały przez okres co najmniej 12 miesięcy w sposób ciągły. Po drugie, usługa świadczona na rzecz Prokuratury Krajowej nie obejmowała szkolenia (pismo z dnia 17.11.2017 r.). Zakres szkolenia opisany w piśmie, jako „praktyczne szkolenia dla administratorów i użytkowników z Prokuratury Krajowej”, nie potwierdza doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, który wymagał łącznego wykonania wymienionych usług oraz usługi o wartości co najmniej 1 845 000 zł brutto.

Ponadto, oferta Atos Polska S.A. zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zakwestionował koszt roboczogodziny (105,80 zł netto), jako istotny element cenotwórczy. Odwołujący zgłosił zastrzeżenia co do procedury wyjaśniania ceny oferty, jednak z uwagi na utajnienie części wyjaśnień jedynie ogólnie wskazał w oparciu o jawną część wyjaśnień na zasadnicze argumenty, które powinny prowadzić do uznania, że wyjaśnienia były niedostateczne dla uznania ceny za rzetelnie skalkulowaną. Okolicznościami na jakie wskazał są brak dowodów oraz zaniżony w stosunku do pozostałych ofert koszt wynagrodzenia. Przyjęta stawka wskazywać ma na przyjęcie minimalnej stawki, która jest nieadekwatna do tego rodzaju usługi oraz prowadzi do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów (art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK). Odwołujący wskazał na rodzaje kosztów, których ma nie uwzględniać oferta Atos Polska S.A.: osobowe związane z przygotowaniem do realizacji umowy (dostosowania środowisk i narzędzi wytwórczych, koszty licencji i kodów źródłowych), licencji środowisk deweloperskich, przekazania wiedzy (koszt ostatniego miesiąca realizacji umowy), podwykonawstwa (Ingirifo Sp. z o.o. Sp. k.), czasochłonności realizacji SOW KRS. Wykonawca nie dokonał oceny niezbędnej

11

pracochłonności dla modyfikacji systemu SOW KRS, co Odwołujący ustalił dokonując przeliczenia ceny ryczałtowej oraz stawki, co dało wynik 40.000 roboczogodzin. Zamawiający wstępnie w siwz przyjął wielkość 70.000 rbh, którą ostatecznie zmniejszył określając maksymalną pracochłonność dla modyfikacji systemu do 30.000 rbh (modyfikacja z 18.07.2017 r.) wydzieloną z prac obejmujących modyfikację systemu SOW

KRS.

Wykonawca przyjął zatem dla tego elementu ilość 40.000 rbh, o jaką zmniejszona została maksymalna pracochłonność i sam nie dokonał oceny pracochłonności, jaka jest wymagana dla modyfikacji systemu SOW KRS.

W ocenie Odwołującego, istnieje wysokie ryzyko, że spółka Atos Polska S.A. przedstawiła ofertę, która nie wlicza wszystkich niezbędnych kosztów, czyniąc niemożliwym do wykonania zamówienia.

Uzupełniając, do postawionego zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, iż nie jest konieczne wystąpienie konkretnego skutku, a podejmowania działania zawsze muszą, chociażby teoretycznie, naruszać przepisy prawa lub dobre obyczaje. Orzecznictwo sądów powszechnych wskazuje, iż w sytuacji gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 UZNK, nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregoś z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (wyrok S.A. w Warszawie z 4.4.4013 r., I ACa 1040/12, wyrok SN z 25.10.2012, I CSK 147/12). Jako utrudniające dostęp do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które narusza mechanizm uczciwej konkurencji. Celem złożenia oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia. Pojęcie „dostęp do rynku zamówień publicznych” należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych. Ustalenie kosztu roboczogodziny na poziomie wskazanym powyżej świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby uzyskać zamówienie, co narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o dokonanie przez KIO weryfikacji wyjaśnień złożonych przez Atos Polska S.A. i prawidłowości ich oceny, w tym przede wszystkim pod kątem konieczności ujęcia w stawce roboczogodziny wszelkich kosztów związanych ze świadczeniem usług. Zarzuty dotyczące oferty Asseco Poland S.A. związane są z przyjętą na poziomie 32.000 rbh pracochłonnością modernizacji systemu SOW KRS, która ma czynić niemożliwym wykonanie zamówienia. Odwołujący wyliczył tą wielkość poprzez przeliczenie ceny ryczałtowej przez stawkę rbh (153,75 zł). W jego ocenie, Zamawiający nie dołożył należytej staranności do

12

tego, aby zapewnić systemowi o takiej randze odpowiedni czas na modyfikację, zwłaszcza w sytuacji gdy nie był sam w stanie dookreślić ich zakresu precyzyjnie na etapie postępowania, co naraża na ryzyko uzyskania zamówienia niesatysfakcjonującego, czy też nie posiadającego wymaganych funkcjonalności. Z części jawnej wyjaśnień tego Wykonawcy wynika jedynie, że na koszt realizacji SOW KRS składa się wyznaczona stawka rbh, pracochłonność oraz koszt przygotowania środowiska deweloperskiego. Asseco Poland S.A. nie skalkulowało kosztów związanych ze szkoleniem w zakresie tego systemu. Wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu wykazania wysokości ceny. Nie przedstawił kalkulacji niezbędnej dla stwierdzenia, że wskazana pracochłonność jest wystarczająca aby zapewnić realizację modyfikacji systemu według założeń Zamawiającego. Założona przez Zamawiającego kwota na sfinansowanie zamówienia wskazywać ma, iż na modyfikację SOW KRS potrzebna będzie znaczna pracochłonność, co wynikało z wiedzy o kwocie, jaką dotychczas Zamawiający przeznaczał na wsparcie, serwis oraz bieżącą obsługę systemu. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego Wykonawcy: Atos Polska S.A. (w sprawach o sygn. akt KIO 2573/17 i KIO 2575/17), Asseco Poland S.A. (w sprawie KIO 2575/17) oraz Sygnity S.A. po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2573/17.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wnosił o ich oddalenie w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy w kopii poświadczoną za zgodność przez Zamawiającego, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), protokół wraz z załącznikami, w tym oferty, oraz przedłożone na rozprawie dowody i stanowiska stron.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania, modyfikacji i szkolenia dla systemu teleinformatycznego Krajowego Rejestru Sądowego, udzielane jako część zamówienia.

uwzględniającą wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Ustawy o wartości 15.262.500,00 zł, tj. usług podobnych, które mogą być udzielone w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy (dowód: druk ZP/PN). W formularzu ofertowym wykonawcy mieli wskazać cenę łączną brutto za wykonanie zamówienia (pkt 3.1), a następnie w rozbiu na cenę brutto za wsparcie eksploatacyjne, świadczenie serwisu i wsparcie techniczne dla Systemu (pkt 3.2), cenę brutto za modyfikację Systemu (pkt 3.3), cenę ryczałtową brutto za modyfikację (pkt 3.4) oraz cenę brutto za przygotowanie i zrealizowanie szkoleń/warsztatów (pkt. 3.5). Poz. 3.3 formularza oferty była dodatkowo rozbudowana o pozycję: cena jednostkowa brutto za 1 osobogodzinę pracy oraz „cena brutto za 1 punkt funkcyjny wynosi 10 x cena jednostkowa brutto za 1 osobogodzinę”. Zamawiający w sekcji III.1.1 ogłoszenia (odpowiednio pkt 7.2.1 siwz) opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wymagając od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, łącznie wykonał (tj. świadczył, zrealizował, zakończył), a także w przypadku wykonywanych (świadczonych, realizowanych) świadczeń okresowych lub ciągłych również aktualnie wykonuje (świadczy, realizuje) następujące usługi:

- a) co najmniej 1 usługę polegającą na zaprojektowaniu i zbudowaniu lub zmodyfikowaniu systemu informatycznego utrzymującego i obsługującego rejestr publiczny w rozumieniu ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne o zasięgu ogólnokrajowym, z wykorzystaniem następujących rozwiązań architektonicznych i technologicznych:
 - zbudowany w oparciu o model warstwowy
 - oparty o architekturę SOA, z wydzieleniem usług sieciowych dostępnych dla podsystemów, modułów oraz systemów zewnętrznych za pośrednictwem szyny usług (ESB), działającej w układzie wysokiej dostępności (HA)
 - oparty na bazie danych IBM DB2 for z/OS lub na platformie Windows
 - oparty na bazie danych IBM DB2 9.x wraz z IBM Websphere Application Server 6.x oraz IBM Websphere MQ Series 6.x, na platformie z Windows
 - oparty na bazie IBM Domino / Notes i PostgreSQL oraz skryptach PHP WebSphere MQ Server z systemem operacyjnym Windows
 - oparty o środowisko Liferay i język programowania JAVA
- b) przez okres co najmniej 12 miesięcy w sposób ciągły co najmniej 1 usługę obejmującą łącznie następujące czynności: utrzymanie dedykowanego systemu informatycznego, wykonywanie modyfikacji, wdrażanie tych modyfikacji jako nowych wersji systemu, wsparcie w eksploatacji użytkowników oraz przeprowadzenie szkoleń na potrzeby

systemu informatycznego, obsługującego co najmniej 20 geograficznie odrębnych lokalizacji, tj. położonych w różnych miejscowościach, w których odbywało się przetwarzanie i przechowywanie danych informacji w bazie, posiadającego razem co najmniej 1000 użytkowników. Co najmniej 1 usługa spośród a) lub b) miała wartość co najmniej 1 845 000 PLN brutto (z

podatkiem VAT), z wyłączeniem wartości dostarczanego sprzętu lub licencji na oprogramowanie gotowe.

W celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagane było złożenie wykazu usług, wraz z podaniem informacji dot. przedmiotu, dat wykonania, wartości i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (sekcja III.1.2 ppkt 5.1 ogłoszenia).

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców: Atos Polska S.A. (cena brutto: 19.119.583,00 zł), Comarch Polska S.A. (cena brutto: 34.398.594,14 zł), Asseco Poland S.A. (cena brutto: 23.790.660,00 zł), Sygnity S.A. (cena brutto: 24.342.930,00 zł).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 37.685.662,50 zł. brutto.

Atos Polska S.A. w ofercie wskazał łączną cenę brutto 19.119.583,00 zł, w tym stawkę osobogodziny – 105,80 zł. Asseco Poland S.A. zaoferował łączną cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w kwocie 23.790.660,00 zł, w tym stawkę osobogodziny – 153,75 zł. Sygnity S.A. zaoferowało cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 24.342.930,00 zł, w tym stawkę osobogodziny – 130,00 zł.

Pismem datowanym na dzień 21.09.2017 r. Zamawiający wezwał trzech z czterech Wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy (Atos, Sygnity, Asseco). Wezwanie zostało zredagowane w jednym wspólnym dla wszystkich uczestników piśmie. Zamawiający oczekiwał informacji na temat kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego, modyfikacji oraz przygotowania i zrealizowania szkoleń/warsztatów), kosztów pierwszego (zapoznania się z działaniem systemu i organizacji dostępu) i ostatniego miesiąca realizacji umowy (sprawdzenia usług i przekazania wiedzy o systemie kolejnemu wykonawcy). W zakresie kosztów pierwszego i ostatniego miesiąca wykonawcy mieli złożyć stosowne kalkulacje i dowody. Równocześnie Zamawiający zwrócił się o przedstawienie kalkulacji kosztów osobowych związanych z obsługą dwóch numerów telefonicznych, świadczenia usług dla Administratorów, realizacji zgłoszeń dla Awarii i Błędów Krytycznych. Ponadto prosił o wyjaśnienie, czy w cenie oferty ujęte zostały koszty utworzenia i przekazania

15

Zamawiającemu środowiska deweloperskiego do kompilacji kodów źródłowych, w tym wszystkich niezbędnych licencji, prezentowane w postaci stosownej kalkulacji kosztów. Wskazał również na potrzebę przyporządkowania ról określonych w załączniku nr 10 do wzoru umowy do zadań wynikających z przedmiotu umowy (utrzymanie, rozwój, szkolenia) wraz z kalkulacją kosztów. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych

kalkulacji

w stosunku do co najmniej każdego z ww. elementów, w tym załączenia stosownych dowodów.

Wszyscy trzej Wykonawcy w całości zastrzegali wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wystosował pisma, w których informował o bezskuteczności zastrzeżenia w całości wyjaśnień przekazując, jako załącznik zakres, w jakim uznaje zastrzeżenia za niezasadne (z zaciemnionymi fragmentami wyjaśnień).

Pismami z dnia 17 i 18 października 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Atos Polska S.A. do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, tj. wykazu usług wraz z dowodami określającymi, iż zostały one należycie wykonane (są należycie wykonywane).

W dniu 23.10.2017 r. Atos Polska S.A. przedłożył wykaz usług zawierający łącznie cztery pozycje, w tym powtórzoną usługę realizowaną na rzecz Województwa Podkarpackiego, dotyczącej *zaprojektowania i zbudowania systemu teleinformatycznego PSeAP Podkarpacki System e-Administracji Publicznej* (zrealizowana w okresie 01.09.2013 r. – 31.10.2014 r.), usługę wykonaną na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości *zmodyfikowanie systemu teleinformatycznego EKW* (zrealizowana w okresie 20.12.2016 r. – 23.12.2016 r.) oraz usługę świadczoną na rzecz Prokuratury Krajowej na *utrzymanie dedykowanego systemu, wykonywanie modyfikacji jako nowych wersji systemu, wsparcie w eksploatacji oraz przeprowadzenie szkoleń na potrzeby systemu informatycznego „Centralna Baza Danych Systemu Informatycznego Prokuratury* (zrealizowana w okresie 14.04.2015 r. – 25.07.2017 r.). Jedynie w opisie usługi realizowanej na rzecz Województwa Podkarpackiego potwierdzona została wartość ponad 1 845 000 zł. (poz. 1 i 3 wykazu). Wraz z wykazem Wykonawca przedstawił:

- referencje z dnia 14.05.2017 r. dotyczącą projektu PSeAP – Podkarpacki System e-Administracji Publicznej opisującą zakres rzeczowy (w tym szkolenia i instruktaż stanowiskowy) bez wskazania na wartość umowy, wraz z potwierdzeniem należytego wykonania prac.
- referencję z Prokuratury Krajowej z dnia 25.07.2017 r.
- protokół odbioru przedmiotu umowy zawartej z Ministerstwem Sprawiedliwości.

16

Zamawiający uzyskał w toku postępowania potwierdzenie z Prokuratury Krajowej faktu

realizacji przez Atos Polska S.A. (jako lidera konsorcjum) przez okres 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, nadzoru i wsparcia technicznego w zakresie eksploatacji oraz prowadzenia serwisu i prac rozwojowych systemu Centralna Baza Danych Systemu Informatycznego Prokuratury (CBD SIP). Ponadto, chociaż formalnie przedmiotem umowy nie było przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników systemu, to w przypadku modyfikacji istniejących modułów systemu lub budowy nowych, wykonawca prowadził praktyczne szkolenia dla administratorów i użytkowników (pismo z 17.11.2017 r.).

Zamawiający wystąpił do Wykonawcy Atos Polska S.A. pismem z dnia 31.10.2017 r. o wyjaśnienie zakresu rzeczowego usługi świadczonej na rzecz Województwa Podkarpackiego. W piśmie z dnia 6.11.2017 r. Atos Polska S.A. złożył wyjaśnienia, w których między innymi wskazał, iż usługa dotycząca systemu PSeAP świadczona miała być od 3 lutego 2014 r. przez okres ponad 12 miesięcy, a usługa wsparcia w eksploatacji obejmowała ponad 1000 użytkowników. Odnośnie usługi realizowanej na rzecz Prokuratury Krajowej (poz. nr 4 wykazu) Wykonawca wskazał, iż nie obejmowała ona wsparcia w eksploatacji ponad 1000 użytkowników.

Zamawiający dwukrotnie występował do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego o udzielenie informacji dotyczącej zrealizowanej usługi w ramach projektu PSeAP, tj. pismem z dnia 31.10.2017 r. oraz 10.11.2017 r. W piśmie z dnia 7.11.2017 r. Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego wskazał termin na jaki zawarta była umowa podpisana w dniu 13.09.2017 r. na okres realizacji zadań do dnia 31 października 2014 r. o wartości całkowitej 92.570.966,18 zł. We wskazanym okresie wykonawca projektował, wytworzył oraz wdrożył projekt. Jednocześnie wskazano, iż *Umowa nie przewidywała powdrożeniowych usług z zakresu utrzymania systemu. Na podstawie umowy wykonywane są na bieżąco usługi w zakresie udzielonej na system gwarancji.* W piśmie wskazano również, iż jeden z etapów umowy został wykonany z opóźnieniem, czego skutkiem było naliczenie oraz potrącenie z wynagrodzenia wykonawcy kary umownej. W piśmie z dnia 20.11.2017 r. Zamawiający uzyskał odpowiedzi na kolejne pytania, w których Urząd wskazał m.in. na dzień zakończenia wdrożenia systemu – 31.10.2014 r., okres w jakim trwały instruktaże stanowiskowe – od 7.5.2014 r., do 29.10.2014 r. oraz cykl szkoleń od 30.6.2014 r. do 19.9.2014 r. Zgodnie z informacją, umowa obejmowała zadania, w tym m.in. przeprowadzenie instruktażu stanowiskowego dla użytkowników i administratorów systemu (lit. l) oraz przeprowadzenie szkoleń (lit. m). Na pytanie dotyczące wartości umowy w zakresie utrzymania systemu PSeAP w okresie 12 miesięcy od daty wdrożenia tego systemu, Urząd wskazał, iż *Zgodnie z zawartą umową, po dacie wdrożenia systemu, świadczone są usługi gwarancyjne w zakresie określonym w opisie przedmiotu zamówienia*

17

(rozdział 15 Gwarancja wymagania od GWA 1 do GWA 45). Wartość usług gwarancyjnych zawiera się w wartościach poszczególnych zadań umowy (odpowiedź na pytanie nr 7). Z odpowiedzi na pytanie nr 9 wynika, iż w ramach zadań realizowanych w oparciu o umowę, wartość szkoleń brutto wyniosła 933.056,00 zł., przy wartości całkowitej umowy 92.570.966,18 zł. brutto.

Pismem z dnia 22.11.2017r. Zamawiający ponownie wystąpił do Wykonawcy o wyjaśnienie zakresu usługi, w szczególności rozwiania wątpliwości, które dotyczyły terminu świadczenia usługi utrzymania, modyfikacji, wdrażania i szkoleń, które rozpocząć miały się z dniem 3 lutego 2014 r., zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, a zgodnie z informacją uzyskaną z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego, rozpoczęły się z dniem 31 października 2014 r.

W dniu 24.11.2017 r. Atos w piśmie skierowanym do Zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące usługi wsparcia dla systemu PSeAP, co do którego błędów w działaniu pierwsze zgłoszenie odnotowano w dniu 3 lutego 2014 r., po fazie wdrożenia pilotażu systemu. Dnia 31 października 2014 r. zostało zakończone wdrożenie całości systemu oraz rozpoczęto usługę utrzymania dedykowanego systemu PSeAP, wykonywania modyfikacji jako nowych wersji systemu, wsparcia w eksploatacji oraz przeprowadzenia szkoleń na potrzeby systemu informatycznego PSeAP obejmujący swym zasięgiem 160 jednostek samorządu terytorialnego z Województwa Podkarpackiego. Usługa ta jest w trakcie realizacji, a na potwierdzenie należytego jej wykonywania Atos załączył referencję. W treści referencji z dnia 8.11.2017 r. wskazano m.in., iż *Umowa obejmowała przeprowadzenie szkoleń i promocję Projektu oraz obejmuje usługi serwisu gwarancyjnego i wsparcia eksploatacyjnego świadczone od dnia odbioru wdrożenia Systemu przez Zamawiającego przez okres 5 lat. Usługi serwisu gwarancyjnego oraz wsparcia eksploatacyjnego obejmują: 1. Prowadzenie*

systemu pomocy zdalnej „Help Desk” dostępnego dla wszystkich użytkowników; 2. Dostawę nowych wersji oprogramowania Systemu; 3. Utrzymanie systemu w zgodności ze stanem prawnym; 4. Wsparcie eksploatacyjne SEOD; 5. Zarządzanie konfiguracją platformy serwera SeUI; 6. Wdrażanie nowych wersji oprogramowania SeUI. Wartość Umowy wyniosła 92.570.966,18 PLN brutto. Wszystkie wskazane powyżej prace zostały wykonane należycie, zgodnie z Umową, prawidłowo ukończone lub są świadczone nadal (gwarancja i wsparcie eksploatacyjne).

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Atos Polska S.A. (najwyżej oceniona), informując o tej czynności Wykonawców pismami z dnia

18

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwolania wniesione przez obu Wykonawców: Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO 2573/17), Sygnity S.A. (sygn. akt KIO 2575/17) całości podlegały oddaleniu.

Stanowisko Izby dotyczące wspólnej podstawy faktycznej i prawnej w części zarzutów podniesionych w odwołaniach, tj.

oceny oferty Atos Polska S.A. (dalej jako Atos) obejmuje kompleksowe rozpoznanie argumentów i zarzutów wywodzonych z oceny tych samych dokumentów, tj. wyjaśnień dotyczących wysokości ceny (dalej jako RNC) oraz dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności oceny wymagały te zarzuty, których pierwszeństwo było podkreślane w odwołaniu Asseco, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy Atos, który miał nie wykazać, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w lit b, związany z realizacją usługi dla Województwa Podkarpackiego, a przez to wprowadzić Zamawiającego w błąd. Także Sygnity w odwołaniu kwestionowało możliwość przyjęcia, iż umowa dotycząca wykonania systemu PSeAP obejmowała zakres prac potwierdzający wymagany warunek. Usługa ta jako jedyna wskazana w wykazie miała wartość wymaganą - powyżej 1 845 000 zł za utrzymanie, modyfikację, wdrożenie zmian, wsparcie i szkolenie użytkowników. Tym samym, jedynie ta usługa spośród wymienionych w wykazie mogła być brana pod uwagę przy weryfikacji zdolności Wykonawcy do realizacji zamówienia. Zastrzeżenia, jakie zgłaszali obaj Odwołujący dotyczyły kilku elementów w tym oceny, czy nieodpłatna gwarancja w ramach której Atos miał świadczyć usługi „wsparcia” pozwala uznać, że Wykonawca wykazał się wymagającym doświadczeniem, a także, czy w świetle faktu naliczenia kar umownych, usługa ta może być oceniona jako należycie realizowana. Bezspornym jest ustalenie, iż wartość usług objętych gwarancją nie została wprost wykazana w innym dokumencie, niż „wykaz usług”, a to z tej przyczyny, iż konstrukcja umowy zakładała nieodpłatny okres gwarancji świadczonej przez okres 5 lat po realizacji umowy obejmującej dostarczenie systemu. Stąd ani w umowie, ani w pismach kierowanych z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego nie ma informacji o konkretnej wartości tych prac. Atos w wykazie potwierdził, iż wartość tej części umowy przekracza próg 1 845 000 zł wyznaczony przez Zamawiającego dla uznania, iż wykonawca posiada wymagany zasób doświadczenia i przygotowania zawodowego. Natomiast z informacji uzyskanych u Odbiorcy (Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego) wynika jedynie, że *Wartość usług gwarancyjnych zawiera się w wartościach poszczególnych zadań umowy* (odpowiedź na pytanie nr 7) – pismo z 20.11.2017 r.

W świetle całokształtu okoliczności ustalonych w oparciu o przedłożone dokumenty, w tym przede wszystkim informacje przekazane Zamawiającemu przez Odbiorcę Izba uznała, iż Atos po wykonaniu przedmiotu umowy świadczy nadal usługę wsparcia technicznego

19

systemu PSeAP (utrzymania) w ramach udzielonej gwarancji przez okres 5 lat, liczony od dnia 31.10.2014 r. Odwołujący Asseco z samego faktu, iż w okresie gwarancji Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia wywodził wnioski o nieodpłatnym charakterze prac, które nie mogą potwierdzać wymaganej wartości usługi określonej na poziomie co najmniej 1.845.000 zł.

Tym samym, Wykonawca ma nie spełniać warunku udziału w postępowaniu, przez co Zamawiający został wprowadzony w błąd przy prezentacji informacji, co powinno skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Ustawy. Na potwierdzenie zasadności stawianego zarzutu Odwołujący Asseco przedłożył pismo otrzymane od Odbiorcy usługi - Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego w

trybie dostępu do informacji publicznej, zawierające informacje o wykonanej przez Atos usłudze. W ocenie Odwołującego, przedłożony dowód wskazuje, że przedmiotowa usługa obejmowała dostawę sprzętu oraz systemu łącznie o wartości 92 mln zł, a świadczona w okresie gwarancji usługa utrzymania świadczona nieodpłatnie oznacza, że wykonawca w ogóle nie świadczył usługi utrzymania i modyfikacji systemu. Odwołujący Sygnity wobec przedmiotowej usługi zgłaszał dodatkowo zastrzeżenie, iż nie obejmuje ona pełnego zakresu prac, tj. szkoleń, które miały być realizowane w sposób ciągły przez okres 12 miesięcy. Oceniając wspólnie zarzuty opisane jak wyżej Izba uwzględniła treść warunku, a także złożone w toku postępowania dokumenty, w tym referencję dodatkowo złożoną przez Atos wraz z wyjaśnieniami z dnia 8.11.2017 r. oraz pisma skierowane do Zamawiającego od Odbiorcy z dnia 7 i 20 listopada 2017 r. Analiza tych dokumentów skłania do wniosku, iż usługa utrzymania systemu dedykowanego stanowiła zakres świadczenia wykonawcy, który dostarczył sprzęt oraz oprogramowanie tworzące ten system. Zasadnicza dla niniejszej sprawy kwestia sposobu rozliczenia świadczenia, które było realizowane w ramach gwarancji, w ocenie Izby nie może prowadzić do wniosków, jakie formułował Odwołujący Asseco o realnym braku świadczenia usługi utrzymania. Wbrew tym wnioskom stało przede wszystkim oświadczenie Odbiorcy, który opisał zakres prac realizowanych w ramach gwarancji, odpowiadający treści wymagania dotyczącego kwalifikacji zawodowych. Odrębnym od tej oceny jest ustalenie, czy Wykonawca wykazał wartość usługi, która była z założenia objęta „nieodpłatną”, ponad cenę zakupu sprzętu i oprogramowania gwarancją, a także czy szkolenia musiały odbywać się w sposób ciągły w całym okresie 12-miesięcznym. Odnosząc się do tych elementów Izba uznała, iż przedstawione przez Atos na rozprawie dowody w postaci informacji dotyczących innych postępowań, nie były przydatne dla ustalenia, jaka część wynagrodzenia z tytułu umowy odpowiadała wartości usług świadczonych z tytułu gwarancji i wsparcia. Izba uznała natomiast za wiarygodne wyjaśnienia Atos, co do przyjętej praktyki ustalania wartości dla tego typu usług, liczonej na poziomie nie przekraczającym 10% wartości umowy. W konsekwencji Izba przyjęła, jako

20

wiarygodne oświadczenie złożone Zamawiającemu w wykazie zrealizowanych usług, dotyczące faktu wykonania usługi wsparcia i jej wartości przekraczającej 1.845.000 zł brutto. Przede wszystkim wartość tą Atos odnosił do wartości umowy obejmującej samo oprogramowanie (bez wartości dostarczonego sprzętu), a ponadto wskazana w umowie wartość samych usług szkolenia

- 933.056,00 zł. brutto przy wartości Umowy 92.570.966,18

PLN brutto również odpowiada wartościowo ok. 10% przedmiotu umowy. Ponieważ po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, wymagający przedłożenia dowodu, który podważyłby oświadczenie Wykonawcy zawarte w wykazie wykonanych usług, jego brak prowadził do oddalenia odwołania w tym zakresie. Przedłożony na rozprawie dowód – informacja przekazana z Urzędu na wniosek Odwołującego, nie prowadził do podważenia zgodności oświadczeń Wykonawcy ze stanem faktycznym. Nie pozwalał bowiem na przyjęcie, iż usługa gwarancji nie obejmowała świadczenia polegającego na utrzymaniu dedykowanego systemu, jak również nie dostarczał dostatecznych informacji, z których wynikałoby, iż w cenie dostawy sprzętu oraz oprogramowania nie mogły być ujęte koszty przyszłej gwarancji. Informacje, jakie posiadał Zamawiający w momencie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozwalały uznać, iż usługa świadczona na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego obejmowała świadczenie polegające na utrzymaniu, wsparciu, wdrażaniu nowych wersji oprogramowania oraz szkoleniu użytkowników. Kwestia szkoleń była podstawą zarzutu formułowanego przez Sygnity, który kwestionował, aby były one elementem świadczenia ciągłego. Ponieważ okres szkoleń nie obejmował pełnych 12 miesięcy, stanowił miało to o konieczności uznania usługi za niezgodną z wymaganiem. Izba oddalając również ten argument uznała, iż przedmiot umowy obejmował świadczenia ciągłe realizowane w terminie na wykonanie systemu PSeAP, a następnie w okresie świadczonej gwarancji, które łącznie obejmowały rzeczowo właściwy zakres prac. Odwołujący przywiązywał szczególną uwagę dla okresów prowadzonych szkoleń, pomijając jednocześnie okoliczność, że pozostałe czynności, np. związane z wdrażaniem nowych wersji oprogramowania również nie były wykonywane w sposób ciągły. Specyfika tych prac oznacza, iż są one prowadzone wtedy kiedy zachodzi potrzeba wsparcia, modyfikacji, czy

też przeszkolenia użytkowników systemu. W ocenie Izby, warunek związany z okresem 12 miesięcy należało odnieść do minimalnego czasu realizacji umowy, który dla przedmiotowej usługi był wydłużony o okres gwarancji udzielonej na okres 5 lat. Powyższe oznaczało, iż Atos wykazał się wymaganym doświadczeniem, potwierdzonym przez Odbiorcę usługi, a Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z postępowania, o co wnosili obaj Odwołujący.

21

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zd. pierwsze Ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu Asseco dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Atos – o ile taka dokumentacja istnieje oraz zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia wyjaśnień RNC złożonych przez Atos w sytuacji

gdy informacje w nich zawarte nie stanowią

tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; Zarzut naruszenia zasady jawności Odwołujący Asseco opierał na wytknięciu niedostatecznego uzasadnienia przez Atos, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach RNC stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe, w jego ocenie, powinno prowadzić do uznania, iż Zamawiającego nie miał podstaw do przyjęcia za skutecznie dokonanego zastrzeżenia, a tym samym czynność oceny ofert powinna być powtórzona. Uzasadnieniem do uwzględnienia odwołania w tym zakresie powinno być już samo stwierdzenie, że Wykonawca nie wykazał wszystkich przesłanek do uznania, iż informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń co do gospodarczej wartości informacji, wskazując wprost na rozprawie, iż istotą zarzutu jest niedostateczne uzasadnienie utajnienia wyjaśnień RNC. Odwołujący nie odnosił się zatem do samych informacji, jako takich (w znacznej części ujawnionych), wskazując jednocześnie, iż fakt że sam zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa własne wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Odwołujący zapoznał się z uzasadnieniem, którego fragment (załącznik nr 1) nie został mu udostępniony, gdyż zawierał opis mechanizmów przyjętych w celu zabezpieczenia przetwarzanych informacji. Odnosząc się do tak określonej podstawy zarzutu Izba po analizie całości wyjaśnień, jakie złożył Atos w piśmie z dnia 28.09.2017 r. uznała, iż Zamawiający w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zdecydował o odtajnieniu jedynie w części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odnoszenie się w podstawie zarzutu wyłącznie do braków w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z pominięciem dalszej części wyjaśnień prezentującej konkretne dane, nie mogło być wystarczającym do oceny zasadności kwalifikacji informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawa nakłada na wykonawcę zastrzegającego informacje obowiązek wykazania Zamawiającemu zasadności wyłączenia jawności informacji składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zasadniczo sprowadza się do prezentowania we wstępnej części wyjaśnień okoliczności pozwalających na stwierdzenie wypełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie oznacza to jednocześnie, iż badanie zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa ogranicza się wyłącznie do weryfikacji tej części wyjaśnień, z pominięciem merytorycznej wartości informacji. Zasadniczo wyjaśnienia, jako całość

22

podlegają ocenie Zamawiającego, na którym spoczywa odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Ograniczanie się wyłącznie do formalnej weryfikacji przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z pominięciem merytorycznej części wyjaśnień mogłoby prowadzić do błędnych wniosków. Skoro w orzecznictwie wskazuje się, że dla oceny samych wyjaśnień nie jest niezbędne w każdej sytuacji

przedstawienie

dowodów, to również ocena zasadności utajnienia informacji jest możliwa bez przedłożenia dowodów. Praktyka wskazuje, iż wykonawcy zasadniczo skupiają się wokół tez płynących z orzeczeń, które mają potwierdzać zasadność przyjęcia za skuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o podstawach kalkulacji ceny ofertowej, co w zestawieniu z tymi informacjami stanowi w całości podstawę do oceny Zamawiającego.

Ponieważ Odwołujący w ogóle nie odniósł się do zasadniczej części wyjaśnień, wręcz wskazując iż ich zakres nie może mieć znaczenia dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie. Ograniczanie zarzutu wyłącznie do strony formalnej skuteczności zastrzeżenia informacji, bez odniesienia się do zakresu wyjaśnień (z którymi Odwołujący mógł się w zasadniczej części zapoznać), które zasadniczo dotyczyły wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej, w ocenie Izby było założeniem nieprawidłowym. Aby móc stwierdzić, że Zamawiający był zobowiązany do odtajnienia wyjaśnień w szerszym zakresie niż to uczynił, Odwołujący powinien był wykazać, że część wyjaśnień z jaką zapoznał się pozwalala przyjąć, iż pozostałe dane również nie miały wartości gospodarczej. Brak wniosków w tym zakresie mógł oznaczać, że Odwołujący faktycznie nie miał podstaw do podważenia zasadności utrzymania klauzuli na fragmentach wyjaśnień. Skoro Zamawiający uznał, iż nie było podstawy do utrzymania klauzuli poufności wyjaśnień w pełnym zakresie i odtajnił duże fragmenty wyjaśnień, oznaczało to, że również on ocenił zastrzeżenie Atos w dużej części nieskutecznym. W tym stanie faktycznym Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający powinien był w całości odtajnić wyjaśnienia.

Kolejną podstawę zarzutu naruszeniem zasad z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy stanowić ma brak sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu Asseco dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Atos – o ile taka dokumentacja istnieje. Odwołujący wskazywał na brak sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny oferty uznanej za najkorzystniejszą, które wykraczać miałyby poza przekazany już po otwarciu rozprawy załącznik do protokołu prezentujący zestawienie przyznanych punktów. W toku rozprawy ustalono, a tym ustaleniom Odwołujący nie zaprzeczył, iż na jego wniosek przekazane zostały przez Zamawiającemu dokumenty stanowiące załącznik do protokołu o jakie wystąpił. Odwołujący podtrzymywał zarzut wskazując, iż brak jest szczegółowego uzasadnienia oceny oferty Atos, w tym uzasadnienia dokonanej oceny wyjaśnień RNC.

23

Mając na uwadze te ustalenia Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył obowiązków związanych z dokumentowaniem czynności podejmowanych w postępowaniu. Zamawiający nie ma obowiązku uzasadniania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w takim zakresie, jaki wynika np. z podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, kiedy zobowiązany jest wskazać uzasadnienie faktycznie i prawne. Czynność oceny ofert w kryteriach dokonywana jest w oparciu o ustalone w siwz zasady weryfikacji oraz treść ofert. Zamawiający zobowiązany jest udokumentować wynik oceny, co uczynił w załączniku do protokołu prezentując ilości przyznanych punktów. Ponieważ w niniejszym postępowaniu kryteria oceny opisane zostały wzorami matematycznymi, prawidłowość oceny była możliwa do zweryfikowania samodzielnie w oparciu o treść ofert oraz siwz. Nie można było zatem formułować wniosków o potrzebie szerszego uzasadnienia czynności oceny oferty Atos, czego Odwołujący Asseco zresztą niczym nie uzasadnił. Podobnie, Odwołujący nie wskazał szerszej argumentacji, która pozwoliłaby ocenić jako naruszające przepisy ustawy, dokonanie oceny wyjaśnień RNC bez odnotowania w protokole (ewentualnie załączniku) konkretnych okoliczności, które zdecydowały o pozytywnym wyniku tych wyjaśnień. Zarzut podniesiony z ostrożności przez Odwołującego Asseco, jednocześnie zasadniczy zarzut w odwołaniu Sygnity, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Atos wyjaśnień RNC, Izba oddaliła. Zarzut dotyczący RNC w ofercie Atos Odwołujący Asseco i Sygnity zasadniczo opierali na wytknięciu braku załączenia do wyjaśnień dowodów, co miało decydować o niedostatecznej treści wyjaśnień. Odwołujący Asseco w sposób konsekwentny w odwołaniu i na rozprawie podtrzymał, iż nie jest właściwym porównywanie kwot zaproponowanych przez wykonawców w postępowaniu, a przesądzającym w sprawie miał być brak dowodów potwierdzających założenia Wykonawcy prezentowane w wyjaśnieniach dotyczących wysokości ceny. Sygnity natomiast wskazywało dodatkowo na niedostateczną stawkę roboczogodziny – 105,80 zł. brutto oraz fakt braku oszacowania czasochłonności dla wykonania modyfikacji SOW KRS. Odnosząc się do zasadniczej tezy na jakiej Odwołujący opierali wniosek o rażąco niskiej cenie w ofercie wybranej, tj. braku dowodów, które czynić miałyby wyjaśnienia Wykonawcy wiarygodnymi, Izba w obecnym składzie podziela stanowisko Sądów Powszechnych o braku bezwzględnego obowiązku załączania dowodów i konieczności indywidualnej oceny złożonych wyjaśnień. Formułowanie sztywnych wytycznych wobec oceny, która zawsze ma

charakter dostosowany do zakresu wezwania określającego przedmiot wyjaśnień, w tym szczególnych uwarunkowań dotyczących danego wykonawcy, może nie mieć racji w danych okolicznościach. Oddalając zarzut Izba uwzględniła całokształt okoliczności związanych z przedmiotem zamówienia, stanowiącym przedmiot wyceny. Izba miała na uwadze przede wszystkim, iż przedmiot zamówienia stanowi świadczenie, którego zasadniczy element

24

stanowi efekt intelektualny nakładów pracy, stąd istotnym pozostawało ustalenie zakresu prac oraz kosztów, jakie z nimi są związane. To Zamawiający w wezwaniu skierowanym do trzech wykonawców wskazał na rodzaje kosztów, które wymagały wyjaśnienia poprzez przedstawienie szczegółowych kalkulacji wraz z dowodami. Wyjaśnienia miały zatem przede wszystkim wskazać na założenia, jakie przyjęli Wykonawcy w ujęciu wskazanych w wezwaniu elementów. Zamawiający nie wyjaśniał przy tym stawki roboczogodziny wskazanej w ofercie, jak również ilości godzin przyjętych dla wykonania SOW KRS. W niniejszym postępowaniu na etapie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie mógł określić całkowitego nakładu pracy, co doprowadziło do modyfikacji zapisów siwz polegającej na zmniejszeniu liczby roboczogodzin i wyłączeniu z pozostałej wielkości 30.000 rbh, prac związanych z modyfikacją SOW KRS. Powyższe stanowiło okoliczność podnoszoną w obu odwołaniach wobec dwóch różnych ofert i ich wyceny. Asseco kwestionowało zasadność przyjęcia ilości 40.000 rbh w ofercie Atos (wynikającej z przeliczenia) tylko na tym założeniu, że Wykonawca nie dokonał rzeczywiście oszacowania pracochłonności, natomiast Sygnity wskazywało, iż wielkość 40.000 rbh stanowiła minimalną wielkość, którą należało przyjąć w ofercie.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia zobowiązany był odnieść się do kalkulacji własnych wykonawców, które stanowiły zasadniczy element wyjaśnień i na tej podstawie ustalić, czy przyjęte założenia pozwolą na osiągnięcie oczekiwanego efektu zamówienia, jakim jest uzyskanie systemu o opisanych funkcjonalnościach. Ponieważ Odwołujący Asseco nie zgłaszał zastrzeżeń wobec wyceny kwot przyjętych w ofercie Atos Izba uznała, iż kwestia dowodów lub ich braku na etapie wyjaśnień, nie była dostateczną podstawą do uwzględnienia odwołania. Adekwatnym dla takiej konstrukcji zarzutu rażąco niskiej ceny jest wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 3 lipca 2015 r. (sygn. VIII Ga 184/15), zmieniający orzeczenie Izby na tej podstawie, iż Sąd uznał, że KIO nie podała z jakich konkretnie przyczyn cena oferty najkorzystniejszej jest rażąco niska, skupiając się na brakach w wyjaśnieniach. Sąd wskazał dalej, iż ocena wysokości ceny, jej rażącego zaniżenia nie może być dokonywana w oderwaniu od cen innych oferentów. Zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień, a jeżeli zostaną złożone to może je ocenić. Dopiero w razie stwierdzenia, że wyjaśnienia są niespójne, nierzetelne, aktualizuje się po stronie zamawiającego uprawnienie do odrzucenia oferty. Samo wskazanie, że zamawiający dokonuje oceny wyjaśnień wraz z dowodami nie oznacza, że oferent ma obowiązek w każdym przypadku złożyć dowody. Oferent ma obowiązek jedynie wyjaśnienia, a to zamawiający ma dokonać oceny czy wyjaśnienia wykazują, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia mogą opierać się chociażby o przedstawienie wyliczeń, powołanie się na źródła danych. Dalej w ocenie Sądu, nieprawidłowym było rozumowanie Izby, skoro

25

wniosek o tym, że zamawiający powinien odrzucić ofertę wywiedziono stąd, że zaniechanie przedstawienia dowodów skutkuje automatycznie uznaniem, że wykonawca nie wykazał, aby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Poleganie na literalnym brzmieniu przepisu, interpretowanie go w sposób dosłowny, oderwany od jego celu sprzeciwia się celowi ustawy. Przenosząc powyższe na stan sprawy wynikający z zakresu zarzutu ograniczonego przez Asseco do zakwestionowania wyjaśnień wyłącznie z uwagi na brak dowodów należało wskazać, iż formułowany wniosek prowadziłby do wypaczenia celu, dla którego prowadzone jest postępowanie wyjaśniające, czyli ustalenia, czy zaoferowana cena pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy. Skoro Odwołujący w ogóle nie kwestionował wysokości ceny skupiając się wyłącznie na brakach dowodowych, argumentacja ta nie mogła prowadzić z automatu do uznania, iż cena oferty jest rażąco niska. Izba nie odnosi się do elementów wyjaśnień (w części odtajnionych i udostępnionych Odwołującemu), gdyż Odwołujący Asseco wyraźnie wskazywał, iż nie stanowi to przedmiotu

zarzutu.

Dodatkowo (w związku z analogicznym zarzutem wskazanym w odwołaniu Sygnity) Izba uznała, iż twierdzenia na jakich oparty był zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Atos, o niedostatecznym szacowaniu pracochłonności wykonania SOW KRS oraz zaniżonej stawce roboczogodziny, nie zostały przez Odwołującego wykazane. Wnioski prezentowane w tym zakresie Izba oceniła jako nieprawidłowe i nie mające oparcia w stanie faktycznym, w tym treści siwz, w której Zamawiający nie wskazał, aby wielkość 40.000 roboczogodzin stanowiła minimalną wielkość, decydującą o możliwości uznania, iż przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami. Odwoływanie się do złożonych ofert, w których pracochłonność była różnie oszacowana nie mogło również być uznane za podstawę do ustalenia, jaka ilość roboczogodzin pozwoli na prawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę. Co istotne, nie tylko zakres prac opisanych w siwz decyduje o pracochłonności, lecz również przygotowanie i zasoby poszczególnych wykonawców wyznaczają minimalny poziom czasu potrzebnego do osiągnięcia funkcjonalności oczekiwanych przez Zamawiającego. Podobnie, wskazanie na poziom stawki oferowanej w poszczególnych ofertach nie prowadził do jednoznacznych wniosków o niedostatecznym oszacowaniu kosztów pracy przez Atos. Można zauważyć, iż wysokość stawek roboczogodziny nie decydowała ostatecznie o całokształcie kosztów przyjętych w kalkulacji, co wynika ze złożonego zakresu prac, wielopłaszczyznowych kalkulacji. Również porównanie stawek przyjętych w poszczególnych ofertach nie miało przełożenia na cenę końcową. Pomimo wyższej stawki w ofercie Asseco, to oferta Sygnity była droższa, a różnica w stawkach pomiędzy trzema najtańszymi ofertami była na zbliżonym poziomie (różnice wynosiły ok. 25 zł netto/rbh pomiędzy kolejnymi ofertami). Wskazuje to zatem, iż ograniczanie oceny do

26

porównywania stawek za roboczogodzinę nie prowadzi do jednoznacznych wniosków o zaniżonej cenie oferty. Izba uznała, iż pozostałe argumenty, które ograniczały się do wymienienia elementów kalkulacji, które miały być zaniżone (koszt środowiska developerskiego, koszty licencji i kodów źródłowych, przekazania wiedzy, podwykonawstwa) również nie była poparta argumentacją, która pozwalałaby wskazać na zniżenie kosztów, które czyniłoby cenę całkowitą oferty brutto oderwaną od realiów rynkowych, czyniąc niemożliwym wykonanie przedmiotu zamówienia.

W pozostałym zakresie zarzuty podnoszone wobec oceny oferty Atos były pochodną okoliczności omówionych powyżej oraz wywodzonych na ich podstawie wniosków co do rażąco niskiej ceny i podlegały oddaleniu.

W odniesieniu do oferty Asseco, zarzut zaniechania jej odrzucenia podniósł Odwołujący Sygnity, opierając się na analogicznej podstawie co wskazana powyżej o niedostatecznym poziomie pracochłonności modernizacji SOW KRS (32.000 rbh). Odwołujący wyliczył tę wielkość poprzez przeliczenie ceny ryczałtowej przez stawkę rbh (153,75 zł). W jego ocenie, Zamawiający nie dołożył należytej staranności do tego, aby zapewnić systemowi o takiej randze odpowiedni czas na modyfikację, zwłaszcza w sytuacji gdy nie był sam w stanie dookreślić ich zakresu precyzyjnie na etapie postępowania, co naraża na ryzyko uzyskania zamówienia niesatysfakcjonującego, czy też nie posiadającego wymaganych funkcjonalności.

Oddalając również ten zarzut Izba miała na uwadze argumentację prezentowaną powyżej o braku podstawy faktycznej wniosków Odwołującego, w związku z treścią siwz i charakterystyką przedmiotu zamówienia. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu merytorycznie znajdującego potwierdzenie w ustaleniach faktycznych, Izba uznała, iż zarzut nie został udowodniony i oddaliła odwołanie.

27

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 w zw. z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do

wspólnego rozpoznania przez obu Odwołujących się. Zamawiający nie zgłaszał wniosku o zasądzenie na jego rzecz poniesionych kosztów związanych z postępowaniem odwoławczym.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....