

WYROK

z dnia 23 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 i 18 lutego 2022 r., w Warszawie, odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 3 lutego 2022 r. przez wykonawcę CA Consulting Spółka akcyjna z siedzibą
w Warszawie,

B. w dniu 3 lutego 2022 r. przez wykonawcę Ailleron spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie
w postępowaniu prowadzonym przez

Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

A. Softax R. S. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do
postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 290/22 oraz KIO 291/22 po stronie

zamawiającego,

B. Ailleron spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do
postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 290/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 290/22 w zakresie zarzutów
numer 1, 2, 3, 4, 7 i 9 odwołania,
2. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 291/22 w zakresie zarzutu numer
5 odwołania,
3. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 290/22 w zakresie zarzutu nr 8 odwołania
i nakazuje Bankowi Gospodarstwa Krajowego ujawnienie wyjaśnień wykonawcy
Softax R. S. Spółka jawna,
4. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 290/22 w zakresie zarzutu nr 5 i 6 odwołania,
5. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 291/22 i nakazuje Bankowi Gospodarstwa
Krajowego ujawnienie wyjaśnień wykonawcy Softax R. S. Spółka jawna oraz
odrzuca ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo
zamówień publicznych,
6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 290/22 obciąża Bank
Gospodarstwa Krajowego w 1/3 oraz CA Consulting Spółkę akcyjną w 2/3 i:
 - 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CA Consulting Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od Banku Gospodarstwa Krajowego na rzecz CA Consulting Spółki akcyjnej kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,

7. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 291/22 obciąża Bank

Gospodarstwa Krajowego i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Ailleron spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

7.2. zasądza od Banku Gospodarstwa Krajowego na rzecz Ailleron spółki akcyjnej kwotę 18 854 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 290/22
KIO 291/22

Zamawiający - Bank Gospodarstwa Krajowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wdrożenie Platformy Kanałów Elektronicznych (PKE),” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 179-466245. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie KIO 290/22

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - CA Consulting Spółka Akcyjna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie błędnej i niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia oceny ofert przejawiającej się przyznaniem ofercie Softax R. S. Spółka jawna zbyt wysokiej ilości punktów w odniesieniu do kryterium „F”, a w konsekwencji również zbyt wysokiej ilości punktów przyznanych ofercie łącznie, co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie błędnej i niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia oceny ofert przejawiającej się przyznaniem zbyt wysokiej ilości punktów ofercie ALLERON S.A. w odniesieniu do kryterium „F”, a w konsekwencji również zbyt wysokiej ilości punktów przyznanych ofercie łącznie, co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców,

3. art. 223 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie ALLERON S.A., co w konsekwencji doprowadziło do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie błędnej i niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia oceny ofert przejawiającej się przyznaniem zbyt wysokiej ilości punktów ofercie

ALLERON S.A. w odniesieniu do kryterium „C”, a w konsekwencji również zbyt wysokiej ilości punktów przyznanych ofercie łącznie, co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie błędnej i niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia oceny ofert przejawiającej się przyznaniem ofercie Softax R. S. Spółka jawna oraz ALLERON S.A. zbyt wysokiej ilości punktów w odniesieniu do kryterium „R”, a w konsekwencji również zbyt wysokiej ilości punktów przyznanych ofercie łącznie, a ofercie CA Consulting S.A. zbyt niskiej ilości punktów w odniesieniu do kryterium „R”, a w konsekwencji również zbyt niskiej ilości punktów przyznanych ofercie łącznie, wskutek niezasadnego poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach powyższych wykonawców Softax R. S. Spółka jawna oraz ALLERON S.A., co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców,

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Softax R. S. Spółka jawna, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia wobec braku złożenia w całości wymaganego opisu architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej systemu, co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców,

6. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Softax R. S. Spółka jawna, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia w zakresie możliwości współdziałania rozwiązania wykonawcy z jednym z wymienionych w specyfikacji warunków zamówienia serwerów aplikacyjnych (wymaganie WIT.006), co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców;

ewentualnie gdyby Izba uznała ten zarzut za zbyt daleko idący - art. 223 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Softax R. S. Spółka jawna wyjaśnień w opisanym powyżej zakresie,

7. art. 18 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 16 pkt 2 z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia następujących informacji dotyczących prezentacji zastrzeżonych przez wykonawcę Softax R. S. Spółka jawna jako tajemnica przedsiębiorstwa i zaniechanie przekazania Odwołującemu następujących dokumentów:

1) nagrania prezentacji w procesie badania i oceny ofert,

2) zdjęć aplikacji mobilnej,

3) oceny BGK z uwagami,

4) protokołu z prezentacji w procesie badania i oceny ofert z 14 grudnia 2021 r. - w zakresie nieudostępnionej części sekcji „Przebieg prezentacji”,

8. art. 18 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art.

11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu złożonych przez Softax R. S. Spółka jawna wyjaśnień w

zakresie rażąco niskiej ceny,

9. art. 18 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 16 pkt 2 z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia następujących informacji zastrzeżonych przez AILLERON S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa i zaniechanie przekazania Odwołującemu następujących dokumentów:

1) nagrania prezentacji w procesie badania i oceny ofert,

2) oceny BGK z uwagami,

3) protokołu z prezentacji w procesie badania i oceny ofert z dnia 14.12.2021r. - w zakresie nieudostępnionej części sekcji „Przebieg prezentacji”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania zgodnie z wnioskami i żądaniami

przedstawionymi pod zarzutami, zwrot kosztów postępowania, zobowiązanie Zamawiającego

do złożenia odpowiedzi na odwołanie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów

z dołączonych do odwołania dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia,

ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę, która nie została odrzucona. Nie stoi na

przeszkodzie ww. twierdzeniom fakt, iż kwota przeznaczona na realizację zamówienia

publicznego przez Zamawiającego jest kwotą niższą niż całkowita wartość oferty Odwołującego. Kwestia przekroczenia budżetu Zamawiającego jest okolicznością irrelevantną z punktu widzenia przesłanek, o których mowa w art. 505 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też trzecia pozycja Odwołującego w rankingu ofert, dopiero bowiem wobec wykonawcy, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, przeprowadzane jest w pełni badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu z postępowania. Po stronie Odwołującego istnieje możliwość poniesienia szkody, która to szkoda jest skutkiem naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przed Zamawiającym. Wskutek naruszenia przepisów Zamawiający wybrał ofertę Softax R. S. Spółka jawna (dalej „Softax”), która powinna być odrzucona; jednocześnie Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty. Nadto Zamawiający dokonał błędnego przydzielenia zbyt wysokiej liczby punktów wykonawcom Softax oraz Ailleron S.A., a także niezasadnie uznał zastrzeżone przez ww. wykonawców informacje za stanowiące tajemnicę ich przedsiębiorstwa. W rezultacie Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia zysku. Odwołujący nie traci interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli w wyniku wniesionego przez niego odwołania miałyby dojść do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Interes Odwołującego przejawia się także w tym, by postępowanie było prowadzone przez Zamawiającego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu nr 5 Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć opis architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu oraz wymagania sprzętowe dla oferowanego rozwiązania. Zgodnie z rozdziałem XIV ust. 4 pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wraz z ofertą wykonawca był zobowiązany złożyć opis architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu oraz wymagań sprzętowych dla oferowanego rozwiązania. Architektura powinna być przygotowana w oparciu o informacje wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. W ramach opisu architektury wymagane były podstawowe informacje: a) Architektura logiczna z opisem głównych komponentów i integracji z systemami banku, b) Wymagania niefunkcjonalne (wydajność, skalowalność, zachowanie ciągłości biznesowej, monitoring, audytowalność), c) Warstwa prezentacji, warstwa integracji, warstwa dostępu do danych, d) Bezpieczeństwo infrastruktury (uwierzytelnianie, autoryzacja, audyt), e) Bezpieczeństwo komunikacji (protokoły, walidacja danych), f) Specyfikacja zasobów sprzętowych, lista oprogramowania dodatkowego, baz danych, konfiguracji sieciowej, spełniającą wymagania wydajnościowe określone w wymaganiach technicznych, g) Technologia interfejsów (zewnętrznych i wewnętrznych). Zamawiający wskazał, że w przypadku braku złożenia dokumentów oferta będzie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W ocenie Odwołującego złożony przez wykonawcę Softax opis architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu nie zawiera wszystkich informacji, które są wprost

wymagane specyfikacją warunków zamówienia - w zakresie przedstawienia listy oprogramowania dodatkowego oraz w zakresie listy baz danych (zgodnie z rozdziałem XIV ust. 4 pkt 1 lit. f specyfikacji warunków zamówienia opis powinien zawierać „Specyfikację zasobów sprzętowych, listę oprogramowania dodatkowego, baz danych, konfiguracji sieciowej, spełniającą wymagania wydajnościowe określone w wymaganiach technicznych”). W dokumencie przedstawionym przez Softax w ust. 1.3 „Odniesienie do wymagań Zamawiającego w zakresie opisu Architektury” wykonawca Softax zacytował (z dokumentu SWZ rozdział XIV pkt 4.) wymagania Zamawiającego dla opisu architektury rozwiązania i przywołał odwołania do odpowiednich rozdziałów opisu, w których wymagania te można znaleźć: W odniesieniu do wymagania rozdziału XIV ust. 4 pkt 1 lit. f SWZ - „Specyfikację zasobów sprzętowych, listę oprogramowania dodatkowego, baz danych, konfiguracji sieciowej, spełniającą wymagania wydajnościowe określone w wymaganiach technicznych” Wykonawca Softax wskazał, że wymagania te znajdują się w rozdziale 4. „Architektura Fizyczna” opisu dostarczonego przez Wykonawcę. Jednakże w rozdziale 4. brak jest spełnionego wymagania Zamawiającego umieszczenia listy oprogramowania dodatkowego oraz brak informacji, że oferowane rozwiązanie z takiego oprogramowania nie korzysta.

Brak dostarczenia takiej listy może rodzić wątpliwości co do wymagań technicznych i licencyjnych oprogramowania oraz wskazania ewentualnego producenta tego oprogramowania. Przede wszystkim jednak taka lista była wymagana SWZ, a brak jej przedstawienia powinien prowadzić do uznania, że wykonawca Softax nie przedstawił opisu architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie z postanowieniem SWZ, w przypadku braku złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 1, oferta wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Nadto, w rozdziale 4. „Architektura fizyczna” brak jest spełnionego wymagania umieszczenia pełnej listy baz danych, z których korzysta System. W rozdziale 4. zawarty jest podrozdział 4.2 „Bazy danych”. Rozdział ten zawiera informacje dotyczące bazy danych Oracle określające min. wersję oprogramowania bazy danych, dostawcę oprogramowania bazy danych, wymagania sprzętowe serwera bazy danych. Z analizy dostarczonego przez Softax opisu architektury wynika jednak, że oprogramowanie Softax korzysta dodatkowo (poza bazą Oracle) z oprogramowania bazodanowego określonego w innych rozdziałach jako NO SQL (Elastic). Informacja dotycząca tego rozwiązania obejmująca podstawowe informacje nie znalazła się w podrozdziale 4.2 ani w pozostałych informacjach zawartych w rozdziale 4. dokumentu (pomimo wskazania jego jako właściwego do ich określenia).

Brak określenia pełnej listy baz danych uniemożliwia określenie finalnej architektury rozwiązania, zapotrzebowania na moc obliczeniową oraz rodzi wątpliwości co do kosztów związanych z licencjami, aktualizacjami oraz sposobami funkcjonowania oprogramowania w zakresie np. zabezpieczenia danych, przełączania pomiędzy środowiskami awaryjnymi. Przede wszystkim jednak taka lista była wymagana specyfikacją warunków zamówienia, a brak jej przedstawienia powinien prowadzić do uznania, że Softax nie przedstawił opisu architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego, zatem oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie dokonania ponownej oceny i odrzucenia oferty wykonawcy Softax.

W zakresie zarzutu nr 6 Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem 12. opisu przedmiotu zamówienia „Wymagania w zakresie Infrastruktury IT (WIT)” Zamawiający skonstruował wymaganie WIT.006 o następującej treści: Serwery aplikacyjne; System musi posiadać możliwość działania z jednym z wymienionych serwerów aplikacyjnych: Jboss EAP, Oracle WebLogic, Microsoft IIS.

W złożonym opisie architektury Systemu, Softax w rozdziale 2. „Architektura logiczna i integracyjna” ust. 2.1 „Wstęp” wskazał: „Oferowane rozwiązanie bazuje na technologiach własnych Softax, ale są w nim wykorzystywane ogólnodostępne produkty i technologie niekomercyjne, np. Apache, uWSGI, Python, C++, itp. Stosowane może być także oprogramowanie komercyjne, np. baza danych Oracle. Na każdym poziomie zastosowano optymalne do postawionych przed nimi zadań technologie (np. na poziomie warstwy komunikacyjnej są wykorzystywane komponenty C/C++ i odpowiednie biblioteki wspierające transformaty XSLT, na poziomie warstwy logiki aplikacyjnej są wykorzystywane moduły w technologii Python - np. Pyramid i inne).”

Serwery Aplikacji co do swojej istoty są rozwiązaniami informatycznymi, na których uruchamiane jest oprogramowanie biznesowe (aplikacyjne), jakim w tym postępowaniu jest dostarczane Oprogramowanie Bankowości Elektronicznej, Oprogramowanie H2H, czy Oprogramowanie Centrum Autoryzacji. Serwery Aplikacji każdego z producentów (w tym

wypadku RedHat, Oracle i Microsoft) wobec uruchamianego na nich oprogramowania biznesowego (aplikacyjnego) definiują wymagania technologiczne. Spełnianie takich wymagań jest warunkiem koniecznym do uzyskania możliwości tak poprawnego działania oprogramowania biznesowego (aplikacji) na serwerze aplikacyjnym, jak i możliwości samego uruchomienia takiego oprogramowania (aplikacji). Poszczególne rodzaje serwerów aplikacyjnych wymagają, aby ich aplikacje były pisane zgodnie z wymaganiami, w szczególności zbudowane w odpowiednich technologiach programowania.

Według Odwołującego wymaganie WIT.006 „System musi posiadać możliwość działania z jednym z wymienionych serwerów aplikacyjnych: Jboss EAP, Oracle WebLogic, Microsoft IIS” nie jest spełnione w zakresie:

1) Możliwości działania na serwerze Oracle WebLogic - zgodnie z informacjami producenta oprogramowania Oracle WebLogic oprogramowanie to wspiera technologie wymienione w dokumencie WebLogicServer_Datasheet_1411.pdf (pobrane ze strony producenta), tj. technologie JAVA. Oznacza to, że serwer aplikacyjny Weblogic firmy Oracle wymaga i pozwala na uruchamianie oprogramowania aplikacyjnego wytwarzanego (pisanego) w języku JAVA. Wśród wspieranych przez serwer Oracle WebLogic technologii, brak wsparcia dla technologii które zostały wymienione w ofercie firmy Softax - tj. technologii Apache, uWSGI, Python, C++. W opisie Architektury

Softax brak jest wymienionych technologii związanych z Java, wspieranych przez oprogramowanie Oracle WebLogic. Nie jest zatem możliwe uruchomienie oprogramowania

zaproponowanego przez Softax na wymaganym serwerze aplikacyjnym Oracle WebLogic.

2) Możliwość uruchomienia na serwerze aplikacyjnym JBoss - zgodnie z informacjami umieszczonymi na stronie internetowej producenta serwera aplikacyjnego JBossEAP
() serwer jest certyfikowany do wspierania technologii związanych z Java EE 8 and Java SE 11. Oznacza to, że serwer aplikacyjny JBoss wymaga i pozwala na uruchamianie oprogramowania aplikacyjnego wytwarzanego (pisanego) w języku JAVA. Wśród wspieranych przez serwer JBoss technologii brak wsparcia dla technologii, które zostały wymienione w ofercie firmy Softax. W opisie Architektury Softax brak jest wymienionych technologii związanych z Java, wspieranych przez oprogramowanie JBoss. Nie jest zatem możliwe uruchomienie oprogramowania zaproponowanego przez Softax na wymaganym serwerze aplikacyjnym JBoss.

3) Możliwość uruchomienia na serwerze Microsoft IIS

Zgodnie z informacjami od producenta serwer Microsoft IIS opracowany został jako oprogramowanie wspierające natywnie technologie .Net Framework, ASP.NET i PHP. Oznacza to, że serwer aplikacyjny Microsoft IIS wymaga i pozwala na uruchamianie oprogramowania aplikacyjnego wytwarzanego (pisanego) w językach zgodnych

z technologiami .Net Framework, ASP.NET, PHP, brak wsparcia natomiast dla technologii które zostały wymienione w ofercie firmy Softax. W opisie Architektury Softax brak jest wymienionych technologii związanych z .Net Framework, ASP.NET i PHP, wspieranych przez oprogramowanie Microsoft IIS. Nie jest zatem możliwe uruchomienie oprogramowania

zaproponowanego przez Softax na wymaganym serwerze aplikacyjnym Microsoft IIS.

Nie ma też możliwości uruchomienia tego serwera w proponowanej przez Softax architekturze rozwiązania. Z opisu architektury Softax, z rozdziału 4. „Architektura fizyczna” wynika, że: „Proponowaną bazową architekturą jest uruchomienie komponentów aplikacji w środowisku kontenerowym (jako POD-ów Kubernetes). Każdy z POD-ów będzie zawierał pojedynczy komponent lub ich grupę wraz z niezbędnymi do uruchomienia bibliotekami runtime, zbudowanymi na bazie ustalonej z zamawiającym wersji systemu Linux (np. RedHat EL 7.x/8.x)”. Serwer aplikacji Microsoft IIS nie działa na systemach operacyjnych Linux, a Softax nie zaproponował konteneryzacji opartej o kontenery z systemem Windows. Ewentualne uruchomienie aplikacji bezpośrednio na kontenerach systemu Linux z pominięciem wymaganych serwerów aplikacyjnych (jako programy natywne) stoi w sprzeczności z wymaganiem ich użycia określonym w wymaganiu WIT.006.

Wobec powyższego oferta Softax jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia, co winno skutkować jej odrzuceniem, a przynajmniej powstaniem u Zamawiającego pewnych wątpliwości co do jej treści i wezwania wykonawcy Softax do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej

oferty, nakazanie dokonania ponownej oceny i odrzucenia oferty wykonawcy Softax,

a z ostrożności, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie dokonania ponownej oceny i wezwanie wykonawcy Softax do złożenia wyjaśnień.

W zakresie zarzutu nr 8 Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, co oznacza, że powinno być przeprowadzone w warunkach transparentności. Uwidacznia się to w zagwarantowaniu każdemu oferentowi dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu oraz w nakazie skierowanym do zamawiających, aby na każdym etapie postępowania zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego, z czego można wnioskować, że realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Ograniczenie zasady jawności powinno mieć miejsce tylko w wyjątkowych, określonych przypadkach, zaś odstępstwa od tej zasady należy traktować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności i prawa do zapoznania się z zawartością ofert. W takim wypadku spełnione być muszą warunki, jakie przepisy stawiają dla możliwości traktowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjątek od zasady jawności postępowania ustanawia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji winny być spełnione łącznie. Zamawiający ma obowiązek zweryfikowania, czy dane informacje, oznaczone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają jej przesłanki, inaczej podlegają one ujawnieniu. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wbrew obowiązкови wynikającemu z treści art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Softax nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Softax jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł cały dokument wyjaśnień rażąco niskiej ceny - tj. załącznik nr 1 kalkulacja ceny. Prowadzi to do wniosku, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób nadprogramowy, tylko i wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji wyjaśnień przez konkurencję. Nawet gdyby przyjąć, że określone informacje związane z kalkulacją ceny stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa, tylko takie informacje powinny zostać zastrzeżone, a nie cały dokument. Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, zatem decyzja Zamawiającego o uznaniu zastrzeżenia całości dokumentów obarczona jest wadą, jeśli niektóre części danego dokumentu nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Samo zastrzeżenie całości dokumentu, a nie poszczególnych informacji, świadczy o tym, że Softax na żadnym etapie nie dokonał realnej i rzeczowej analizy zastrzeganych informacji, a zastrzeżenie tajemnicy nastąpiło w sposób nadprogramowy i nieprzemyślany, prowadzący do zastrzeżenia całego dokumentu, który przynajmniej fragmentarycznie nie spełnia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca Softax nie wykazał też, że zastrzegane informacje cechują się technicznym, technologicznym lub organizacyjnym charakterem, zaś przede wszystkim, że mają wartość gospodarczą.

Uzasadnienie zastrzeżenia treści załącznika nr 1 (kalkulacji ceny) sprowadza się do zaledwie kilku zdań. Softax lakonicznie poprzestaje na stwierdzeniu, że dane zawarte w załączniku stanowią istotną wartość gospodarczą, zapewniającą przewagę konkurencyjną - obrazując rozwiązania dotyczące kalkulacji cen. Nadto wskazuje, że powzięcie przez konkurencję informacji na temat sposobu kalkulacji ceny mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na pozycję wykonawcy na rynku, nie wskazuje jednak, w jaki sposób powzięcie tych informacji mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego pozycję na rynku i jaka szkoda mogłaby mu z tego tytułu grozić. Poza gołosłownym twierdzeniem, nie przedstawia żadnych dowodów ani żadnych argumentów, że zastrzegane informacje cechują się technicznym, technologicznym lub organizacyjnym charakterem, zaś przede wszystkim, że mają wartość gospodarczą. Tak krótkiego uzasadnienia nie sposób uznać za skuteczne udowodnienie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar takiego udowodnienia spoczywa na wykonawcy, który zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonuje. Dla skutecznego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wystarczy poprzestanie na twierdzeniu, iż informacje te wartość gospodarczą posiadają. Po stronie Softax istniał obowiązek wykazania wartości gospodarczej każdej zastrzeżonej informacji, czemu nie sprostał. Wykazanie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa musi być spełnione łącznie - brak wykazania wartości gospodarczej implikuje konieczność uznania bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia i odstąpienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Softax w żaden sposób nie wskazuje na konkretną wartość zastrzeżonych informacji. Nie wskazał pieniężnej wartości rynkowej (księgowej) ani kwoty wartości gospodarczej, ani

tego, jaki zysk generuje informacja, ani tego, jakie koszty zostaną zaoszczędzone.

Softax nie wykazał również, iż zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Softax powołuje się na stosowaną politykę ochrony informacji poufnych, jak również na zobowiązanie pracowników do „dyskrecji” w sprawie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - powołując się na zawarte umowy o zachowanie poufności. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów na to, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane oraz że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Co prawda powołał się na obowiązującą politykę ochrony informacji poufnych, jednakże nie przekazał wyciągu z tej polityki, a także nie przedstawił dowodów na stosowanie zabezpieczeń informacji np. w postaci umów z pracownikami czy też umów o zachowaniu poufności. W konsekwencji powyższego Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy lakoniczne twierdzenia Softax odnośnie stosowanych zabezpieczeń informacji są prawdziwe.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu złożonych przez Softax wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zarzuty nr 1-4, 7 i 9 zostały przez Odwołującego wycofane, zatem argumentacja w tym zakresie została pominięta.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający poddał w wątpliwość interes Odwołującego we wniesieniu odwołania. Zdaniem Zamawiającego, w myśl art. 505 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczy minimalne wykazanie, że Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu odwołania i możliwość jego kwestionowania jest ograniczona, lecz w niniejszym stanie faktycznym postępowania, choć formalnie, Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania, to faktycznie interes ten nie jest wyraźny, ponieważ Odwołujący nie ma szans na zdobycie tego zamówienia, czy to w tym, czy w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powodem jest zakres versus cena. Obecnie tylko wykonawca Softax znajduje się w polu realnych możliwości budżetowych Zamawiającego. Zamawiający podniósł kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia o blisko 100% względem kwoty opublikowanej w dniu otwarcia ofert i nie ma możliwości kolejnego zwiększenia tej kwoty. Zatem poza zasięgiem Zamawiającego pozostają ceny ofert Odwołujących i jedynym sposobem jest wszczęcie postępowania na zupełnie inny zakres zamówienia lub alternatywne rozwiązanie. W obu przypadkach nie będzie więc mowy o szansy Odwołującego na zdobycie spornego zamówienia, będzie mógł ubiegać się o inne zamówienie. Nowe postępowanie nie będzie zawierało tego samego

zakresu albo będzie dotyczyło zupełnie innego, alternatywnego rozwiązania. Powodem modyfikacji będą ceny z obecnego postępowania i budżet Zamawiającego.

Odwołujący złożył ofertę poza realiami rynkowymi i poza ustaleniami z RFI. To pozwala Zamawiającemu na sformułowanie wniosku, że Odwołujący nie chce zdobyć kontraktu. Nie można bowiem inaczej ocenić sytuacji, w której w postępowaniu konkurencyjnym podmiot realnie zainteresowany kontraktem składa ofertę wyraźnie niekonkurencyjną, wręcz zaporową dla Zamawiającego, a do tego, obok bardzo wysokiej ceny, nie oferuje systemu zawierającego największą liczbę funkcji. Przeciwnie, w ogóle nie wykazuje tychże. W ocenie Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie pomimo iluzorycznych, teoretycznych szans na zdobycie zamówienia w tej postaci. Nadto Odwołujący podnosi argumenty, które pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Jedynym celem, który może osiągnąć, jest unieważnienie postępowania, co nie oznacza kolejnej szansy na jego zdobycie.

W odniesieniu co zarzutu nr 5 Zamawiający wskazał, że jeśli chodzi o oprogramowanie dodatkowe, to jego intencją było otrzymanie od oferentów w opisie architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu, pełnej specyfikacji m.in. zasobów sprzętowych

i oprogramowania, czyli elementów, które są niezbędne do prawidłowego działania

oferowanego systemu i które Zamawiający musi zapewnić w celu wdrożenia wybranego rozwiązania. Zamawiający nie potrzebuje informacji o elementach (np. sprzętowych czy oprogramowania), z których oferowany system nie będzie korzystał, ponieważ taka

informacje nie jest przydatna. Softax w rozdziale 4. „Architektura fizyczna” przedstawił szczegółową listę wymagań dla architektury fizycznej wraz z jej opisem, co pozwala Zamawiającemu określić koszt zapewnienia wymaganych zasobów na potrzeby wdrożenia oferowanego systemu.

Zgodnie z opisem architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu dostarczonej przez Softax, oferowany system korzysta z bazy danych Oracle, co bezpośrednio wynika z podrozdziału 4.2 „Bazy danych” i w którym precyzyjnie została określona specyfikacja sprzętowa dla bazy danych: „Rozwiązanie wykorzystuje relacyjną bazę danych Oracle 19.x.

Zakładamy, że serwery i oprogramowanie bazy danych (wraz z przestrzenią dyskową

wymaganą do przechowywania danych) dostarcza Zamawiający - opisane w p. 4.1 zapotrzebowanie na sprzęt nie obejmuje serwerów bazodanowych Oracle. Referencyjna specyfikacja serwera Oracle w każdym z ośrodków, wystarczająca do obsłużenia obciążenia generowanego przez aplikacje rozwiązania: 24 core wirtualne lub fizyczne (base clock 3GHz), 256GB RAM. Całkowite przewidywane zapotrzebowanie na przestrzeń w bazie danych Oracle niezbędną do spełnienia wymagań Zamawiającego wynosi 30TB.”

Jednocześnie Softax wskazał w podrozdziale 2.6 „Interpretacja warstw architektury”, że oferowany system wykorzystuje do odczytu bazy NoSQL (Elastic), a dla pozostałych modułów baza danych Oracle. Zgodnie z ogólnie dostępnymi informacjami NoSQL (Elastic) jest rozwiązaniem open source i jest darmowe. Ponadto Zamawiający dopuszcza użycie rozwiązania open source, co zostało zaadresowane w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiu WT.003: „Zamawiający dopuszcza oprogramowanie open source w oryginalnej niezmienionej przez dostawcę postaci, serwisowane w języku polskim przez dostawcę lub inny podmiot gospodarczy, a w ramach umowy taki serwis jest gwarantowany.” Ze względu na powyższe Softax nie musiał wymieniać bazy NoSQL (Elastic), jako elementu, który musi zostać zapewniony przez Zamawiającego, ale sam musi zapewnić jego dostarczenie i działanie w ramach wdrożonego Systemu. Z punktu widzenia Zamawiającego jest to część oprogramowania Systemu.

W odniesieniu co zarzutu nr 6 Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem 12. opisu przedmiotu zamówienia „Wymagania w zakresie Infrastruktury IT (WIT)” Zamawiający sformułował wymaganie WIT.006 „Serwery aplikacyjne” o treści: „System musi posiadać możliwość działania z jednym z wymienionych serwerów aplikacyjnych: Jboss EAP, Oracle WebLogic, Microsoft IIS.” Intencją Zamawiającego jest wdrożenie systemu, który będzie miał możliwość działania z jednym z wymienionych serwerów aplikacyjnych np. w zakresie komunikacją z szyną ESB, na której będą wystawione usługi na potrzeby integracji z systemami Banku. Integracja Systemu z systemami Banku poprzez szynę ESB wynika z wymagania z rozdziału 9. „Wymagania w zakresie integracji (WI)” wymaganie WI.001 „Szyna integracyjna” o treści: „Integracja Systemu z systemami Banku musi zostać zrealizowana z wykorzystaniem udostępnionych usług na szynie integracyjnej Banku (Red Hat Fuse). Specyfikacja istniejących usług zostanie udostępniona Wykonawcy na etapie Analizy.” Podczas etapu Analizy zostaną również ustalone szczegóły dotyczące ewentualnego rozszerzenia listy lub modyfikacji istniejących usług na szynie integracyjnej. W załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia „Wykaz do systemów Banku” znajduje się lista obecnie używanych usług na szynie integracyjnej Banku.

Zgodnie z „Opisem architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej Systemu” rozdział 2.8 „Technologia interfejsów” otrzymanym od Softax: „Oferowany system udostępnia interfejsy komunikacyjne zgodnie z wymaganiami opisanymi w SWZ. Poniżej znajduje się spis interfejsów, wraz z mechanizmami komunikacyjnymi i łączonymi komponentami. Komunikacja z Szyną ESB - zgodnie z wymaganiami SWZ zakładamy wykorzystanie udostępnionych przez Zamawiającego API WebService, podobnie w drugą stronę zakładamy udostępnienie funkcjonalności Systemu przez API WebService dla szyny ESB.”

W związku ze wskazanymi powyżej wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz treścią oferty Softax oferowany system spełnia wymagania Zamawiającego, dlatego zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu co zarzutu nr 8 Zamawiający wskazał, że wykonawca Softax spełnił wymogi formalne i zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ma ograniczone instrumentarium do podważenia stanowiska podmiotu składającego dokumenty. Zamawiający otrzymał uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa i oznaczenie obszarów objętych tajemnicą, sprawdził spełnienie wymogów formalnych zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ocenił prawdopodobieństwo, że zastrzeżone dokumenty i dane mieszczą się w zbiorze podlegającym ochronie. Ocena

została dokonana na podstawie porównania z innymi postępowaniami tego rodzaju, a także z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, w tym z ofertą Odwołującego, która również została w części zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Rezultat utwierdził Zamawiającego w przekonaniu, że realia rynkowe potwierdzają, iż ten rodzaj dokumentów i danych podlega ochronie. Zamawiający nie badał głębiej tego zagadnienia, ponieważ kierował się zasadą efektywności postępowania, a także ocenił potencjalne ryzyko związane z gromadzeniem i ochroną kolejnych utajnionych informacji, które Softax przekazałby Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Ponadto Zamawiający nie ma uprawnień pozwalających na rozległe badanie tej materii. Nie może skutecznie wymagać od wykonawcy dostarczenia dowodów, np. wyciągu z regulaminu wewnętrznego. Wykonawca może nie mieć takiej regulacji, może nie chcieć lub nie móc jej udostępnić. Poza tym Odwołujący nie wywodzi z takiego dowodu określonego skutku. Czym bowiem jest wyciąg z regulacji wobec praktyki. Te obszary mogą być rozbieżne, a Zamawiający nie ma żadnego instrumentu, by to sprawdzić. Znane są przykłady załączania do uzasadnienia zdjęć np. skrzynki na klucze lub procedury ochrony danych, ale nie zwiększają skuteczności. Nadal stanowią tylko oświadczenie, niemożliwe do zweryfikowania przez Zamawiającego, choć wyróżniające się treścią i oprawą graficzną.

Zamawiający podniósł, że zarzuty i żądania Odwołującego w analizowanym zakresie pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Niezależnie od orzeczenia nie zmieni się ranking wykonawców. Zgodnie z art. 554 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia zarzuty, jeżeli dotyczą czynności wadliwych, mających wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 601 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie można zakwalifikować jako niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, jeżeli popełnione przez Zamawiającego mają wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 532 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga dowodów fakt powszechnie znany. W ocenie Zamawiającego treść utajnienia innych ofert w tym postępowaniu, a także treść utajnienia ofert w podobnych postępowaniach stanowi fakt powszechnie znany. Zamawiający, prowadząc kilkadziesiąt postępowań o udzielenie zamówienia publicznego rocznie, posiada wiedzę na temat podstaw i zakresu zastrzeżeń. Do ich oceny korzysta więc z doświadczenia. Nadto samodzielnie sprawdza, czy w innych postępowaniach lub relacjach rynkowych zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione. Dopiero gdy w wyniku ww. kontroli Zamawiający poweźmie wątpliwości, występuje do podmiotu zastrzegającego o złożenie wyjaśnień lub dowodów. W badanym postępowaniu Zamawiający otrzymał zastrzeżenia spełniające wymogi formalne na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i porównując ich treść z doświadczeniem w analogicznych sprawach, a także uzasadnieniem w ofertach konkurencyjnych złożonych w postępowaniu, ocenił je jako skuteczne, mieszczące się w zbiorze faktów powszechnie znanych i możliwych do weryfikacji bez dodatkowych dowodów. Istotna w tym kontekście jest niespójna argumentacja Odwołującego, który z jednej strony podkreśla brak dowodów, a jednocześnie nie wskazuje nigdzie dowodów na to, że ww. informacje i dane nie są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa w obiegu rynkowym, albo że np. są już ujawnione. To pokazuje, że Odwołujący, tak samo jak Zamawiający, nie mógł w łatwy sposób uzyskać zastrzeżonych informacji lub wyodrębnić warunków rynkowych na potwierdzenie stawianego zarzutu. Co więcej, nie wskazał też, bo nie jest to możliwe, podstawy prawnej dającej Zamawiającemu skuteczny instrument prawny do żądania bardziej szczegółowych wyjaśnień lub dowodów. Argumentacja Zamawiającego wobec zarzutów wycofanych została pominięta.

III Stanowisko przystępującego Softax R. S. Spółka jawna

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Softax R. S. Spółka jawna.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Co do zarzutu nr 8 stwierdził, iż jego intencją było zastrzeżenie informacji znajdujących się w załącznikach nr 1 i 2 do wyjaśnień, które znajdowały się także w piśmie przewodnim, nie zaś zastrzeżenie samych dokumentów. Przystępujący mógł nie wyrazić się wprost co do pisma przewodniego, ale wskazał, że zastrzega te informacje. Co do zastrzeżenia kalkulacji ceny - jest to autorskie rozwiązanie Przystępującego, który musiał dokonać oceny całego przedmiotu zamówienia, określić stawki i pracochłonność specjalistów i pod tym kątem przygotował kalkulację ceny oferty. Z przepisów wynika obowiązek wykazania, a nie udowodnienia istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołał się na stanowiska zawarte w szeregu wyroków, które prezentują stanowiska odmienne od Odwołującego, tj. wykonawca nie ma obowiązku przedstawienia dowodów, gdyż nie jest to równoznaczne z wykazaniem. Softax złożył oświadczenie zawierające wolę zastrzeżenia informacji i przedstawił szczegółowe uzasadnienie i nie można wskazać, że nie są to informacje, które nie mogą być zastrzeżone. Załącznik nr 2 nie tylko informuje o kontraktach, ale także wskazuje na ich kwoty i daty, a także wskazuje na konkretne podmioty prywatne, dlatego został zastrzeżony. W załączniku nr 1 został zawarty sposób wyliczenia pracochłonności, stawki, poszczególne

elementy rozwiązania itp., więc nie sposób uznać, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Z informacji tych można wnioskować, jaka jest sytuacja finansowa Przystępującego i sposób dokonywania przez niego kalkulacji.

Co do zarzutu nr 5 stwierdził, że jest on niezrozumiały, gdyż wymagania Zamawiającego zostały opisane w sposób prosty i jednoznaczny. W ramach opisów architektury miały zostać przedstawione podstawowe informacje i wskazana została lista, jakie informacje mogą być przedstawione. Nie musiała być to natomiast wyczerpująca lista wszystkich możliwych komponentów. Każdy wykonawca miał swobodę w dostosowaniu opisów do proponowanego rozwiązania. Lista oprogramowania dodatkowego była wymagana, jeśli rozwiązanie oferowane wymaga takiego oprogramowania. Natomiast rozwiązanie Softaxu nie wymaga dodatkowego oprogramowania, zatem wykonawca go nie wskazał. W treści sporządzonego dokumentu przekopiował wymaganie Zamawiającego dotyczące takiego wskazania dla udowodnienia, że opis jest kompletny i że w tym miejscu opisu znajduje się dany rodzaj wymagania. Softax wskazał wprost na bazę danych Oracle, gdyż jest to jedyna baza danych wymagana do przedstawienia Zamawiającemu, ponieważ generuje po jego stronie dodatkowe koszty. Elastic to komponent rozwiązania zaoferowanego przez Softax, ale nie generuje dodatkowych kosztów, więc został wskazany w innym miejscu opisu a nie w ramach listy baz danych. Odwołujący nie zaprzeczał wskazaniu bazy Elastic, a jedynie wskazuje, że komponent powinien być wskazany w konkretnym miejscu opisu, co nie jest prawdą i wynika wyłącznie z interpretacji Odwołującego. Wskazał, że Elastic jest wykorzystywany na podstawie licencji typu open source oraz nie będzie dostarczony przez Softax na podstawie odrębnej licencji, lecz jako moduł rozwiązania oferowanego, a nie baza danych. W opisie architektury Przystępujący wskazał, że proponuje wykorzystanie bazy Elastic, ale oznacza to, że decyzją Zamawiającego jest, czy zostanie ona użyta, która to decyzja zostanie podjęta w ramach uzgodnienia z Zamawiającym po stwierdzeniu, czy przyczyni się do lepszej efektywności i funkcjonalności rozwiązania.

Co do zarzutu nr 6 wskazał, iż wynika on z braku zrozumienia przez Odwołującego wymogów specyfikacji warunków zamówienia. Wymaganie jest jednoznaczne i dotyczy

współdziałania z jednym z wymaganych serwerów, a nie na serwerze. Przystępujący wymaganie to rozumiał tak, jak wskazał Zamawiający, natomiast Odwołujący nie wykazał, że oferowane rozwiązanie nie współpracuje i że jest niezgodne z wymaganiem, na które się

powołuje. Wymagania wskazanego przez Odwołującego nie można interpretować w sposób przez niego określony.

Wskazanie Odwołującego, iż Softax powinien wskazać w opisie, że nie przewiduje dodatkowego oprogramowania, jest wyłącznie formalizmem, ponieważ takie wskazanie merytorycznie nie zmieniałoby samej oferty, jak i faktu, że jest ona zgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia. Co do współpracy z serwerem aplikacyjnym wskazuje, że za pomocą rozwiązań wymienionych w rozdziale 2.8 opisu wskazana tam technologia może zostać użyta do integracji z każdym z wymienionych tam serwerów aplikacyjnych. Komunikacja ESB jest przykładowa.

IV Stanowisko przystępującego Ailleron S.A.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ALLERON S.A.

Ze względu na wycofanie przez Odwołującego zarzutów wobec Ailleron S.A. przystępujący Ailleron nie przedstawił swojego stanowiska.

Odwołanie KIO 291/22

V Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Ailleron Spółka Akcyjna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Softax, w szczególności kalkulacji ceny i wykazu projektów podobnych, pomimo że Softax nie wykazał iż informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją jest niemożność pełnego uzasadnienia przez Odwołującego zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, a także naruszenie zasady jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

przez pozbawienie wykonawców równego dostępu do informacji, porównania ofert i weryfikacji prawidłowości przebiegu postępowania,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nieodrżucenie oferty Softax w sytuacji, gdy cena ofertowa Softax znacząco odbiega od cen oferowanych za te same usługi przez konkurencję, jak również stanowi cenę oferowaną poniżej granicy kosztu wytworzenia usługi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w takim stanie rzeczy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą być i nie są wystarczające, gdyż nie jest możliwe prawidłowe, zgodne ze specyfikacją warunków zamówienia i przepisami prawa, wykonanie przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, bez narażenia Softax na stratę,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie bez zastrzeżeń dokumentów i wyjaśnień przedłożonych przez Softax na dowód spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego istotnych wątpliwości w tym zakresie, podczas gdy z dokumentów oraz wyjaśnień Softax nie wynika w sposób jednoznaczny, że Softax spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji nieodrżucenie oferty pomimo niewykazania przez Softax spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym m. in. poprzez stosowanie przez Zamawiającego nieuzasadnionych odstępstw od procedury wynikającej z ustawy Prawo zamówień publicznych i jednoznacznej treści specyfikacji warunków zamówienia,

4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Softax jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Softax powinna podlegać odrzuceniu,

5. art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Softax jako najkorzystniejszej,
2. ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez Softax jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załącznikami,
3. odrzucenia oferty złożonej przez Softax,
4. ponowienia czynności badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

5. dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z:

- dokumentów wymienionych w treści odwołania, w tym dokumentacji postępowania na okoliczności wynikające z treści uzasadnienia,
- opinii biegłego z zakresu wyceny projektów informatycznych z obszaru bankowości, w tym bankowości korporacyjnej - na okoliczność ustalenia rynkowych cen za realizację przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, faktycznych kosztów zamówienia, którego dotyczy postępowanie, faktycznych przewidywanych kosztów, jakie poniesie Softax w ramach realizacji usługi objętej postępowaniem, wysokości przewidywanego zysku lub straty jakie osiągnie Softax w toku realizacji zamówienia, jak również na okoliczność ustalenia czy oferta Softax zawiera rażąco niską cenę,

6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą spełniającą wszystkie wymagania specyfikacji warunków zamówienia i niepodlegającą odrzuceniu, zatem gdyby nie doszło do naruszeń opisanych w odwołaniu, to oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Naruszenia Zamawiającego pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, co stanowi szkodę uzasadniającą złożenie odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał Softax pismem z 23 listopada 2021 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty. W odpowiedzi na wezwanie Softax złożył pismo zatytułowane: „Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub istotnych części składowych”. Do pisma tego dołączył załącznik A zatytułowany „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach 1 i 2”, załącznik nr 1 - Kalkulacja ceny oraz załącznik nr 2 - Wykaz projektów podobnych. 26 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył wniosek do Zamawiającego o udostępnienie wszelkich dokumentów związanych z postępowaniem, w tym korespondencji Softax i Zamawiającego w przedmiocie wyjaśnień ceny. Z pisma Zamawiającego z 28 stycznia 2022 r. wynika, że udostępnieniu Odwołującemu podlegać będą wyjaśnienia wyłącznie w zakresie nieobjętym tajemnicą. Zamawiający udostępnił Zamawiającemu wyłącznie załącznik A, w pozostałym zakresie wyjaśnienia zostały utajnione. Pośród dokumentów udostępnionych Odwołującemu nie znajduje się pismo przewodnie do załączników A, nr 1 i 2. Nie zostało ono objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z załącznikiem A, a zatem powinno podlegać ujawnieniu. 1 lutego 2022 r. Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem, czy taki dokument otrzyma i uzyskał odpowiedź negatywną.

Załącznik nr 1 zgodnie z treścią załącznika A zawiera kalkulację ceny, rozwiązania dotyczące kalkulacji cen, w tym stawki wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach. Zgodnie z punktem 2. załącznika A, Softax argumentuje zastrzeżenie treści załącznika nr 1 wskazując jedynie, że informacje tam zawarte nie były i nie są ujawniane, stanowią istotną wartość gospodarczą, zapewniają przewagę konkurencyjną, mogą wywrzeć negatywny wpływ na pozycję wykonawcy na rynku. W podsumowaniu Softax dodatkowo wzmiankuje, że dba o zachowanie poufności dokumentów, stosuje zabezpieczenia fizyczne i prawne oraz politykę ochrony informacji poufnych. Softax wskazuje na obowiązki pracowników co do poufności i rodzaje stosowanych zabezpieczeń.

Softax nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa co do żadnej z informacji zawartych w ofercie. W pełni jawną i ogólnie dostępną informacją są zatem stosowane przez Softax stawki wynagrodzeń pracowników. Stawki wynagrodzenia dla poszczególnych ról zostały ujawnione przez Softax na stronie 10 oferty (tabela stawek podlegająca badaniu w ramach kryterium „R”). Stawka za osobodzień pracy jednego członka pracy personelu została również ujawniona w wierszu C1 w tabeli zawartej w Formularzu cenowym Softax. Skoro zatem co do zasady stawki wynagrodzeń pracowników Softax są jawne, Softax nie zastrzegł ich na etapie składania oferty i zostały one ujawnione, to nie ma żadnych podstaw, aby podlegały one utajnieniu na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tym bardziej nie może być mowy o wykazaniu przez Softax, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro Softax nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą (inną niż stawki już ujawnione) mają zastrzeżone informacje dotyczące stawek wynagrodzeń oraz nie przedstawił, na czym ma polegać szkoda Softax w razie ujawnienia tych stawek. Wyjaśnienia Softax w tym zakresie jawią się jako w istocie gołosłowne.

Wszyscy wykonawcy ujawnili główne dane cenowe. Jednocześnie opis przedmiotu

zamówienia w sposób szczegółowy wskazuje, co wchodzi w skład przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Elementy składowe ceny wynikają z oferty każdego z wykonawców oraz z opisu przedmiotu zamówienia i są jednakowe dla wszystkich. Również

koszty ponoszone w ramach realizacji przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem będą jednakowe (z zastrzeżeniem kosztu wytworzenia funkcjonalności) dla wszystkich,

ponieważ specyfikacja jest szczegółowa i w sposób drobiazgowy wymienia elementy podlegające wykonaniu i wycenie. W zasadzie jedynym elementem, który może różnicować wycenę realizacji zamówienia przez poszczególnych wykonawców jest zakres

funkcjonalności gotowych w stosunku do zakresu funkcjonalności, które wykonawca będzie musiał wytworzyć w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Softax w całości ujawnił dokumentację dotyczącą architektury swojego rozwiązania oraz załącznik FOT, który obrazuje zakres posiadanych przez Softax gotowych funkcjonalności. Załącznik nr 1 nie zawiera zatem żadnych informacji, które nie zostałyby wcześniej ujawnione lub które posiadałyby wartość gospodarczą.

Jak wskazuje orzecznictwo, nie wystarczy samo stwierdzenie, że zastrzeżona informacja jest

kalkulacją cenową, żeby automatycznie jej zastrzeżenie stało się skuteczne. Konieczne jest

jeszcze wykazanie, że w stosunku do konkretnej kalkulacji cenowej w konkretnym postępowaniu i w konkretnych okolicznościach, zachodzą przesłanki, o których mowa w art.

11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Brak ich wykazania przez wykonawcę powoduje, że zamawiający zobowiązany jest odtajnić kalkulację cenową (lub inne zastrzeżone informacje).

W punkcie 3. załącznika A Softax zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa co do wykazu projektów. W uzasadnieniu Softax ponownie przytoczył argumentację, że zastrzeżone dane są informacją handlową, więc nie można ich ujawniać, informacje stanowią wiedzę, która pozwala Softax konkurować, a w podsumowaniu ponownie odwołuje się do zawartych umów, wewnętrznych polityk i stosowanych środków.

Zgodnie z orzecznictwem przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo więc powoływanie się przez Softax na fakt, że ujawnienie danych informacji utrudni mu konkurowanie, nie przesądza o uznaniu tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Softax, decydując się podać takie informacje w ramach zamówienia publicznego, powinien liczyć się z następstwami podstawowej zasady ustawy Prawo zamówień publicznych, jaką jest jawność postępowania.

Ponadto informacje o doświadczeniu, wykaz zrealizowanych projektów i szczegóły ich dotyczące zostały zawarte przez Softax w wykazie doświadczenia i nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Softax szeroko informuje o zrealizowanych projektach, nie tylko w ww. wykazie, gdzie przedstawia niewymagane projekty i dołącza nadmiarowe referencje, nie zastrzegając poufności co do żadnej z podanych informacji, ale także poprzez publikacje na swojej stronie internetowej oraz poprzez publikacje medialne. W kontekście szerokiego informowania publicznego o realizowanych projektach przedstawiona argumentacja Softax nie może być uznana za wystarczającą i spełniającą wymóg udowodnienia, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Softax nie odnosi się w uzasadnieniu do konkretnych informacji, a jedynie przytacza liczne orzeczenia KIO i ogólne sformułowania, z których jednak nie wynika, jaką wartość gospodarczą mają te konkretne zastrzegane przez Softax informacje dotyczące projektów oraz na czym polegać ma szkoda, którą poniesie Softax w razie ujawnienia informacji realizowanych projektach. Z załącznika A nie wynika także, dlaczego te informacje o projektach mają poufny charakter, a inne (ujawnione w mediach i w wykazie doświadczenia) takiego charakteru nie mają. Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi natomiast, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania”, oznacza obowiązek dużo dalej idący niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Aby wykazać, że konkretne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przedstawić dokumenty istniejące już wcześniej, z których wynika, że konkretne informacje (takie same, jak te, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla konkretnego kręgu osób. Softax nie przedstawił takich dokumentów, a ogólne sformułowania o stosowaniu polityk i środków w kontekście jednoczesnego ujawnienia do wiadomości publicznej tych samych kategorii informacji stanowią jedynie deklaracje i oświadczenia. Softax nie poparte żadnymi konkretnymi argumentami odnoszącymi się do zastrzeganych

danych.

Informacje zawarte w załącznikach nr 1 i 2 w dużej mierze zostały już ujawnione, nie mają wartości gospodarczej, a Softax nie wskazał, na czym miałyby polegać szkoda wynikająca z ich ujawnienia. Uznać zatem należy, że Softax nie podołał obowiązkowi wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ewentualne twierdzenia czy dowody, które Softax przedstawi na potwierdzenie zasadności tego zastrzeżenia już na etapie postępowania odwoławczego, zasługują na pominięcie, bowiem Softax powinien był je złożyć właśnie wraz ze składaniem zastrzeżeń co do poufności.

Informacje zawarte w wyjaśnieniach wpływają na weryfikację kwestii rażąco niskiej ceny w ofercie Softax i jako takie powinny zostać ujawnione.

Zaniechanie odtajnienia tego rodzaju informacji pomimo niewykazania przez Softax, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, narusza nie tylko kluczową dla zamówień publicznych zasadę jawności postępowania, ale także zasadę równości i uczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie utajnieniu podlegały całe wyjaśnienia. Pozostali wykonawcy nie mieli zatem możliwości zapoznać się nie tylko ze szczegółowymi wyliczeniami Softax, ale także z ogólnymi podstawami, na których Softax się oparł. Powyższe skutkuje nierównością w zakresie dostępu do informacji i świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. Jak wskazuje orzecznictwo, możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przedkłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienie i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia. Nieujawienie przez Zamawiającego wyjaśnień stanowi więc naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że skutkiem niezasadnego utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest uniemożliwienie Odwołującemu postawienia pełnych, szczegółowych zarzutów dotyczących niewykazania przez Softax, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na podstawie udostępnionych Odwołującemu dokumentów dotyczących postępowania w praktyce nie sposób ustalić, czy Softax podjął jakąkolwiek inicjatywę w zakresie wyjaśnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Z jawnej dokumentacji nie wynika nawet to, czy jakiegokolwiek wyjaśnienia wpłynęły, czy też Softax poprzestał wyłącznie na załącznikach z kalkulacją i wykazem projektów. Nie jest znany ponadto zakres przedmiotowy tych załączników. W uzasadnieniu zastrzeżeń brakuje chociażby ogólnikowego wskazania, jakiego rodzaju dokumenty lub informacje zostają zastrzeżone. Z tej przyczyny Odwołujący wnioskuje, że takich szczegółowych wyjaśnień w istocie Zamawiającemu nie przedłożono, a tym bardziej nie można mówić o wykazaniu czy udowodnieniu braku rażąco niskiej ceny w ofercie Softax.

Opierając się na doświadczeniu i wiedzy Odwołującego wynikającej z realizacji podobnych projektów w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także publicznie dostępnych dokumentach i informacjach, należy wskazać, że nie jest możliwe wykazanie, że przy cenie zaoferowanej przez Softax przedmiot zamówienia może być należycie zrealizowany zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia i przepisami prawa bez osiągnięcia straty.

Ceny ofertowe wykonawców kształtują się następująco: Softax - 19.774.267,00 zł, CA Consulting S.A. - 78.785.718,00 zł, Odwołujący - 60 415 255,87 zł. Różnica w cenie dotyczy głównie elementu oznaczonego jako „Wdrożenie/Licencja”, a cena oferowana za ten element kształtuje się u poszczególnych wykonawców następująco: Softax - 7.657.291,00 zł; CA Consulting S.A. - 56.418.870,00 zł; Odwołujący - 55.077.055,87 zł.

Różnica pomiędzy ceną ofertową Softax a średnią cen wszystkich wykonawców wynosi ok. 63%. To, że różnica ta przekracza wymienione w ustawie Prawo zamówień publicznych 30% nie przesądza o tym, że cena Softax jest rażąco niska. Pokazuje natomiast, że ceny dwóch pozostałych wykonawców niebagatelnie odbiegają od ceny ofertowej Softax. Softax powinien mieć zatem solidne argumenty i niezbité dowody, by skutecznie wykazać, że to pozostali wykonawcy nieprawidłowo wycenili przedmiot zamówienia. Już zbliżone do siebie cenowo oferty Odwołującego i CA Consulting S.A. pokazują, na jakim poziomie kształtuje się standard rynkowy i jak bardzo odbiega on od ceny ofertowej Softax. Zdaniem Odwołującego nie jest zasadne rozpatrywanie kwestii rażąco niskiej ceny w niniejszym postępowaniu na płaszczyźnie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia, gdyż już sam fakt wyboru wykonawcy, którego oferta znacznie przekracza ww. kwotę świadczy o tym, że Zamawiający nienależycie oszacował wartość zamówienia.

W zakresie elementu „Wdrożenie/licencja” elementem trudnym do weryfikacji pod kątem wyceny jest wartość praw licencyjnych. Tak niska cena ofertowa Softax w ocenie

Odwołującego sugeruje, że Softax wykorzystuje nieweryfikowalny pod kątem wartości element do obniżenia ceny poniżej kosztu wytworzenia przedmiotu zamówienia. Potwierdzenie zastosowania przez Softax powyższego zabiegu przesądzać będzie o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Potwierdzeniem, że cena oferowana przez Softax jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, są dane pochodzące z innego zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego, które to zamówienie dotyczyło wycinka prac objętych postępowaniem, tj. dostawa, wdrożenie, serwis i integracja Systemu Host2Host dla klientów Banku Gospodarstwa Krajowego. Zgodnie z publicznie dostępną informacją z otwarcia ofert w tym przetargu, Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę brutto 5.417.000,00 zł. Z kolei ceny ofertowe złożone przez wykonawców kształtowały się następująco: T-Systems Polska Sp. z o.o. - 15.084.951,10 zł; Asseco Poland S.A. - 10.135.638,88 zł; Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. - 10.602.600,00 zł. Wynika z tego, że jeśli na realizację zamówienia w zakresie dotyczącym wyłącznie Host2Host, który stanowi jeden z wielu elementów przedmiotu zamówienia w ramach postępowania, Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 5.417.000,00 zł, to już sam ten fakt powoduje, że wycena Softax jest w zasadzie niemożliwa do uzasadnienia.

Cena ofertowa Softax na wdrożenie wraz z licencjami całej platformy PKE wyniosła 7.657.291,00 zł brutto, a cena ofertowa na wdrożenie wraz z serwisem przez 42 miesiące (w tym 36 miesięcy na całą platformę): 12.492.667 zł brutto. Jednocześnie wskazane wyżej ceny ofertowe wykonawców w zamówieniu obejmującym wyłącznie Host2Host nie zawierały wyceny następujących istotnych elementów występujących w ramach przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, jak: aplikacja Front-end dla klientów banku (bankowości internetowej dla klienta korporacyjnego); migracji danych; innych funkcji niż te, które są dostępne w kanale Host-to-Host (możliwości wstawienia, autoryzacji i wysłania następujących typów transakcji: przelewów Elixir i Elixir MPP, przelewów Sorbnet i Sorbnet MPP, obsługi przelewów wewnętrznych i własnych, przelewów podatkowych; obsługi SDS (sumy depozytowe sądów) i SDZK (sumy depozytowe zakładów karnych); obsługi przelewów zagranicznych (SWIFT, SEPA, TARGET); obsługi przelewów masowych; obsługi dyspozycji gotówkowych; obsługi depozytów MF (środków przekazywanych w depozyt do Ministra Finansów); zleceń stałych); aplikacji back-office do zarządzania użytkownikami; innych integracji z systemami banku. Zatem cena ofertowa Softax odbiega od cen rynkowych za porównywalny zakres usług.

Mając na uwadze wysokość cen oferowanych w przetargu obejmującym tylko Host2Host, różnicę między ceną Softax a cenami zaoferowanymi w postępowaniu obejmującym tylko Host2Host, jak również mając na względzie zakres elementów nie objętych wyceną w ww. postępowaniu - wycena Softax jest nierealistyczna i wskazuje na zamiar realizacji przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

O kalkulacji przez Softax kosztów świadczącej o niewykazaniu braku rażąco niskiej ceny świadczą zadania projektowe objęte przedmiotem zamówienia konieczne w ramach realizacji wdrożenia w stosunku do kosztów z nimi związanych, które muszą zostać poniesione przez każdego wykonawcę. Do takich zadań należą:

1) dostosowanie rozwiązania wykonawcy do specyficznych wymagań Zamawiającego:

- Z załącznika 3b oferty Softax wynika, że na oczekiwane do prezentacji 50 funkcji Softax nie posiada 9 z nich oraz dla kolejnych 2 deklaruje niepełne spełnienie wymagań. Z opublikowanych wyników oceny ofert wynika, że Softax skutecznie udowodnił istnienie 26 funkcji na oczekiwane 50, co pozwala domniemywać, że oprogramowanie Softax wymaga istotnych dostosowań do wymagań funkcjonalnych opisanych w specyfikacji warunków zamówienia. Niska oferta Softax nie może być zatem uzasadniona dużą ilością gotowych funkcjonalności niewymagających prac wdrożeniowych;

- Testy automatyczne - dostosowanie posiadanych przez wykonawcę testów automatycznych do specyficznych wymagań Zamawiającego;

2) Analiza, zaprojektowanie, implementacja, integracja, testy i wdrożenie funkcjonalności specyficznych dla Zamawiającego niewystępujących w żadnym innym systemie bankowości internetowej w Polsce, poza systemem bgk24: obsługa procesów konsolidacji środków finansów publicznych; obsługa depozytów sądowych (SDS) i sum depozytowych zakładów

karnych (SDZK);

3) Zarządzanie projektem - praca ciągła personelu wykonawcy przez cały czas trwania projektu (wg doświadczenia Odwołującego do zarządzania zespołem oczekiwanym przez Zamawiającego wymagane są przynajmniej 2 osoby);

4) Integracja - dedykowane oprogramowanie, które musi zostać zrealizowane w ramach prac wdrożeniowych, pozwalające na pobieranie danych z systemów wewnętrznych Zamawiającego i ich prezentację klientom oraz zapisywanie danych wprowadzonych przez klientów w systemach wewnętrznych BGK;

5) Migracja - jest to etap projektu realizowany w ramach procesu wdrożenia platformy bankowości internetowej indywidualnie dla każdego banku, w którym dane wymienione w specyfikacji warunków zamówienia muszą zostać przeniesione z aktualnego rozwiązania bgk24 do wdrażanego rozwiązania PKE;

6) Dokumentacja projektowa

- analiza biznesowa - konieczność dostosowania posiadanej przez wykonawcę dokumentacji do wymaganych przez SWZ wymagań Zamawiającego;

- przygotowanie prototypu BE i SA (makieta z menu, nawigacją, szkic przykładowych ekranów, sekwencja przejść między ekranami), który podlega akceptacji Zamawiającego. Wykonawca przygotowuje i przekazuje do akceptacji Zamawiającego projekt szaty graficznej BE i SA, a po zaakceptowaniu wykona BE i SA zgodnie z projektem.

- Przygotowanie scenariuszy testowych - dostosowanie posiadanych przez wykonawcę scenariuszy do specyficznych wymagań Zamawiającego;

- Dokumentacja, zawierająca elementy wymagane przez Zamawiającego, zgodnie z SWZ. Testy automatyczne oraz prace opisane powyżej szacunkowo mogą wynieść co najmniej 4,5 tys. roboczodni. Jednocześnie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, projekt ma zostać zrealizowany przez zespół 26 specjalistów IT, którzy spełniają wysokie wymagania kadrowe Zamawiającego, które opisane są w sekcji V specyfikacji warunków zamówienia. Zbudowanie zespołu projektowego spełniającego ww. wymagania wiąże się z dużymi nakładami finansowymi. Zgodnie z ostatnim raportem firmy No Fluff Jobs Sp. z o.o., wydanym na koniec 2021 roku, średnie wynagrodzenie specjalisty IT wymaganego przez Zamawiającego wynosiło 20.000,00 - 25.000,00 zł brutto miesięcznie. Cena ofertowa Softax, tj. 7.657.291,00 zł brutto, za wdrożenie i licencję nie pozwoli na realizację wymagań Zamawiającego w zakresie realizacji projektu zespołem co najmniej 26 specjalistów IT, biorąc pod uwagę ww. rynkowe stawki wynagrodzenia specjalistów IT oraz zakres i pracochłonność niezbędnych prac do wykonania zgodnie z zestawieniem.

Opierając się na dokumencie oferty Softax oraz przedłożonych w ramach postępowania referencjach wraz z cenami wdrożeń wykazanych w wykazie doświadczenia Softax, Odwołujący sporządził tabelę, w której porównany został zakres modułów biznesowych, dostarczonych w trzech projektach: 1) Wdrożenie Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów T-Mobile Usługi Bankowe Polska i Rumunia, które obejmuje dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu bankowości elektronicznej; 2) Wdrożenie Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów Alior Bank S.A., które obejmuje dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu bankowości elektronicznej; 3) Oferta dla BGK, obejmująca zakres opisany w specyfikacji warunków zamówienia. Z zestawienia danych w tabeli wynika, że większy i obsługujący bardziej skomplikowane procesy biznesowe system objęty postępowaniem jest ofertowany przez Softax w cenie porównywalnej z systemami dla klientów indywidualnych. W ocenie Odwołującego świadczy to w sposób oczywisty o rażąco niskiej cenie oferty Softax. Konkluzja ta wynika z porównania zakresów, liczby modułów oraz poziomu skomplikowania systemów.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia Zamawiający uznaje, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykazują się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, następujących zamówień:

Warunek 1. - co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę,

uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu bankowości elektronicznej (wartość projektu:

min. 3 000 000 PLN brutto);

Warunek 2. - co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu host2host (wartość projektu: min. 1.000.000 PLN brutto);

Warunek 3. - świadczenie minimum jednej usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej lub systemu host2host obejmującej: (1) usługi serwisowe w wymiarze minimum 3 lat; (2) wsparcie rozwoju oprogramowania przez okres minimum 3 lat.

Celem udowodnienia przez wykonawcę spełnienia ww. warunków wykonawca zobowiązany jest dostarczyć:

- wykaz zamówień wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane,

- dowody określające, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym

charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie

Wykonawcy.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Pismem z 1 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Softax do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodem na ich należyte wykonanie. W odpowiedzi na wezwanie Softax, pismem z 13 grudnia 2021 r., przedłożył m.in. „Wykaz zamówień wraz z oświadczeniem o należyтым wykonaniu i dostępnymi potwierdzeniami od klientów”, do wykazu załączył oświadczenie z 13 grudnia 2021 r. o następującej treści: „(...) oświadczam, że podane w Wykazie zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przyczyną niemożliwości uzyskania innych niż załączone z Centrum Kart S.A. odpowiednich potwierdzeń sporządzonych przez podmioty wykazu, na rzecz których zamówienia zostały wykonane są zmiany organizacyjne w tych podmiotach. Załączamy potwierdzenia z Centrum Kart S.A. Dodatkowo załączamy potwierdzenia/referencje od innych nie wymienionych w wykazie klientów firmy Softax R. S. S.J. z sektora finansowego.”

Ww. „potwierdzenia z Centrum Kart S.A.” dotyczą projektu pn. „Dostawa, Serwis i Rozwój platformy dla aplikacji mobilnej oraz płatności i aplikacji mobilnej PeoPay dla klientów Banku Pekao S.A.”, który obejmuje, zgodnie z oświadczeniem Softax, usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej tj.: 1) usługi serwisowe w wymiarze minimum 3 lat; 2) wsparcie rozwoju oprogramowania przez okres minimum 3 lat. Usługi te należy sklasyfikować jako świadczenia okresowe lub ciągłe nadal wykonywane, a zatem referencje dotyczy w tym przypadku warunek, że powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Referencje z Centrum Kart S.A. zostały natomiast sporządzone odpowiednio w 2015 r. oraz 30 kwietnia 2021 r. - w obu przypadkach zatem nie został spełniony ww. wymóg (termin upływu składania ofert to 3 listopada 2021 r.). Niezależnie więc od innych okoliczności referencje z Centrum Kart S.A. powinny zostać pominięte już z tego powodu, że nie spełniają wymogów specyfikacji warunków zamówienia

co do terminu ich wydania.

Podobnie pominięte powinny zostać pozostałe referencje, tj.: referencje BNP Paribas i Polskiego Standardu Płatności, jako wystawione przez podmioty, na rzecz których nie były realizowane zamówienia objęte wykazem doświadczenia.

Tym samym Softax nie przedłożył w toku postępowania żadnych referencji ani jakichkolwiek innych dokumentów pochodzących od podmiotów, na rzecz których realizowane były zamówienia objęte wykazem doświadczenia.

Oświadczenie złożone w piśmie z 13 grudnia 2021 r. przez samego wykonawcę jest jedynym i wyłącznym dowodem na należyte wykonanie lub wykonywanie zamówień objętych wykazem doświadczenia. Jednocześnie specyfikacja warunków zamówienia zezwala na zastąpienie referencji lub innych dokumentów pochodzących od kontrahenta własnym oświadczeniem wykonawcy wyłącznie, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Softax wskazał w ww. oświadczeniu, że niemożliwe jest uzyskanie takich dokumentów z uwagi na zmiany organizacyjne w tych podmiotach. Przy tym Softax wskazał w wykazie zamówień 5 projektów dla 3 dużych podmiotów z branży finansowej: PKO BP S.A., Alior Bank S.A. i Centrum Kart S.A. Mając na uwadze wielkość tych organizacji oraz trwającą współpracę (zgodnie z wykazem doświadczenia) Softax z ww. podmiotami, argumentacja uzasadniająca nieprzedstawienie referencji jest całkowicie niezrozumiała i niezasadna. Jednocześnie Zamawiający nie wezwał Softax do wyjaśnień w tym zakresie i pomimo tak rażących nieprawidłowości i braków w zakresie wykazania warunków udziału w postępowaniu, dokonał wyboru oferty Softax.

Softax w wykazie doświadczenia wskazał 5 projektów, przy czym żaden z nich nie został oznaczony jako spełniający warunek 2. Ponadto żaden ze wskazanych tam projektów ani w nazwie, ani w opisie nie obejmował wdrożenia systemu host2host.

Zamawiający pismem z 17 grudnia 2021 r. wezwał Softax do wyjaśnienia treści wykazu doświadczenia poprzez wskazanie, które z zamówień opisanych w przedmiotowym wykazie odnosi się do warunku nr 2. Zamawiający wskazał, by Softax w swoich wyjaśnieniach zwrócił szczególną uwagę na system host2host. W odpowiedzi na wezwanie, w piśmie z 18 stycznia 2022 r. Softax wskazał, że podany w wykazie projekt wykonywany dla PKO BP spełnia także warunek nr 2, co nie zostało ujęte w przesłanym zestawieniu, w związku z tym nazwa podanego projektu powinna brzmieć „Wdrożenie rozwiązania B2B oraz Serwis i Rozwój Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów Korporacyjnych”. System B2B jest oprogramowaniem klasy H2H i elementem rozwiązania dla klientów korporacyjnych, umożliwia połączenie zewnętrznych systemów FK/ERP klientów z systemami Banku za pomocą usług WSC i zarządzanie zleceniami z poziomu bankowości korporacyjnej. System wdrożono w 2015 roku i jest elementem wspieranego i rozwijanego przez Dostawcę kompleksowego rozwiązania. Wartość prac i produktów dostarczonych przez Softax z wdrożeniem B2B wynosiła ponad 1.000.000 mln brutto.

Z ww. oświadczenia nie wynika w sposób jednoznaczny, że system klasy host2host został wdrożony przez Softax. Wręcz przeciwnie, z oświadczenia wynika, że Softax wyłącznie wspiera i rozwija ww. system (co wynikało z dotychczasowej treści wykazu doświadczenia), a w stosunku do wdrożenia systemu wykonuje prace lub dostarcza produkty związane z wdrożeniem. Tego rodzaju prace związane z wdrożeniem nie spełniają natomiast warunku 2., który wymaga, aby wykonawca wykazał się realizacją projektu obejmującą dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu host2host. Z całą pewnością nie można uznać, że bliżej nieokreślony udział w projekcie wdrożeniowym stanowi dostawę systemu host2host.

Oświadczenie budzi także wątpliwości co do wskazanych dat wykonania wdrożenia. Wdrożenie systemu host2host zgodnie z ww. oświadczeniem zostało zrealizowane w 2015 r., przy czym projekt ten zgodnie z wyjaśnieniami jest częścią projektu realizowanego dla PKO, gdzie usługi serwisowe i rozwojowe już wdrożonego systemu są (zgodnie z treścią wykazu doświadczenia) wykonywane od 2010 r. Powyższe stawia więc pod znakiem zapytania datę 2015 r. wskazaną w oświadczeniu. Jeżeli wdrożenie nastąpiło przed 2015 r., to z wysokim prawdopodobieństwem mogłoby dojść do przekroczenia terminu ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający, pomimo iż treść oświadczenia nie pozwala na przyjęcie, że warunek 2. został przez Softax wykazany, nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W konsekwencji, pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie odrzucił oferty Softax.

W oświadczeniu Softax zawartym w piśmie z 18 stycznia 2022 r. Softax wskazał, że dodaje do wykazu doświadczenia wcześniej nie występujący w tym wykazie projekt, tj. wdrożenie systemu host2host. Do oświadczenia nie zostały dołączone referencje ani inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tego projektu. Projektu nie dotyczą żadne referencje spośród uprzednio dostarczonych przez Softax.

Niezależnie od niezasadności zastąpienia referencji własnym oświadczeniem wykonawcy z powołaniem się na przyczyny wskazane w oświadczeniu z 13 grudnia 2021 r., zgodnie z brzmieniem tego oświadczenia dotyczyło ono wyłącznie projektów, które znajdowały się w wykazie doświadczenia w momencie składania tego oświadczenia. Wynika to z faktu, że w oświadczeniu tym Softax oświadcza, że podane w wykazie zamówienia zostały wykonane

należycie, a wdrożenie systemu host2host nie znajdowało się w tym wykazie. Na potwierdzenie należytego wykonania projektu host2host, który został zgłoszony jako wypełniający warunek 2., nie został zatem przedłożony żaden dowód. Zamawiający nie wezwał Softax do jego uzupełnienia i pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie odrzucił oferty Softax.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: (1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub (2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny użycie w przepisie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych kategorię „wzywa” sformułowania „wzywa” oznacza, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowanie tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Mając na uwadze opisane okoliczności nie może budzić wątpliwości fakt, że Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia wątpliwości, błędów i braków w zakresie podmiotowych środków dowodowych.

Wybór oferty Softax pomimo niewyjaśnienia wątpliwości i nieuzupełnienia braków co do warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności natomiast ww. naruszenie godzi w zasadę równości i uczciwej konkurencji, ponieważ brak wezwania do wyjaśnień i sposobu postępowania Softax stanowi całkowicie nieuzasadnione odstępstwo od jasnego i precyzyjnego brzmienia warunku określonego w specyfikacji warunków zamówienia.

VI Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację dotyczącą interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania analogiczną jak w przypadku odwołania KIO 290/22.

W odniesieniu co zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie. Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego zarzut sformułowano w oparciu o błędne założenia, co wydaje się

zrozumiałe wobec braku zapoznania się Odwołującego z treścią załączników nr 1 i 2 przekazanych w ramach wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający, w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania ofert, oświadczeń oraz dokumentów uczestników przedmiotowego postępowania pozytywnie przesądził, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zostały skutecznie zastrzeżone.

Odwołujący stwierdził, iż, skoro co do zasady stawki wynagrodzeń pracowników Softax są jawne, Softax nie zastrzegł ich na etapie składania oferty i zostały one ujawnione, to nie ma żadnych podstaw, aby podlegały one utajnieniu na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe nie koresponduje z treścią załącznika nr 1, gdzie zakres informacji jest szeroki i przedstawia szczegółowe kalkulacje. W załączniku (A) wskazano, że przedstawione dane stanowią dla Przystępującego istotną wartość gospodarczą, obrazują stosowane rozwiązania odnośnie sposobu kalkulacji cen, a dostęp do tych informacji może przedstawiać znaczącą wartość dla konkurencyjnych podmiotów.

Co do załącznika nr 2 - kluczowym dla Zamawiającego jest fakt powołania się przez Przystępującego na zasady poufności wynikające z umów zawartych z podmiotami, na rzecz których wykonywano przedmiotowe projekty.

Zamawiający nie podstaw do kwestionowania treści uzasadniania w tym zakresie. Podobne kategorie informacji są często utajniane w ramach postępowań o udzielenie zamówienia i fakt ten nie budzi wątpliwości. Istotny jest przy tym fakt, iż informacje zostały udzielone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, w którym Zamawiający sformułował oczekiwanie ich przekazania. Uzyskanie dostępu do tych informacji przez innych uczestników postępowania może narażać interesy gospodarcze Przystępującego, a ich ujawnienie stanowi wysokie ryzyko dla Zamawiającego.

W kwestii braku odtajnienia pisma przewodniego do wyjaśnień Zamawiający podkreślił, że podjął decyzję o podtrzymaniu utajnienia, ponieważ jego treść w sposób bezpośredni referuje do załączników nr 1 i 2. Zamawiający jest przy tym zobowiązany do przeprowadzenia szczegółowej weryfikacji wszystkich dokumentów w tym zakresie. Taka decyzja Zamawiającego stanowi wyraz należytej staranności.

W ocenie Zamawiającego przystępujący Softax nie nadużył swojego prawa do utajnienia informacji, gdyż składając ofertę utajnił znacznie mniejszą część informacji niż pozostali uczestnicy postępowania. Pozwala to na stwierdzenie, że działał z poszanowaniem zasady jawności, a utajniane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie podchodził bezkrytycznie do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa, co znalazło odbicie między innymi w odtajnieniu części informacji uprzednio zastrzeżonych przez Odwołującego.

W odniesieniu co zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że poinformował przed otwarciem ofert, że na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 11.785.204,00 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przekracza tę kwotę o 7.989.063,00 zł. Wezwanie do wyjaśnień ceny skierowano przede wszystkim w związku z brzmieniem art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Bezpośrednim powodem wystosowania przedmiotowego wezwania była znaczna rozpiętość cenowa ofert poszczególnych wykonawców. To, że cena oferty Softax przekracza 30% wskazane w przepisie, nie przesądza o tym, że jest rażąco niska. Nieprawdą jest przy tym teza, zgodnie z którą to Softax powinien wykazać, że pozostali wykonawcy zaoferowali realizację przedmiotu zamówienia na rażąco wysokim poziomie. Wezwanie do złożenia wyjaśnień stanowiło wyraz daleko idącej ostrożności Zamawiającego, gdyż brak takiego wezwania mógłby stanowić pretekst do sformułowania zarzutu wobec zaniechania dokonania czynności. Ciężar dowodu w zakresie wykazania braku rażąco niskiej ceny w toku postępowania odwoławczego rzeczywiście spoczywa na Przystępującym (art. 537 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), ale niezależnie od powyższego tezy przedstawione przez Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym.

Biorąc pod uwagę czynności poprzedzające przygotowanie przedmiotowego postępowania, w szczególności informacje pozyskane w ramach wstępnych konsultacji rynkowych (WKR) czy RFI, treść oferty i złożone wyjaśnienia Softax nie pozostawiają wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie. Bez znaczenia wydają się przy tym argumenty Odwołującego (m.in. odnośnie polityki licencyjnej czy nawiązania do innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego). Wydaje się, że Odwołujący nie kwestionuje przy tym przyjętego sposobu realizacji zamówienia pod względem merytorycznym.

Nie bez znaczenia jest też fakt, iż przystępujący Softax posiada bogate doświadczenie we wdrażaniu podobnych rozwiązań w wielu instytucjach finansowych. Polityka cenowa, licencyjna, czy szeroko rozumianej organizacji wdrożeń pozostaje kwestią indywidualną wykonawców. Jest to szczególnie istotne w przypadku wdrożeń zaawansowanych systemów informatycznych.

Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Nie ulega zatem wątpliwości, że cena zaoferowana przez Softax pozwala na należyte wykonanie zamówienia i jako taka nie jest rażąco niska.

Przystępujący Softax nie może przy tym ponosić negatywnych konsekwencji przyjętej polityki cenowej pozostałych wykonawców, oferujących znacznie droższe rozwiązania. Uwzględnienie zarzutu doprowadzi do sytuacji, w której w postępowaniu pozostaną oferty, które nie są nawet zbliżone do możliwości ich sfinansowania przez Zamawiającego.

W odniesieniu co zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że wyznaczył w specyfikacji warunków zamówienia określony sposób dowodzenia przez wykonawcę, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Jedną z możliwości było złożenie odpowiedniego wykazu i oświadczenia. Istotne znaczenie dla takiego warunku był wynik WKR prowadzonych przed wszczęciem postępowania. Podmioty zakwalifikowane do WKR, w tym Softax, były weryfikowane pod kątem spełniania przyszłych warunków udziału w postępowaniu. Wszystkie podmioty, z którymi finalnie kontaktował się Zamawiający, podczas WKR spełniały warunek udziału i legitymowały się odpowiednim doświadczeniem. Zatem Zamawiający logicznie założył, iż każdy z podmiotów biorących udział w WKR spełnia warunki udziału w postępowaniu, a więc

złożenie przez ten podmiot oświadczenia opatrzonego podpisem kwalifikowanym będzie dla Zamawiającego dostatecznym potwierdzeniem. O WKR wiedział każdy z Odwołujących. Odwołujący znali warunki udziału w WKR i rezultat konsultacji - dokumentacja WKR została udostępniona wykonawcom w postępowaniu.

Zamawiający wzywa do złożenia dowodów lub dokumentów w przypadku powzięcia wątpliwości. Zanim jednak stwierdzi ich wystąpienie, prowadzi analizę na podstawie posiadanych informacji i materiału dowodowego pozyskanego z rynku. Członkowie komisji zweryfikowali informacje rynkowe i zbadali kwestię zamówień przedstawionych w wykazie Softax. Uzyskane informacje potwierdziły, że Softax jest podmiotem wiarygodnym i rzetelnym. To, w połączeniu z weryfikacją na etapie WKR, przesądziło o zasadności uznania oświadczenia Softax za wystarczające.

Pomimo ww. ustaleń, Zamawiający ocenił walor dowodowy oświadczenia Softax przez pryzmat jego statusu w systemie prawnym. Wzięto tu pod uwagę 3 obszary:

1) Oświadczenie składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem o podwyższonym znaczeniu. Jest bowiem obarczone odpowiedzialnością karną wynikającą z art. 297 § 1 Kodeksu karnego. 2) W sytuacjach wyjątkowych możliwe jest zastąpienie dowodu oświadczeniem w sprawach o większym znaczeniu niż wykaz doświadczenia. Urząd Zamówień Publicznych dopuścił np. możliwość złożenia oświadczenia w zakresie niekaralności w zamian za czasowo niedostępny dokument KRK wydawany urzędowo. W tej samej wykładni UZP podkreśla analogiczną możliwość wynikającą wprost z przepisów odnoszących się do podmiotów zagranicznych. Zatem w zamówieniach publicznych oświadczenie nie jest składane jedynie dla zachowania formy, ma określone znaczenie i przypisane sankcje. 3) Zamawiający ma świadomość, że oświadczenie własne stanowi wyjątkowy sposób potwierdzania należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, że specyfikacja warunków zamówienia dopuszcza na zastąpienie referencji lub innych dokumentów pochodzących od kontrahenta własnym oświadczeniem wykonawcy wyłącznie „jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów.” Nasuwa się pytanie o granice obiektywizmu tych przyczyn, ale przyczyny organizacyjne stanowią niejednokrotnie istotną przeszkodę w uzyskaniu np. referencji. Jest to tym bardziej istotne, że obecnie blisko 1/3 pracowników różnych firm pracuje zdalnie lub przebywa na kwarantannie bądź izolacji. Zmiany organizacyjne są rozległe i siłą rzeczy zmieniają priorytety. Podmiot, który ma zaangażować jednego pracownika, z osłabionej absencjami grupy, do wystawienia referencji i uzyskania ich potwierdzenia, często jest zmuszony odmówić z uwagi na inne pilne obowiązki. Zamawiający nie ma żadnej podstawy prawnej, by żądać referencji od wystawcy lub innych dowodów od tego podmiotu. Wystawca referencji również nie ma prawnego obowiązku do ich wystawienia. Zamawiający nie miał podstaw i instrumentów do kwestionowania oświadczenia, czy też żądania dodatkowych wyjaśnień. W takim przypadku nadal musiałby opierać się na stanowisku Przystępującego.

Zamawiający uznał Softax za wykonawcę spełniającego warunki udziału, opierając się na: analizie jego doświadczenia wykazanej na etapie WKR, materiale dowodowym uzyskanym w wyniku ustaleń własnych, ocenie oświadczenia, które zostało złożone ze świadomością odpowiedzialności karnej, ocenie oświadczenia zgodnie z wnioskowaniem a maiori ad minus. Jeżeli prawo i wykładnia dopuszczają złożenie oświadczenia w sprawie tak istotnej jak KRK, to tym bardziej jest to możliwe w sprawie o niższym statusie, jakim jest potwierdzenie wiedzy i doświadczenia. Status jest niższy, ponieważ w zakresie KRK nie jest możliwa sanacja stanu faktycznego w sposób właściwy dla wiedzy i doświadczenia, gdzie wykonawca może złożyć inny wykaz i inne dowody, jeżeli złożone wcześniej nie spełniają wymagań specyfikacji warunków zamówienia; analizie prawdopodobieństwa, że mogły wystąpić ograniczenia o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiły lub utrudniły wykonawcy pozyskanie referencji w oznaczonym terminie.

W odniesieniu co zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, że zarzut ten stanowi konsekwencję innych zarzutów i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu co zarzutu nr 5 Zamawiający wskazał, że dokonanie wyboru oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w procedurze odwróconej wiąże się z wykonaniem określonych czynności, które nie zostały wykonane z udziałem Odwołującego (wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych), ponieważ Odwołujący nie został sklasyfikowany na pozycji pierwszej, a oferta sklasyfikowana na tej pozycji nie została odrzucona. Dla zasadności wykonania ww. czynności kluczowe znaczenie ma odrzucenie oferty Softax i możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, do poziomu ceny oferty z najwyższą liczbą punktów. Jeżeli takie zwiększenie nie jest możliwe, Zamawiający unieważnia postępowanie bez wzywania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnień lub dodatkowych dowodów na potwierdzenie treści oferty i statusu w postępowaniu (art. 139 ust. 4 w związku z art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zatem Zamawiający nie zaniechał wyboru oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej, ponieważ nie miał podstaw do jej wyboru. Czynienie ww. zarzutu jest bezprzedmiotowe. Wybór oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do oferty Odwołującego może być pośrednim, ale nie bezpośrednim rezultatem orzeczenia Izby. Odwołujący wadliwie sformułował zarzut i żądanie. Faktycznie domaga się ponownego badania i oceny ofert, natomiast literalnie domaga się, aby Izba w orzeczeniu nakazała wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Tak sformułowane żądanie jest niemożliwe do realizacji w ramach przedmiotowego odwołania.

VII Stanowisko przystępującego Ailleron S.A.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Ailleron S.A. Następnie wykonawca złożył oświadczenie o wycofaniu swojego przystąpienia.

VIII Stanowisko przystępującego Softax R. S. Spółka jawna

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Softax R. S. Spółka jawna.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania ze względu na bezzasadność zarzutów, podtrzymał stanowisko wyrażone w ramach odwołania KIO 290/22 i poparł stanowisko Zamawiającego. Uważa, że dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający zinterpretował prawidłowo jego intencje.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 podkreślił, że Zamawiający wyjaśnił, z czego wynikała decyzja o wezwaniu go do wyjaśnień. Zamawiający nie mógł postąpić inaczej, gdyż cena oferty Przystępującego była ponad 30% niższa od innych. Zdaniem Przystępującego ceny ofert Odwołujących są niewspółmiernie wysokie w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, a stały się przyczyną, dla której Przystępujący musiał się tłumaczyć, że jego cena nie jest rażąco niska. Trudno mu się odnieść, dlaczego takie ceny zostały przez Odwołujących zaoferowane. Również ich ceny nie są zbliżone, ponieważ występuje między nimi różnica 18 mln zł. Odwołujący nie powołał też żadnego projektu, na podstawie którego można by takie ceny uznać za rynkowe. Także wskazywanie na ceny z postępowania dotyczącego host2host wskazuje na niekonsekwencję argumentacji Odwołującego i nie wskazuje, że poziom ceny oferty w tym postępowaniu powinien być taki, jak u Odwołującego. Odwołujący też w nieprawidłowy sposób porównuje systemy dla klientów indywidualnych i dla klienta korporacyjnego, nie znając specyfiki projektów wykonanych przez Przystępującego. To zestawienie własne Odwołującego, którego nie można porównywać z realnym. Odwołujący sam nie wie, czy poszczególne moduły występowały, czy też nie. Projekty dla klienta indywidualnego nie są prostsze i każdy ma swoje specyficzne wymagania i trudności. Do sposobu wyceny poszczególnych elementów nie można się odnosić zero-jedynkowo, a każdy wykonawca ma swoje metody kalkulacji. Softax ma wypracowaną na przestrzeni lat kalkulację, która jest z sukcesem realizowana, o czym świadczy rachunek zysków i strat przedstawiony Zamawiającemu.

Projekt Zamawiającego nie jest bardzo skomplikowany i pracochłonny. Zauważa, że z trzech warstw, tj. systemów bankowych, warstwy integracji (ESB) i warstwy kanału elektronicznego, która powoduje, że możliwy jest dostęp do usług bankowych dla użytkowników, przedmiotem postępowania jest dostawa warstwy kanału elektronicznego, a pozostałe dwie dostarcza Zamawiający. W założeniu Softax warstwa realizowana przez wykonawcę będzie zintegrowana z warstwami Zamawiającego za pośrednictwem szyny ESB.

Odwołujący odnosi się do projektów, których nie można porównywać.

Co do kwestii, czy wyjaśnienia Przystępującego były zgodne z wezwaniem, stwierdza, iż były zgodne z wezwaniem, w tabeli nr 1 załącznika nr 1 zostały opisane podstawy kalkulacji. Wynika z nich, że Odwołujący i Przystępujący zastosowali podobne podstawy kalkulacji, przy czym trudno się odnieść, dlaczego Odwołujący wskazał na 4500 osobodni, ponieważ tego nie wyjaśnił, natomiast nie jest w stanie ocenić pracochłonności po stronie Przystępującego. Kalkulacja Odwołującego dotycząca specjalistów jest zbliżona do tego, co wskazał Przystępujący w tabeli nr 1, zatem Przystępujący nie rozumie, skąd wyliczenia ceny ofertowej Odwołującego na poziomie 60 mln zł, skoro zamysł kalkulacji był podobny.

Zarzut Odwołującego jest bezpodstawny, kalkulacja Przystępującego jest wyczerpująca, ceny realne, a Przystępujący nie zaoferował ceny poniżej kosztów, lecz jeszcze uzyska na tym swoją marżę.

Co do zarzutu nr 3 stwierdził, iż dla wykazania warunków udziału wskazał w tabeli wykazu doświadczenia pozycje nr 1, 2 i 4 dla warunku nr 1, pozycję nr 4 dla warunku nr 2 oraz

pozycje nr 2, 3 i 4 dla warunku nr 3.

Nie jest prawdą, że Przystępujący uzupełnił wykaz w zakresie warunku nr 2, lecz jedynie wskazał na dane zamówienie, które miało potwierdzać spełnianie warunków, nie wpisał przy tym do wykazu nowego projektu, na to zresztą wskazywało wezwanie. Zamawiający dopuścił spełnianie różnych warunków przez ten sam projekt.

Przystępujący stwierdził też, iż oświadczenie własne jest dopuszczalne. Był do tego zmuszony, ponieważ w instytucjach nastąpiły zmiany organizacyjne. Jest tam struktura skomplikowana i hierarchiczna i osoby, z którymi wcześniej współpracował albo zmieniły miejsce pracy, albo nie były decyzyjne na tyle, żeby podpisać dokumenty i nie mogły od ręki

wystawić referencji. Wskazuje, iż z osobami tymi przeprowadzał rozmowy telefoniczne, na dowód przedstawił korespondencję pracownikiem Allior Bank S.A. dotyczącą wystawienia referencji z 5 maja 2021 r.

Co do posiadania protokołów odbioru systemów stwierdził, iż dla warunku nr 1 i 2 projekty wykonywane były wiele lat temu i przy sporządzaniu oferty nie miał do nich dostępu, a w przypadku usług trwających nie ma jeszcze protokołów. Softax na bieżąco zbiera informacje i trudno mu uzyskiwać referencje do każdego postępowania. Stwierdził, iż żadna umowa z nim nie została rozwiązana ze względu na nienależyte wykonanie, nie zostały też naliczone żadne kary umowne, dlatego z jego punktu widzenia oświadczenie było wystarczające. Obecnie podejmuje próby uzyskania referencji.

Stwierdził, iż Odwołujący przywołuje abstrakcyjne kwoty i wyliczenia. W odwołaniu wskazywał na wartość pracy 20.000 - 25.000 zł, a nie 30.000 zł. Przystępujący by się odniósł do wskazań Odwołującego, ale nie może tego zrobić nie ujawniając zastrzeżonych w wyjaśnieniach danych. Odwołujący nie zna specyfiki założeń Przystępującego, jeśli chodzi o kalkulację pracochłonności.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 stwierdził, iż dochował należytej staranności, jakiej mógł dochować na tamtym etapie, bo złożenie oświadczenia własnego było wtedy jedynym możliwym rozwiązaniem. Przystępujący wcale nie stwierdził w odpowiedzi na wezwanie, że żaden z projektów nie spełnia wymogów warunku nr 2, ale wskazał projekt, który ten warunek spełnia i jest uwzględniony w wykazie. Sama treść wezwania Zamawiającego również referuje do wyjaśnienia, a nie do uzupełnienia. Podkreślił, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który nie złożył w tym zakresie żadnych dowodów, że Przystępujący nie spełnia warunku. Nie wiadomo, z kim Odwołujący się kontaktował w celu uzyskania informacji o realizowanym projekcie i jakie informacje o tym projekcie ta osoba posiadała. Odwołujący sam wskazał, że informacje o projektach Softaxu są dostępne, więc nie kwestionuje, że Softax posiada bogate doświadczenie. Działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Softaxu byłoby więc naruszeniem uczciwej konkurencji.

IX Stanowisko Izby

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. KIO 290/22 w zakresie zarzutów numer 1, 2, 3, 4, 7 i 9 oraz postępowanie odwoławcze o sygn. KIO 291/22 w zakresie zarzutu numer 5 odwołania ze względu na wycofanie tych zarzutów przez Odwołujących.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia. Analogicznie przyjmuje się, że odwołujący może wycofać poszczególne zarzuty, zaś przedmiotowe postanowienie może zostać zawarte także w wyroku.

W stosunku do pozostałych zarzutów Izba na wstępie stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Sam fakt, że Zamawiający nie zamierza zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację niniejszego zamówienia, ponieważ uważa to za nieuzasadnione ekonomicznie, nie pozbawia

jeszcze Odwołujących interesu w kwestionowaniu czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu pod względem ich prawnej poprawności. Natomiast dalsze postępowanie Zamawiającego w tym zakresie, tj. ponowne ogłoszenie postępowania o tożsamym zakresie przedmiotu zamówienia, ogłoszenie postępowania o innym zakresie przedmiotu zamówienia, czy też realizacja przedmiotu całkowicie lub częściowo własnymi siłami pozostaje kwestią przyszłych decyzji Zamawiającego.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, w tym treść dokumentów postępowania, w szczególności specyfikacji warunków zamówienia, oferty przystępującego Softax oraz dokumentów złożonych w terminie późniejszym, nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. KIO 291/22 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. KIO 290/22 zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 8.

Izba wzięła pod uwagę dokumenty przedstawione przez Strony i Przystępujących jako dowody uznając, że ze względu na ich charakter mają one status stanowiska odpowiednio Stron i Przystępujących, którzy je złożyli.

W odwołaniu o sygn. KIO 290/22 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Softax, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia wobec braku złożenia w całości wymaganego opisu architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej systemu, co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut nr 5),
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Softax, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia w zakresie możliwości współdziałania rozwiązania wykonawcy z jednym z wymienionych w specyfikacji warunków zamówienia serwerów aplikacyjnych (wymaganie WIT.006), co doprowadziło do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców; ewentualnie gdyby Izba uznała ten zarzut za zbyt daleko idący - art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Softax wyjaśnień w opisanym powyżej zakresie (zarzut nr 6),
3. art. 18 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu złożonych przez Softax wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (zarzut nr 8).

W odwołaniu o sygn. KIO 291/22 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Softax, w szczególności kalkulacji ceny i wykazu projektów podobnych, pomimo że Softax nie wykazał, iż informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją jest niemożność pełnego uzasadnienia przez Odwołującego zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, a także naruszenie zasady jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez pozbawienie wykonawców równego dostępu do informacji, porównania ofert i weryfikacji prawidłowości przebiegu postępowania (zarzut nr 1),
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nieodrzućenie oferty Softax w sytuacji, gdy cena ofertowa Softax znacząco odbiega od cen oferowanych za te same usługi przez konkurencję, jak również stanowi cenę oferowaną poniżej granicy kosztu wytworzenia usługi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w takim stanie rzeczy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą być i nie są wystarczające, gdyż nie jest możliwe prawidłowe, zgodne ze specyfikacją warunków zamówienia i przepisami prawa, wykonanie przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, bez narażenia Softax na stratę (zarzut nr 2),

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych poprzez przyjęcie bez zastrzeżeń dokumentów i wyjaśnień przedłożonych przez Softax na dowód spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego istotnych wątpliwości w tym zakresie, podczas gdy z dokumentów oraz wyjaśnień Softax nie wynika w sposób jednoznaczny, że Softax spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty pomimo niewykazania przez Softax spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym m. in. poprzez stosowanie przez Zamawiającego nieuzasadnionych odstępstw od procedury wynikającej z ustawy Prawo zamówień publicznych i jednoznacznej treści specyfikacji warunków zamówienia (zarzut nr 3),

4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Softax jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Softax powinna podlegać odrzuceniu (zarzut nr 4).

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust.

5.

Art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 224 ust. 1, 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, 5, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej

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

Jak wynika z powyżej przywołanej treści przepisów, regulacja art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie przystaje do wskazanego w odwołaniu o sygn. KIO 291/22 stanu faktycznego i zarzutów, których dotyczy odwołanie. Czynności Zamawiającego kwestionowane w odwołaniu bowiem w ogóle nie odnoszą się do oceny ofert lub oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym przepis ten w przywołanym w odwołaniu zakresie w ogóle nie mógł zostać naruszony.

Dodatkowo, jak słusznie wskazał Zamawiający, uznanie danej oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu, a innej nie, jest jedynie konsekwencją innych czynności zamawiającego w postępowaniu, zatem zarzut tego typu ze swojej istoty nie jest samodzielny.

W odniesieniu do zarzutu nr 8 odwołania o sygn. KIO 290/22 i zarzutu nr 1 odwołania o sygn. KIO 291/22, które dotyczą tych samych okoliczności, Izba stwierdziła, że zarzuty te potwierdziły się.

Na wstępie należy podkreślić, że przy rozpoznaniu tych zarzutów Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że Odwołujący odnosił się do dokumentu, którego zasadniczej treści (poza załącznikiem A) nie poznali ze względu na fakt objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa przez przystępującego Softax, a także niedostępnięcia go przez Zamawiającego ponad zakres wskazany przez przystępującego Softax w tym dokumencie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z powyższym oczywiste jest, że Odwołujący w swoich stanowiskach nie byli w stanie odnieść się do kwestii w nim zawartych i wykazać, że konkretne elementy treści tego dokumentu lub jego załączników nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a sformułowane zarzuty mogły być jedynie ogólne i odnosić się głównie do kwestii prawnych. Z tego powodu, zdaniem Izby, nie można na niekorzyść Odwołujących rozstrzygać pewnego,

naturalnego w tych okolicznościach, braku w zarzutach odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych związanych z tą treścią, które musiałyby się w nich znaleźć, gdyby treść dokumentu wraz z załącznikami była Odwołującym znana.

Przedmiotowe pismo przystępującego Softax z 29 listopada 2021 r., zawierające wyjaśnienia poziomu ceny oferty, składa się z pisma „głównego” zatytułowanego „WYJASNIENIA WYKONAWCY w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, z załącznika A obejmującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach 1 i 2 oraz załącznika nr 1 „Kalkulacja ceny” i załącznika nr 2 „Wykaz projektów podobnych”.

Spośród powyższych Zamawiający udostępnił Odwołującym jedynie załącznik A.

Tymczasem w treści załącznika A, będącego, według tytułu, uzasadnieniem zastrzeżenia informacji, przystępujący Softax wyraźnie oświadczył: „Wykonawca, składając niniejsze wyjaśnienia oświadczam, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte w następujących załącznikach złożonych wraz z wyjaśnieniami: 1) Załącznik nr 1 - Kalkulacja ceny; 2) Załącznik nr 2 - Wykaz projektów podobnych.”

Również w samej treści pisma „głównego” przystępujący Softax w trzech miejscach wskazał (kolorem czerwonym): „Treść Załącznika nr 1 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy”, „Treść Załącznika nr 2 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.”, „Załączniki: Załącznik A - Uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w Załącznikach nr 1 - 2; Załącznik nr 1 - Kalkulacja ceny oferty [tajemnica przedsiębiorstwa]; Załącznik nr 2 - Wykaz projektów podobnych [tajemnica przedsiębiorstwa].”

Poza tym powyższe pismo zostało sporządzone w dwóch plikach o nazwach: softax_bgk_wyjasnienia-sig oraz softax_bgk_wyjasnienia_zalaczniki_1_2_tajemnica_przedsiębiorstwa-sig. Przy czym, po otwarciu pliku softax_bgk_wyjasnienia_zalaczniki_1_2_tajemnica_przedsiębiorstwa-sig na każdej z kart tam zawartych widnieje

anotacja kolorem czerwonym „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że, wbrew późniejszym twierdzeniom przystępującego Softax podczas rozprawy oraz stanowisku Zamawiającego, przystępujący Softax nie zastrzegł pisma „głównego” jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a działanie Zamawiającego w zakresie odmowy przekazania tego pisma Odwołującym było działaniem nadmiarowym i nieuzasadnionym treścią zastrzeżenia. Zastrzeżenia informacji czy też dokumentu obejmującego owe informacje lub jego części dokonuje wykonawca w sposób wskazany w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wraz z przekazaniem takich informacji oraz wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro więc dany wykonawca nie zastrzegł danych informacji, to zamawiający nie powinien go w tym wyręczać.

Tym samym część wyjaśnień w zakresie pisma „głównego” w ogóle nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i Zamawiający naruszył art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie udostępniając tego dokumentu Odwołującym.

Dodatkowo należy stwierdzić, że dokument ten słusznie nie został przez przystępującego Softax zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż nie zawiera żadnych informacji noszących cechy takiej tajemnicy w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a jedynie informacje i deklaracje bardzo ogólne, odnoszące się do specyfikacji warunków zamówienia, często powszechnie znane (np. kwestia minimalnego wynagrodzenia za pracę czy przepisów z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego) albo nie mające bezpośredniego związku z niniejszym zamówieniem (np. inne postępowania Zamawiającego) i tajemnicą dla Izby w tym zakresie pozostaje jedynie to, w którym miejscu owego pisma Zamawiający dostrzegł zarówno tajemnicę, jak i te same informacje, co w załącznikach nr 1 i 2, czym tłumaczył swoją odmowę przekazania ww. pisma Odwołującym. Jedyne informacje, które można uznać za rzeczowe, znajdują się w punkcie 3. „Wybrane rozwiązania techniczne oraz oszczędność metody wykonania zamówienia”, gdzie Przystępujący wskazuje na własne rozwiązania i licencje, lecz również są to informacje bardzo ogólne i główną ich wartością dla konkurentów może być możliwość porównania, czy odpowiadają one informacjom podanym w opisie proponowanego rozwiązania zawartym w ofercie.

Poza tym Izba wskazywała już wielokrotnie w swoich orzeczeniach, że przy zastrzeganiu informacji oraz analogicznie dokumentów je zawierających i ich części należy stosować zasadę minimalizacji, tj. nie zastrzegać całego dokumentu, lecz jedynie jego część będącą stricte ową informacją, którą wykonawca chce chronić, tj. pojedynczych liczb lub wyrazów albo innych pojedynczych danych, w następnej kolejności poszczególnych wersów czy zdań

lub ich części, poszczególnych akapitów lub ich części, poszczególnych stron lub ich części itd. Powyższe stwierdzenie odnosi się zarówno do pisma „głównego”, jak i załączników nr 1 i nr 2.

W załączniku A - uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach nr 1 i 2 w ocenie Izby przystępujący Softax również wskazał same ogólniki, w tym głównie przywołał treść przepisów, orzeczeń i komentarzy do przepisów. Jako „uzasadnienie zastrzeżenia treści Załącznika 1” przystępujący Softax wskazał też, że: „Informacje te, zgodnie z polityką Wykonawcy, nie były i nie są ujawniane do wiadomości publicznej. Dane zawarte w Załączniku (w tym stawki wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach) stanowią dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, zapewniającą nam przewagę konkurencyjną - obrazują stosowane przez nas rozwiązania dotyczące kalkulacji cen w składanych ofertach. Powzięcie przez konkurencyjne podmioty informacji na temat sposobu kalkulacji ceny w ofercie Wykonawcy mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na pozycję Wykonawcy na rynku. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej...” Jako „uzasadnienie zastrzeżenia treści Załącznika 2” wskazał natomiast, że „Wykaz projektów realizowanych przez Wykonawcę poza działaniem Prawa zamówień publicznych obejmuje szereg informacji stanowiących dla nas oraz dla podmiotu trzeciego istotną wartość gospodarczą (niejednokrotnie zapewniającą nam przewagę konkurencyjną), nieujawnioną do wiadomości publicznej i w stosunku do której podejmowaliśmy i podejmujemy wszelkie niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. W przedsiębiorstwie Wykonawcy obowiązuje polityka ochrony informacji, zgodnie z którą informacje objęte klauzulą poufności / tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą dotrzeć w sposób legalny do nieuprawnionych osób trzecich. Pracownicy Wykonawcy zobowiązani są do dyskrecji w sprawie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, w wykazie projektów zawarte jest doświadczenie Wykonawcy w oparciu o usługi zrealizowane zgodnie z wewnętrznymi procedurami przetargowymi klientów. Treść zawartych umów z klientami stanowi tajemnicę handlową - w związku z tym faktem nie możemy ich ujawniać. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (.) Wykonawca traktuje wykaz projektów załączony do niniejszych wyjaśnień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług jako jeden dokument - jedną informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i taką informację chroni zgodnie z obowiązującymi go przepisami i procedurami. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego.”. Powyższe częściowo zostało powtórzone w punkcie „Podsumowanie”.

Zatem, w ocenie Izby, już samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach nr 1 i 2 nie spełnia wymogów określonych w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak w tym zakresie jakichkolwiek konkretnych odniesień do przesłanek ustawowych tajemnicy przedsiębiorstwa wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie charakteru tych informacji. Przystępujący odniósł się jedynie do działań w celu utrzymania poufności informacji, które to działania zasadniczo mogą dotyczyć każdej informacji, nie tylko tajemnicy przedsiębiorstwa. Przed wszystkim zaś owo uzasadnienie nie pokrywa się z informacjami ujętymi w samym zastrzeżonym piśmie/załączniku - brak tu informacji, które „obrazują stosowane rozwiązania dotyczące kalkulacji cen w składanych ofertach” (nawet ofercie dla Zamawiającego), „obejmuje szereg informacji” - brak owego szeregu informacji, „treść zawartych umów z klientami stanowi tajemnicę handlową” - brak takich umów itd.

Poza tym, jeśli chodzi o same informacje zawarte w załącznikach nr 1 i 2, należy zauważyć, że załączniki nr 1 i 2 również zawierają informacje bardzo ogólne, bez wskazania informacji konkretnych i jakichkolwiek danych lub wyliczeń, z których można by coś wnosić. Dodatkowo treść tych załączników nie odpowiada opisowi tego, co w nich jest, zawartemu w uzasadnieniu zastrzeżenia. Jako główny (jedyne) powód zastrzeżenia załącznika nr 1 przystępujący Softax wskazał: „stawki wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach stanowią dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, zapewniającą nam przewagę konkurencyjną - obrazują stosowane przez nas rozwiązania dotyczące kalkulacji cen w składanych ofertach”, podczas gdy w załączniku zastosował jednakowe wynagrodzenie na wszystkich stanowiskach, które nie wiadomo z czego wynika i nie odpowiada stawkom podanym w ofercie. Podobnie nie wiadomo, z czego wynikają dane ilości roboczogodzin, a przy tym trudno te roboczogodziny dopasować do jakiejś konkretnie wykonywanej pracy i w związku z powyższym Przystępujący mógł tu podać dowolne wartości liczbowe, gdyż nie da się zweryfikować poprawności tych danych. Samo rozbieżne na poszczególne miesiące niczego tu nie zmienia.

Podobnie ogólne są wskazania w tabelach „Składniki Ceny Ofertowej Podstawowej” i „Składniki Ceny Ofertowej Opcjonalnej” - są to ceny globalne, które nie wiadomo z czego wynikają. Niezrozumiałe jest też zamieszczenie w załączniku nr 1 tabeli „Stawki wynagrodzenia w ramach Kryterium „R” - dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za Roboczogodzinę dla stanowisk/ról, zgodnie z poniższą Tabelą”,

które zawierają analogiczny poziom ogólności jak w ofercie i nic szczególnego nie wnoszą w stosunku do oferty.

Podobnie jeśli chodzi o załącznik nr 2 - przystępujący Softax zawarł w nim tabelę „Wykaz projektów podobnych” zawierającą dwie pozycje, w których podano bardzo ogólne informacje o tych projektach. Jak wynika już choćby z argumentacji przedstawianej podczas rozprawy, projekty te i ich odbiorcy nie stanowią dla konkurentów żadnej tajemnicy. Dodatkowo podaną w tabeli wartość i nazwę kontraktu zamówienia trudno połączyć z jakimś konkretnym zakresem zrealizowanych prac, czyli trudno tu mówić o jakiejś pożytecznej dla konkurentów wiedzy, którą można uzyskać o tych kontraktach i sposobie wyceny dokonywanym przez Przystępującego; poza tym, biorąc pod uwagę daty realizacji tych projektów, wobec dynamicznych zmian cen na rynku, dane te w obecnych czasach można uznać za jedynie historyczne i bez jakiegokolwiek praktycznego kontekstu.

Poza tym, zdaniem Izby, powyższe informacje nie wnoszą żadnej pożytecznej wiedzy dla samego Zamawiającego, jeśli chodzi o wycenę oferty w niniejszym postępowaniu (brak tu jakiegolwiek możliwości porównania tych projektów z projektem zamawianym), zatem nieuzasadnione jest w ogóle epatowanie tymi informacjami i przekazywanie Zamawiającemu takich informacji, jeżeli wykonawca uważa je za tak cenne, że aż stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. A contrario - skoro wykonawca takie informacje przekazał, choć nie wnoszą one żadnych znaczących wartości do wyjaśnień, faktycznie nie są one żadną tajemnicą. Oczywiście, Zamawiający wskazywał w wezwaniu na możliwość powołania się na podobne realizacje, ale wciąż nie zmienia to faktu, że wykonawca nie podał żadnych informacji przydatnych pod kątem porównania tych realizacji z zamawianą w niniejszym postępowaniu.

Tym samym, zdaniem Izby, zapoznanie się przez innych wykonawców z informacjami zawartymi w załącznikach nr 1 i 2 ani nie pogorszy sytuacji rynkowej przystępującego Softax, ani nie polepszy sytuacji jego konkurentów, w tym Odwołujących - poza kwestią odrzucenia oferty przystępującego Softax w niniejszym postępowaniu, ale jest to skutek prawny wynikający z innych okoliczności, związanych z zarzutem nr 2 odwołania o sygn. KIO 291/22.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania o sygn. KIO 291/22 - który zostanie omówiony w dalszej kolejności jako powiązany z powyższymi zarzutami nr 1 i 8 oraz mający wpływ na rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów - Izba stwierdziła, że zarzut częściowo potwierdził się. W zarzucie tym odwołujący Ailleron wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nieodrzućcenie oferty Softax w sytuacji, gdy cena ofertowa Softax znacząco odbiega od cen oferowanych za te same usługi przez konkurencję, jak również stanowi cenę oferowaną poniżej granicy kosztu wytworzenia usługi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w takim stanie rzeczy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą być i nie są wystarczające, gdyż nie jest możliwe prawidłowe, zgodne ze specyfikacją warunków zamówienia i przepisami prawa, wykonanie przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, bez narażenia Softax na stratę.

Należy tu odróżnić i rozdzielić trzy kwestie: treść wyjaśnień poziomu ceny, do których odnosi się art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych, faktyczne zaistnienie rażąco niskiej ceny oraz zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji, który jest konsekwencją zaistnienia owej rażąco niskiej ceny.

Przy czym art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, będący odpowiednikiem art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r., stanowi odrębną od art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i samodzielną podstawę odrzucenia oferty. Stanowi on, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zatem z przepisu tego wynika, że podstawą do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest nie tylko bezpośrednie stwierdzenie, że taka cena rzeczywiście wystąpiła, lecz także brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Przepis ten jest więc w swojej regulacji bardziej kategoriyczny, jeśli chodzi o obowiązek udowodnienia przez wykonawcę braku zaistnienia ceny rażąco niskiej i konsekwencje owego braku uzasadnienia danego poziomu ceny niż art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., który odnosił się do dokonanej przez zamawiającego oceny („Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”).

Zamawiający wezwał przystępującego Softax do wyjaśnienia poziomu ceny złożonej przez niego oferty pismem z 23 listopada 2021 r. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że wzywa Softax do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, przywołał treść art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wskazał, że „w celu wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska i daje gwarancję wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ” zwraca się „o złożenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym również złożenie stosownych dowodów oraz przedstawienie szczegółowych wyliczeń i kalkulacji cenowych wyjaśniających sposób obliczenia zaproponowanej ceny w celu wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska i daje gwarancję wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 3) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw/usług, 4) oszczędności metody wykonania zamówienia; 5) inne okoliczności mające wpływ na cenę wykonania niniejszego zamówienia; 6) przyjętą organizację prac i zarządzanie procesem świadczonych usług; 7) zakładany zysk i skalkulowane ryzyko związane z realizacją zamówienia, 8) wykonywanego lub wykonanego dla innego zamawiającego projektu o podobnym zakresie za porównywalną cenę. Biorąc pod uwagę zaoferowaną przez Wykonawcę cenę oferty, konieczna jest analiza i ustalenie, czy cena ta jest wiarygodna na tyle, przy zachowaniu reguł rynkowych, że pozwala na prawidłowe wykonanie umowy i realizacja zamówienia będzie dla Wykonawcy opłacalna, tzn. uwzględni zysk.” Fraza „złożenie stosownych dowodów oraz przedstawienie szczegółowych wyliczeń i kalkulacji cenowych” została wyboldowana.

Jak wynika z treści wyjaśnień przystępującego Softax z 29 listopada 2021 r., które zostały streszczone powyżej, wyjaśnienia te swoim zakresem merytorycznym nie odpowiadają wezwaniu i trudno w nich znaleźć jakiegokolwiek rzeczowe i przekonujące uzasadnienie podane w ofercie ceny. Zamawiający wezwał przystępującego Softax do przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień i przedstawienia szczegółowych wyliczeń i kalkulacji cenowych oraz złożenia stosownych dowodów oraz dodatkowo wskazał, że konieczna jest analiza i ustalenie, czy cena jest wiarygodna - natomiast otrzymał wyjaśnienia, na podstawie których w żadnej mierze nie można powziąć przekonania, że cena jest wiarygodna. Jak też jakiegokolwiek przekonania o poprawności tej ceny lub jej niepoprawności, ponieważ wyjaśnienia nie wyjaśniają, z czego ona wynika. Jak wskazano powyżej, Przystępujący podawał jakieś dane co do liczby roboczogodzin czy stawek za roboczogodzinę, które nie wiadomo, z czego wynikają i nie wiadomo, czy są poprawne ilościowo i kwotowo. Poza tym dane co do stawek podane w tabeli 1. załącznika nr 1 są odmienne od stawek podanych w ofercie. Podobnie jeśli chodzi o tabele „Składniki Ceny Ofertowej Podstawowej” i „Składniki Ceny Ofertowej Opcjonalnej”, gdzie podano wartości kwotowe, które nie wiadomo z czego wynikają. Również tabela dotycząca stawek wynagrodzenia w ramach Kryterium „R” - dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za Roboczogodzinę dla stanowisk/ról niczego konkretnego do wyjaśnień nie wnosi. Podobnie jeśli chodzi o „Wykaz projektów podobnych” - co prawda teoretycznie odpowiada on punktowi 8. wezwania, ale wykaz ten jest tak ogólny, że trudno stwierdzić, czy projekty te rzeczywiście były porównywalne zakresem i ceną - zwłaszcza wobec szybko rosnącej w ostatnich latach inflacji. Przystępujący wskazał też na zastosowanie własnych rozwiązań i licencji, lecz brak jest tu odniesienia do wpływu takiego rozwiązania na cenę, w tym listy i wartości komponentów dla niego płatnych i bezpłatnych.

Należy również zauważyć, że, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, również sam Zamawiający swojego przekonania o poprawności ceny oferty nie oparł na wyjaśnieniach przystępującego Softax, lecz na swoim wewnętrznym przekonaniu o wartości zamówienia. Zamawiający, jak wskazał, nie czuł potrzeby wzywania tego wykonawcy do wyjaśnień i zrobił to jedynie z powodów formalnych przekroczenia 30% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert i to, niestety, widać, ponieważ nie przeprowadził oceny tych wyjaśnień w sposób analityczny.

W ocenie liczby wyjaśnienia przystępującego Softax są na tyle ogólne i ubogie merytorycznie, że nie jest wskazane wezwanie wykonawcy do ich uzupełnienia, gdyż nie byłoby to jedynie ich uszczegółowienie, ale wykonawca de facto musiałby podać tam zupełnie nowe informacje i dane, na podstawie których można by dokonać oceny poziomu zaoferowanej ceny, zatem byłoby to nowe wezwanie i nowe wyjaśnienia.

Tym samym Izba uznała, że zachodzi tu okoliczność wskazana w art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. złożone wyjaśnienia wraz z dowodami (których tu nie ma poza samymi oświadczeniami Przystępującego zawartymi w wyjaśnieniach) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Przy czym ze względu na powyższe Izba nie jest w stanie ocenić, czy cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia; czy też nie, w kontekście regulacji art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. A nie może dokonać tej oceny, ponieważ nie wynika to z wyjaśnień przystępującego Softax, z których powinno wynikać. W konsekwencji również nie może ocenić, czy zaistniał czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a który został w odwołaniu powiązany z wystąpieniem rażąco niskiej ceny jako jej skutek.

Jednak, jak wskazano powyżej, niezależnie od tej okoliczności, już sam art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi równorzędną podstawę odrzucenia oferty, która to podstawa w tym stanie faktycznym zaistniała.

Podobnie jak w przypadku zarzutu nr 1 odwołania o sygn. KIO 291/22 i zarzutu nr 8 odwołania o sygn. KIO 290/22, przy rozpoznaniu tego zarzutu Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że Odwołujący odnosił się do faktów, które nie były mu znane ze względu na objęcie przez Przystępującego wyjaśnień poziomu ceny tajemnicą przedsiębiorstwa i utrzymanie, a wręcz rozszerzenie, tego stanu przez Zamawiającego. W konsekwencji Odwołujący w swoim stanowisku nie był w stanie odnieść się do przedstawionych wyjaśnień, a sformułowany zarzut mógł być jedynie ogólny i formułowany „w ciemno”. Z tego powodu, zdaniem Izby, nie można na niekorzyść Odwołującego rozstrzygać naturalnego w tych okolicznościach braku w zarzucie odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych związanych z tą treścią, które musiałyby się w nim znaleźć, gdyby treść złożonych wyjaśnień była mu znana. Izba stwierdziła zatem, że choć odwołanie w tym zakresie nie zostało napisane w sposób doskonały, to nie można nie przyznać Odwołującemu racji co do meritum.

W związku z powyższym Izba stwierdziła także, że brak jest potrzeby i podstaw do przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z opinii biegłego, gdyż nie ma to wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby częściowo potwierdził się także zarzut nr 3 odwołania o sygn. KIO 291/22. W zarzucie tym odwołujący Ailleron wskazał na naruszenie przepisów polegające na przyjęciu przez Zamawiającego bez zastrzeżeń dokumentów i wyjaśnień przedłożonych przez Softax na dowód spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości, podczas gdy z dokumentów oraz wyjaśnień Softax nie wynika w sposób jednoznaczny, że Softax spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz stosowanie przez Zamawiającego nieuzasadnionych odstępstw od procedury wynikającej z ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacji warunków zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem V specyfikacji warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 pkt 4 lit. a Zamawiający uzna, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykażą się: posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj. wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, następujących zamówień:

Warunek 1. - co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej*, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjnego systemu bankowości elektronicznej.

Warunek 2. - co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej*, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjnego systemu host2host.

*Wszędzie, gdzie mowa jest o instytucji finansowej lub instytucji sektora finansowego, Zamawiający rozumie przez to: (i) banki (w tym banki krajowe oraz banki zagraniczne) oraz instytucje kredytowe, jak również instytucje finansowe oraz międzynarodowe instytucje finansowe - w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jednolity

z dnia 2 listopada 2012 r., Dz.U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.) (ii) spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe - w rozumieniu ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. roku o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (tekst jednolity z dnia 18 listopada

2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1450) oraz podmioty, które prowadzą działalność analogiczną w oparciu o przepisy prawa innego niż prawo polskie.

Wartość projektu informatycznego/usług/zamówień (tj. z wyłączeniem innych wartości, w tym z wyłączeniem pozyskania i migracji danych, infrastruktury sprzętowej, licencji oprogramowania firm trzecich, które nie stanowi oprogramowania standardowego systemu bankowości elektronicznej i systemu host 2 host oraz serwisów gwarancyjnych

i pogwarancyjnych):

- 1) wymienionych w pkt 1 - min. 3 000 000 PLN brutto,
- 2) wymienionych w pkt 2 - min. 1 000 000 PLN brutto;

W zakresie Warunku nr 1 i Warunku nr 2 Zamawiający dopuszcza, aby jedna z dwóch usług/projektów informatycznych/zamówień była w trakcie realizacji, co najmniej z zakończonym etapem Analizy (zgodnie z definicją pojęcia Analizy zawartej w PPU).
Warunek 3. - Świadczenie minimum jednej usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej lub systemu host 2 host obejmującej:

- 1) usługi serwisowe w wymiarze minimum 3 lat;
- 2) wsparcie rozwoju oprogramowania przez okres minimum 3 lat.

W zakresie Warunku nr 3 Zamawiający dopuszcza wskazanie co najmniej jednej usługi obejmującej wymogi z pkt. 1) i 2).

Zamawiający dopuszcza możliwość spełnienia wymagań warunków 1-3 przez ten sam projekt/w ramach jednej usługi/ zamówienia. Warunki 1, 2 i 3 muszą zostać spełnione łącznie.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, miał dostarczyć wykaz zamówień wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wzór wykazu „Doświadczenie” - załącznik nr 8 do SWZ.

Przystępujący Softax przedstawił dokument „Wykaz - doświadczenie”, w którym wskazał następujące realizacje:

1. Spełnia Warunek 1 - Wdrożenie Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów T-Mobile Usługi Bankowe Polska i Rumunia, obejmuje dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu bankowości elektronicznej;
2. Spełnia Warunek 1 - Wdrożenie Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów Alior Bank S.A., obejmuje dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu bankowości elektronicznej;
3. Spełnia Warunek 3 - Serwis i Rozwój Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów Alior Bank S.A. oraz klientów TMUB, obejmuje usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej obejmującej: 1) usługi serwisowe w wymiarze minimum 3 lat; 2) wsparcie rozwoju oprogramowania przez okres minimum 3 lat.

4. Spełnia Warunek 3 - Serwis i Rozwój Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów Korporacyjnych, obejmuje usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej obejmującej: 1) usługi serwisowe w wymiarze minimum 3 lat; 2) wsparcie rozwoju

oprogramowania przez okres minimum 3 lat.

5. Spełnia Warunek 1 i 3, Dostawa, Serwis i Rozwój platformy dla aplikacji mobilnej oraz płatności i aplikacji mobilnej PeoPay dla klientów Banku Pekao S.A., obejmuje usługi dla wdrożonego systemu bankowości elektronicznej obejmującej: 1) usługi serwisowe

w wymiarze minimum 3 lat; 2) wsparcie rozwoju oprogramowania przez okres minimum 3 lat.

Przedstawił także kwestionowane w odwołaniu „Oświadczenie Wykonawcy Dotyczące wykaz wykonanych/wykonywanych zamówień przedstawiony zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ” z 13 grudnia 2021 r., w którym wskazano: „działając w imieniu Wykonawcy Softax R. S. S.J. (...) oświadczam, że podane w Wykazie zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przyczyną niemożliwości uzyskania innych niż załączone z Centrum Kart S.A. odpowiednich potwierdzeń sporządzonych przez podmioty z wykazu, na rzecz których zamówienia zostały wykonane są zmiany organizacyjne w tych podmiotach. Załączamy potwierdzenia z Centrum Kart S.A. Dodatkowo załączamy potwierdzenia/referencje od innych nie wymienionych w wykazie klientów firmy Softax R. S. S.J. z sektora finansowego.”

17 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do wyjaśnienia treści dokumentu „WYKAZ - DOŚWIADCZENIE” poprzez wskazanie, które z zamówień opisanych w przedmiotowym wykazie odnosi się do Warunku nr 2 (warunek dotyczący doświadczenia) tj. „co najmniej jednej usługi/projektu informatycznego/zamówienia, zrealizowanej dla instytucji finansowej*, obejmującej dostarczenie, zainstalowanie, rozbudowę, uruchomienie, parametryzację, integrację oprogramowania, w tym analizę, wytworzenie, testy oraz uruchomienie produkcyjne systemu host 2 host.”, ze szczególnym uwzględnieniem systemu host2host.

W odpowiedzi z 18 stycznia 2022 r. Przystępujący wskazał, że podany w wykazie projekt wykonywany dla PKO BP spełnia także Warunek nr 2, co nie zostało ujęte w przesłanym zestawieniu, w związku z tym nazwa podanego projektu powinna brzmieć „Wdrożenie rozwiązania B2B oraz Serwis i Rozwój Platformy Bankowości Elektronicznej dla klientów Korporacyjnych”. System B2B jest oprogramowaniem klasy H2H i elementem rozwiązania dla klientów korporacyjnych, umożliwia połączenie zewnętrznych systemów FK/ERP klientów z systemami Banku za pomocą usług WS i zarządzanie zleceniami z poziomu bankowości korporacyjnej. System wdrożono w 2015 roku i jest elementem wspieranego i rozwijanego przez Dostawcę kompleksowego rozwiązania. Wartość prac i produktów dostarczonych przez Softax związanych z wdrożeniem B2B wynosiła ponad 1.000.000 mln brutto.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego Ailleron co do niewykazania przez przystępującego Softax spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał słuszności powyższych zarzutów, w tym nie udowodnił, że przedmiotowe realizacje nie miały miejsca, miały inny zakres niż wskazany przez Przystępującego lub nastąpiły w innym czasie niż wskazany w wykazie, do czego był zobowiązany zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącym, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący w tym zakresie dysponował dokumentami przedstawionymi przez przystępującego Softax, zatem, w przeciwieństwie do zarzutu nr 1 i 2, miał dane pozwalające mu na poczynienie kroków w celu weryfikacji postawionych zarzutów.

Natomiast w zakresie zakwestionowanego oświadczenia przystępującego Softax Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Jak wynika z rozdziału VII ust. 2 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia wykonawcy, w tym przystępujący Softax, mieli przedstawić wykaz doświadczenia wraz z załączeniem dowodów określających, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, mogły być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Powyższe postanowienie jest powieleniem przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra

Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U poz. 2415), który brzmi: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy”.

Jak wynika z przywołanej regulacji, wykonawca musi przedstawić dowody określające, czy wykazywane zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ustawodawca określił tu kolejność przedstawiania dokumentów według ich wartości dowodowej, czyli przede wszystkim dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane, np. referencje. (Z dokumentów tej kategorii, które nie zostały wprost wymienione w przepisie, wykonawcy często przedstawiają także protokoły odbioru przedmiotu zamówienia z podpisami przedstawicieli zlecniodawcy i wykonawcy.) Dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może to być oświadczenie wykonawcy które ma znacznie mniejszą wartość dowodową. Należy tu też podkreślić, że ocena wykonania zamówienia przez wykonawcę je realizującego oraz jego odbiorcę może być diametralnie różna.

W ocenie Izby przystępujący Softax ani na etapie postępowania przetargowego, ani na etapie postępowania odwoławczego nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów ani dowodów świadczących, że w stosunku do zrealizowanych/realizowanych przez niego zamówień zachodzą okoliczności, które można by uznać za spełniające przesłankę uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, dla której wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów pochodzących od podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane.

Przede wszystkim podmioty takie jak Alior Bank czy Bank PKO istnieją nadal i trudno powiedzieć, jakie to zmiany organizacyjne w nich zaszły, aby ich pracownicy czy członkowie zarządu nie byli w stanie zorientować się, czy zrealizowane/realizowane dla nich umowy zostały wykonane należycie. Co więcej, przystępujący Softax wcale nie wykazał, że w sposób oficjalny wystąpił do tych podmiotów o potwierdzenie należytego wykonania zamówień - wręcz przeciwnie, z jego wyjaśnień oraz przedstawionego przez niego podczas rozprawy maila wynika, że jeśli podjął w tym zakresie jakieś działania, to należy je uznać co najwyżej za nieudolne i nie przystające do wymogu należytej staranności, zwłaszcza w kontekście działalności prowadzonej profesjonalnie. Przystępujący tłumaczył się też okolicznościami, które trudno uzasadnić w okresie tak długim, jak okres pomiędzy datą publikacji ogłoszenia o wszczęciu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia a datą wymaganego złożenia dokumentów czy też datą samej rozprawy przed Izbą.

W związku z powyższym Zamawiający rzeczywiście powinien był wezwać przystępującego Softax do uzupełnienia ww. dokumentu zamiast kierować się swoim własnym przekonaniem o profesjonalizmie tego wykonawcy. Niezależnie bowiem od innej wiedzy Zamawiającego uzyskanej w innych okolicznościach, czy też jego przekonania o kwalifikacjach tego wykonawcy, postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone według konkretnych reguł, a jedną z nich jest ocena kwalifikacji wykonawcy w oparciu o dokumenty złożone podczas postępowania przetargowego, zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych i specyfikacji warunków zamówienia.

Biorąc jednak pod uwagę fakt, że, zgodnie z rozstrzygnięciem zarzutu nr 2 odwołania o sygn. KIO 291/22, oferta przystępującego Softax podlega odrzuceniu, wezwanie takie nie ma proceduralnego uzasadnienia, dlatego Izba nie nakazała jego dokonania. Również z dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że wykonawcy nie wzywa się do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

Podobna sytuacja jak w zarzucie nr 3 odwołania o sygn. KIO 291/22 zachodzi w odniesieniu do zarzutów nr 5 i 6 odwołania o sygn. KIO 290/22.

W ramach tych zarzutów Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Softax, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia po pierwsze wobec braku złożenia w całości wymaganego opisu architektury logicznej, fizycznej i integracyjnej systemu, a po drugie, w zakresie możliwości współdziałania rozwiązania wykonawcy z jednym z wymienionych w specyfikacji warunków zamówienia serwerów aplikacyjnych (wymaganie WIT.006), ewentualnie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania od Softax wyjaśnień w tym zakresie.

Zgodnie z rozdziałem XIV „Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów” pkt 4. specyfikacji warunków zamówienia wraz z ofertą wykonawca zobowiązany był złożyć: 1) Wykonawca opisze architekturę logiczną, fizyczną i integracyjną Systemu oraz wymagania sprzętowe dla oferowanego rozwiązania. Architektura powinna być przygotowana w oparciu o informacje wskazane OPZ. W ramach opisu architektury wymagane są podstawowe informacje:

- a) Architektura logiczna z opisem głównych komponentów i integracji z systemami banku,
- b) Wymagania niefunkcjonalne (wydajność, skalowalność, zachowanie ciągłości biznesowej, monitoring, audytowalność),
- c) Warstwę prezentacji, warstwę integracji, warstwę dostępu do danych,
- d) Bezpieczeństwo infrastruktury (uwierzytelnianie, autoryzacja, audyt),
- e) Bezpieczeństwo komunikacji (protokoły, walidacja danych),
- f) Specyfikację zasobów sprzętowych, listę oprogramowania dodatkowego, baz danych, konfiguracji sieciowej, spełniającą wymagania wydajnościowe określone w wymaganiach technicznych,
- g) Technologię interfejsów (zewnętrznych i wewnętrznych);

Uwaga: Zamawiający wskazuje, że w przypadku braku złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 1 oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Wykonawca zobowiązany był zatem opisać w ofercie architekturę logiczną, fizyczną i integracyjną Systemu oraz wymagania sprzętowe dla oferowanego rozwiązania, w zakresie podstawowych informacji w kwestiach wymienionych w podpunktach a-g. Należy przyznać tu słuszność Odwołującemu, że w ramach owego wymogu Zamawiający wymagał opisania Systemu jako całości i nie różnicował opisu na komponenty w zależności od tego, kogo obciąża ich dostarczenie czy finansowanie.

Zamawiający wskazał też na rygor odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia w przypadku braku złożenia owego opisu. Otwarta pozostaje jednak kwestia odrzucenia oferty w przypadku, gdy wykonawca co prawda zawarł w ofercie taki opis, lecz zostanie on uznany za nie do końca satysfakcjonujący. W zależności od rozmiaru owych braków oferta taka może podlegać odrzuceniu lub wyjaśnieniu.

Odwołujący w swoim zarzucie nr 5 wskazał na niewielki brak, koncentrując się na bazie NO SQL (Elastic), który może być wyjaśniony w miarę potrzeb.

Opis także miał zawierać „podstawowe informacje”, zatem pozostaje również sprawą otwartą, które informacje należy jeszcze uznać za podstawowe, a więc wymagane, a które już za bardziej szczegółowe i wykraczające poza owe obowiązkowe podstawy wynikające z postanowienia specyfikacji warunków zamówienia. Poza tym należy przyznać rację Zamawiającemu i przystępującemu Softax, że sam fakt wskazania pewnych rozwiązań czy komponentów w innym miejscu niż wynikałoby z układu dokumentu zawierającego opis, nie dyskwalifikuje jeszcze oferty, którą należy analizować jako całość - zwłaszcza w ramach

jednego dokumentu.

W związku z powyższym wskazana w odwołaniu wada w ocenie Izby nie stanowi jeszcze podstawy do odrzucenia oferty przystępującego Softax. W przypadku wątpliwości wykonawca ten mógłby ewentualnie zostać wezwany do wyjaśnienia treści oferty, jednak ze

względu na wskazane wcześniej podstawy do jej odrzucenia nie jest to celowe.

Zarzut nr 6 dotyczy niespełnienia, w ocenie Odwołującego, wymagania WIT.006 „System musi posiadać możliwość działania z jednym z wymienionych serwerów aplikacyjnych: Jboss EAP, Oracle WebLogic, Microsoft IIS”, które to wymaganie nie jest spełnione w zakresie: możliwości działania na serwerze Oracle WebLogic, możliwości uruchomienia na serwerze aplikacyjnym JBoss ani możliwości uruchomienia na serwerze Microsoft IIS, wobec czego oferta Softax jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia, co winno skutkować jej odrzuceniem, a przynajmniej powstaniem u Zamawiającego pewnych wątpliwości co do jej treści i wezwania Softax do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Natomiast Zamawiający wskazał, że w rozdziale 12. opisu przedmiotu zamówienia „Wymagania w zakresie Infrastruktury IT (WIT)” sformułowane wymaganie WIT.006 dotyczy możliwości działania nie na jednym z wymienionych serwerów aplikacyjnych: Jboss EAP, Oracle WebLogic, Microsoft IIS, lecz działania z jednym z tych serwerów (współdziałania), co jest istotną różnicą, a wymagania Zamawiającego spełnia zastosowanie np. szyny ESB.

W ocenie Izby powyższa kwestia nie stanowi jeszcze podstawy do odrzucenia oferty przystępującego Softax, natomiast w miarę potrzeby mogłaby zostać wyjaśniona. Biorąc jednak pod uwagę podstawy do odrzucenia oferty, jest to zbędne.

Odwołujący także przyznał, że nie posiada pełnej wiedzy o założeniach systemu zaoferowanego przez przystępującego Softax, w tym o dodatkowym opisie rozwiązania przedstawionym Zamawiającemu podczas prezentacji, zatem zarzuty nr 5 i 6 należy uznać za sformułowane nieco w sposób gołosłowny. Trzeba też podkreślić, że nie wystarczy, by Odwołujący obiektywnie miał rację, swoje twierdzenia musi on jeszcze udowodnić, zgodnie z obowiązkiem procesowym wynikającym z art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust.

1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia wynika, że w przypadku uwzględnienia odwołania w całości izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia. Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, a Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, a koszty, o których mowa w sposób określony powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym, przy czym, zgodnie z § 7 ust. 6 koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla

się w górę do pełnych złotych.

Izba uwzględniła zatem uiszczone przez Odwołujących wpisy w wysokości 15.000 złotych i w sprawie o sygn. KIO 290/22 zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego CA Consulting kwotę 5.000 zł stanowiącą proporcjonalne koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/3 wpisu proporcjonalnie w stosunku do uwzględnionych (1) i oddalonych zarzutów (2). W sprawie o sygn. KIO 291/22 zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego Ailleron kwotę 18.854 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw, zgodnie z żądaniem odwołującego Ailleron.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....