

WYROK

Warszawa, dnia 27 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2025 r. przez wykonawcę COMARCH POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ASSECO POLAND Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 6 i 7 odwołania.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę COMARCH POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego na wynagrodzenie pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3979/25

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*utrzymanie i rozwój systemu CSOB na okres 39 miesięcy*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 września 2025 r., pod numerem 2025/S 171-585667.

W dniu 18 września 2025 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca COMARCH POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą COMARCH”, wniósł odwołanie od treści dokumentów zamówienia i ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, które jego zdaniem zostały sformułowane niezgodnie z ustawą PZP:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 204 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny (dalej jako „K.C.”) poprzez brak udostępnienia kluczowych informacji bezpośrednio wpływających na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia (w tym świadczenia poszczególnych usług składających się na zamówienie) i treść oferty, co nastąpiło z jednoczesnym naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (tj. zasady równości, konkurencyjności, przejrzystości i proporcjonalności) oraz w sposób uniemożliwiający wykonawcy prawidłową kalkulację ceny, zaś Zamawiającemu udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób zgodny z ustawą PZP i w sposób zapewniający najlepszą jakość zamówienia oraz uzyskanie jego najlepszych efektów (zarzut nr 1),
- 2) art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP poprzez narzucenie limitu minimalnego wynagrodzenia wykonawcy za realizację usług modyfikacji w związku z zastrzeżeniem, że wartość usługi modyfikacji musi stanowić minimum 74% ceny oferty (tak: Rozdział 1, pkt I.1. Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 9 SWZ oraz Załącznik 1 do SWZ – Formularz Ofertowy) – podczas gdy taka konstrukcja:

- a) nie ma żadnego związku z przedmiotem zamówienia,
- b) stanowi nieuprawnione wkroczenie przez Zamawiającego w prerogatywę wykonawcy do swobodnego kształtowania ceny ofertowej, oraz
- c) kreuje po stronie wykonawcy wiążący dla niego wymóg uniemożliwiający mu właściwe skalkulowanie ceny ofertowej oraz
- d) świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu, w sposób skutkujący naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut nr 2),
- 3) art. 134 ust. 1 pkt 4 i 17 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 5 w zw. z art. 353¹ K.C. – poprzez ukształtowanie postanowień SWZ w sposób, który skutkuje kalkulacją ceny oferty w zakresie ulokowania kosztów okresu przejściowego niemożliwą, niejasną i nietransparentną, co jednocześnie:
- a) zaburza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż uprzywilejowuje „aktualnego” wykonawcę usług utrzymania systemu CSOB, którego koszty okresu przejściowego (w tym koszty przygotowania środowisk), co do zasady nie dotyczą, oraz
- b) skutkuje nieporównywalnością ofert, oraz
- c) uniemożliwia realną kalkulację kosztów okresu przejściowego w sposób nienarażający wykonawcy (innego niż aktualny) na ryzyko braku pokrycia tego kosztu w wynagrodzeniu (zarzut nr 3),
- 4) art. 134 ust. 1 pkt 4 i 17 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 5 w zw. z art. 353¹ K.C. – poprzez ukształtowanie postanowień SWZ w sposób, który skutkuje kalkulacją ceny oferty w zakresie ulokowania kosztów usługi przekazania usług niemożliwą, niejasną i nietransparentną, co jednocześnie:
- a) zaburza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz
- b) skutkuje nieporównywalnością ofert, oraz
- c) uniemożliwia realną kalkulację kosztów czynności przekazania usług w sposób nienarażający wykonawcy (innego niż aktualny) na ryzyko braku pokrycia kosztów takich czynności w wynagrodzeniu (zarzut nr 4),
- 5) § 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 (dalej jako „Rozporządzenie”), art. 7 pkt 17 w zw. z art. 124 pkt 1 i 2 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP – poprzez żądanie od wykonawców podania w dokumencie pn. „Oświadczenie – Wykaz usług” (Załącznik nr 6 do SWZ) informacji takich jak *Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)*, które nie są informacjami przewidzianymi i dopuszczonymi do żądania przez przepisy Rozporządzenia, a który to wymóg utrudnia złożenie oferty, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i stawianego wykonawcom warunku udziału w postępowaniu (zarzut nr 5),
- 6) art. 112 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co nastąpiło w sposób ograniczający (zawężający) krąg potencjalnych wykonawców – a to na skutek wprowadzenia krótkiego (3-letniego) okresu referencyjnego celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, podczas gdy w tym konkretnym przetargu organizowanym przez Zamawiającego, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencyjności, Zamawiający powinien wprowadzić dłuższy okres referencyjny zgodnie z § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia (zarzut nr 6),
- 7) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujący jednoczesnym naruszeniem zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania (zarzut nr 7).

Odwolujący wniosk o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji zapisów SWZ w następujący sposób:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 odwołania – uzupełnienie zapisów SWZ o:

a) datę uruchomienia produkcyjnego Systemu CSOB, w podziale na moduły Systemu CSOB oraz poszczególne procesy w ramach tych modułów, jeśli przekazywanie ich do eksploatacji następowało w różnych momentach czasowych, z uwzględnieniem dat przyszłych,

b) datę i warunki wygaśnięcia umowy na „Budowę systemu CSOB wraz z wdrożeniem oraz usługą utrzymania i rozwoju, wraz z dostarczeniem sprzętu i oprogramowania wspierającego” z uwzględnieniem dat wynikających z ewentualnych aneksów, jeśli zostały podpisane,

c) statystykę zgłoszeń za okres od momentu rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania przez wykonawcę umowy na „Budowę systemu CSOB wraz z wdrożeniem oraz usługą utrzymania i rozwoju, wraz z dostarczeniem sprzętu i oprogramowania wspierającego” do teraz, w podziale na miesiące oraz na poszczególne Usługi z Grupy Usług G2 wraz ze wskazaniem kategorii zgłoszenia oraz obszaru (modułu), którego dotyczy zgłoszenie,

d) statystykę błędów za okres od momentu rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania przez wykonawcę umowy na „Budowę systemu CSOB wraz z wdrożeniem oraz usługą utrzymania i rozwoju, wraz z dostarczeniem sprzętu i oprogramowania wspierającego” do teraz, w podziale na miesiące oraz w podziale na kategorie błędów oraz poszczególne moduły Systemu CSOB objęte przedmiotem tej Umowy,

e) zestawienie zrealizowanych Zleceń w ramach Usługi Modyfikacji, za okres od momentu rozpoczęcia świadczenia tej usługi przez wykonawcę umowy na „Budowę systemu CSOB wraz z wdrożeniem oraz usługą utrzymania i rozwoju, wraz z dostarczeniem sprzętu i oprogramowania wspierającego” do teraz, z wyszczególnieniem dla każdej Modyfikacji z tego okresu informacji o dacie zlecenia, dacie zrealizowania, nazwie modułu, którego dotyczyła Modyfikacja, wartości PLN brutto oraz wielkości Modyfikacji wyrażonej w PF i/lub MD wraz z modelem IPFUG będącym podstawą wyliczeń Rozmiaru Funkcjonalnego danej Modyfikacji w postaci pliku .eap,

f) zestawienie aktualnie realizowanych Zleceń w ramach Usługi Modyfikacji przez wykonawcę umowy na „Budowę systemu CSOB wraz z wdrożeniem oraz usługą utrzymania i rozwoju, wraz z dostarczeniem sprzętu i oprogramowania wspierającego”, z wyszczególnieniem dla każdej z tych Modyfikacji informacji o: dacie zlecenia, planowanej dacie realizacji, wartości PLN brutto, wielkości Modyfikacji wyrażonej w PF i/lub MD oraz modułu, którego dotyczyła Modyfikacja,

g) harmonogram planowanych do wdrożenia modyfikacji Systemu CSOB przed przejściem Systemu przez wykonawcę przedmiotowej Umowy, zawierający w szczególności: nazwę modułu, którego dotyczyć ma modyfikacja, szacowany rozmiar Modyfikacji wyrażony w PF i/lub MD, planowany termin dostarczenia oraz uruchomienia produkcyjnego,

2) w zakresie zarzutu nr 2 odwołania – usunięcie z SWZ (Rozdział 1, pkt I.1. Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 9 SWZ) zdania: „W związku z powyższym wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 74% ceny oferty” oraz usunięcie z Formularza Ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ) zdania (zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 74% ceny oferty”),

3) w zakresie zarzutu nr 3 odwołania – uzupełnienie SWZ (Załącznika nr 1 do SWZ: Formularza Ofertowego) o odrębną pozycję związaną z wyceną (podaniem ceny) dla prac przewidzianych dla okresu przejściowego oraz w związku z wprowadzeniem takiej zmiany, odpowiednie dostosowanie układu tekstu i pozostałych pozycji formularza ofertowego (w zakresie uzasadnionym wprowadzoną zmianą), ewentualnie modyfikację Załącznika 1 do SWZ poprzez wyodrębnienie ceny dla usług utrzymania w okresie gwarantowanych pierwszych 9 miesięcy świadczenia usług utrzymania i ceny dla usług utrzymania w okresie pozostałych 25 miesięcy świadczenia usług utrzymania oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych pozycji Formularza Ofertowego,

4) w zakresie zarzutu nr 4 odwołania – uzupełnienie SWZ (Formularza Ofertowego) o odrębną pozycję związaną z wyceną (podaniem ceny) dla czynności związanych z przekazaniem usług oraz w związku z wprowadzeniem takiej zmiany, odpowiednie dostosowanie układu tekstu i pozostałych pozycji Formularza Ofertowego (w zakresie uzasadnionym wprowadzoną zmianą), ewentualnie modyfikację Załącznika 1 do SWZ poprzez wyodrębnienie ceny dla usług utrzymania w okresie gwarantowanych pierwszych 9 miesięcy świadczenia usług utrzymania i ceny dla usług utrzymania w okresie pozostałych 25 miesięcy świadczenia usług utrzymania oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych pozycji Formularza Ofertowego,

5) w zakresie zarzutu nr 5 odwołania – usunięcie z Oświadczenia – Wykazu Usług, w zakresie „Informacje uzupełniające”, w całości kolumny „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)”, ewentualnie zmianę w Oświadczeniu – Wykazie Usług informacji uzupełniających żądanych przez Zamawiającego poprzez zastąpienie słów: „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)” słowami o następującej treści: „Dane identyfikujące usługę (nazwa systemu)”,

6) w zakresie zarzutu nr 6 odwołania – wydłużenie okresu referencyjnego z 3 do 5 lat (wprowadzenie referencyjnego okresu 5 lat przed dniem składnia ofert, zamiast obecnych 3 lat),

7) w zakresie zarzutu nr 7 odwołania:

a) wykreślenie pkt 2.2.7 z Załącznika 1A do PPU, ewentualnie zmiany SWZ poprzez doprecyzowanie treści pkt 2.2.7 Załącznika 1A do PPU poprzez określenie:

- listy czynności, za które może być odpowiedzialny wykonawca w zakresie przywracania funkcjonalności Systemu Informatycznego,
- zakresu odpowiedzialności, tj. w odniesieniu do jakich elementów infrastruktury (zarówno sprzętowej jak i programowej) miałby wykonawca realizować swoje zadania,
- linii demarkacyjnej względem usługi G2U2, tj. poprzez jednoznaczne określenie czym różnić się mają czynności związane z przywracaniem funkcjonalności systemu w zakresie usług G2U1 i G2U2,

b) wykreślenie pkt 2.2.8 z Załącznika 1A do PPU, ewentualnie zmianę SWZ poprzez doprecyzowanie treści pkt 2.2.8 Załącznika 1A do PPU poprzez określenie:

- listy czynności wchodzących w zakres „działań proaktywnych”,
- zakresu odpowiedzialności, tj. w odniesieniu do jakich elementów infrastruktury (zarówno sprzętowej jak i programowej) miałby wykonawca realizować swoje zadania,
- częstotliwości wymaganych działań,

c) wykreślenie z treści pkt 2.2.6 z Załącznika 1A do PPU fragmentu „optymalizację kodu aplikacji Systemu Informatycznego”, ewentualnie zmiany SWZ poprzez doprecyzowanie treści pkt 2.2.6 Załącznika 1A do PPU w ten sposób, aby zastąpić fragment „optymalizację kodu aplikacji Systemu Informatycznego” zapisem „zlecenie optymalizacji kodu aplikacji Systemu Informatycznego do realizacji w ramach Usługi Modyfikacji”,

d) wykreślenie pkt 2.3 z Załącznika 1A do PPU, ewentualnie zmiany SWZ poprzez doprecyzowanie treści pkt 2.3 Załącznika 1A do PPU poprzez określenie:

- listy czynności, za które może być odpowiedzialny wykonawca w zakresie zapewniania dostępności środowisk Systemu Informatycznego,
- zakresu odpowiedzialności, tj. w odniesieniu do jakich elementów infrastruktury (zarówno sprzętowej jak i programowej) miałby wykonawca realizować swoje zadania,
- linii demarkacyjnej względem usługi G2U2, tj. jednoznaczne określenie czym różnić się mają czynności związane z przywracaniem funkcjonalności systemu w zakresie usług G2U2 i zapewnianiem dostępności środowisk w zakresie usługi G2U1.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania skierowanych do rozpoznania na rozprawę wykonawca COMARCH podał, co następuje:

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania wykonawca COMARCH wskazał, że Zamawiający w SWZ oraz w Formularzu Ofertowym wprowadził ograniczenie procentowe w zakresie udziału Usługi Modyfikacji (minimum 74%) i pozostałych usług w cenie całkowitej oferty, kwestionowane przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego konstrukcja taka narusza obecnie obowiązujące przepisy ustawy PZP, ponieważ: 1) nie ma żadnego związku z przedmiotem zamówienia, 2) stanowi nieuprawnione wkroczenie przez Zamawiającego w prerogatywę wykonawcy do swobodnego kształtowania ceny ofertowej oraz 3) kreuje po stronie wykonawcy wiążący dla niego wymóg uniemożliwiający mu właściwe skalkulowanie ceny ofertowej, oraz 4) świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu, w sposób skutkujący naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego. Uzasadnieniem takiego działania Zamawiającego nie mogą być w szczególności kwestie niezwiązane z przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności kwestie organizacyjno-finansowe mające związek z budżetem Zamawiającego i źródłami finansowania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem 1, pkt I.1. Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 9 SWZ: *Usługa Utrzymania i Usługa Modyfikacji finansowane będą przez Zamawiającego w ramach odrębnych dotacji pochodzących z budżetu państwa podlegających odrębnym zasadom rozliczania. Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ofercie zgodnie z Formularzem Ofertowym. W związku z powyższym wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 74% ceny oferty. Realizacja Usługi Modyfikacji będzie*

wynikała z bieżących potrzeb Zamawiającego". Jednocześnie w formularzu ofertowym Zamawiający zastrzegł cenę sztywną za Usługę Integracji i Certyfikacji, która zgodnie z konstrukcją narzuconą przez Zamawiającego winna zostać uwzględniona w Usłudze Utrzymania i całkowitej cenie ofertowej. Niezastosowanie się do narzuconej struktury ceny oferty skutkować będzie jej odrzuceniem. Odwołujący podniósł, że tym samym Zamawiający wprowadził dwa sztywne kryteria istotnie wpływające na cenę, a wręcz ją bezpośrednio kształtujące, pozbawiając w tym zakresie potencjalnych oferentów możliwości sporządzenia oferty wyłącznie w oparciu o własny, rynkowy szacunek wykonania zamówienia (z uwzględnieniem marży). Ingerencja Zamawiającego w cenę ofertową jest tak daleko idąca, że de facto będzie tę cenę istotnie determinować (pozbawiając swobody decyzyjnej potencjalnych wykonawców), zaburzając również zasadę konkurencyjności i równości wykonawców. W ocenie Odwołującego kwestionowane postanowienia SWZ są wyrazem nieuprawnionej, nieuzasadnionej przedmiotem zamówienia i zbyt daleko idącej ingerencji Zamawiającego w prerogatywę potencjalnych wykonawców do zaoferowania ceny rynkowej i konkurencyjnej. Premią natomiast i służą „aktualnemu” wykonawcy utrzymującemu system CSOB – firmie ASSECO. Logiczne oraz zgodne z zasadami wiedzy życiowej i doświadczenia jest twierdzenie, że wykonawca, który zbudował i utrzymywał system (a zatem zna go od podszewki, mając jednocześnie wiedzę i doświadczenie w obsłudze jego błędów), może ponieść znacznie niższe koszty jego utrzymania aniżeli wykonawca, który takiego systemu nie budował, nie utrzymywał i nie usuwał jego błędów (a zatem musi założyć większą czasochłonność prac na początkowym etapie obsługi systemu). Konsekwentnie taki dotychczasowy wykonawca mógłby zaoferować niższą cenę Usługi Utrzymania, nie mając trudności ze spełnieniem wymogu Zamawiającego do zaoferowania odpowiednio ceny wyższej za Usługę Modyfikacji (minimum 74%). Narzucona struktura ceny utrudnia zatem swobodną konkurencję, preferuje pod pewnymi względami dotychczasowego wykonawcę i może uniemożliwiać poprawne skonstruowanie oferty pozostałym wykonawcom. Wykonawcy tacy, aby sprostać wymogom Zamawiającego, mogą zostać zmuszeni do sztucznego „podbijania” ceny Usługi Modyfikacji ze względu na narzucony dla niej wymóg udziału minimalnego (74%) w całkowitej cenie ofertowej. Odwołujący zauważył, że analogiczne stanowisko w kwestii nieuprawnionego wkroczenia przez zamawiającego w prerogatywę wykonawcy do swobodnego kształtowania ceny oraz niepożądany wpływ takiego działania na konkurencyjność postępowania dostrzegła już Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 822/18.

Zdaniem Odwołującego wprowadzenie przez Zamawiającego jako wartości minimalnej aż 74% progu dla Usługi Modyfikacji (kosztom pozostałych usług) nie ma uzasadnienia w przypadku kwestionowanego postępowania również z innych powodów:

1) Zgodnie z pkt 14.3 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 10 do SWZ) umowa może zostać wypowiedziana w całości lub w części (w zakresie Grupy Usług lub wybranych Usług) po okresie 9 miesięcy. Jako, że Umowa może się zakończyć stosunkowo bardzo szybko już po rozpoczęciu świadczenia objętych nią usług, co w praktyce będzie oznaczać, że wykonawca otrzyma (np. za Usługę Utrzymania) mniej niż szacował na etapie kalkulacji ceny ofertowej. W uproszczeniu, potencjalne ryzyko szybkiego zakończenia kontraktu stanowi czynnik, który – wspólnie z narzuconym limitem minimalnym wynagrodzenia Usługą Modyfikacji – istotnie zaburza kalkulację cenową.

2) Tak wysoki próg może wręcz wymusić na potencjalnych wykonawcach konieczność odpowiedniego zawyżenia ceny za Usługę Modyfikacji, po to tylko, aby zmieścić się w limicie w przypadku, gdyby rynkowy koszt Usług Utrzymania (który przecież nie może opierać się na cenach zaniżonych, dumpingowych) mógł ten limit zaburzyć. Jednocześnie z faktu, że cena Usługi Modyfikacji ma wynosić nie mniej niż 74% ceny oferty nie wynika, że na Usługi Utrzymania pozostanie wykonawcom 26% całości ceny. Na cenę, którą próbuje w sposób sztuczny kształtować Zamawiający, składają się bowiem również inne świadczenia:

a) Usługa Integracji i Certyfikacji w sztywnej kwocie 1 402 439 zł 03 gr netto narzuconej przez Zamawiającego, podlegająca uwzględnieniu w łącznej cenie Usługi Utrzymania,

b) czynności Okresu Przejściowego, niepodlegające odrębnej wycenie zgodnie z aktualnym formularzem ofertowym, SWZ w ogóle nie wskazuje, jak ująć koszty Okresu Przejściowego, tj. czy wykonawca powinien ten koszt w całości uwzględnić w Usłudze Utrzymania, czy też odpowiednio (stosunkowo lub jeszcze w inny sposób) rozdzielić pomiędzy wszystkie usługi możliwe do realizacji w ramach umowy, także te których zlecenie realizacji nie jest pewne,

c) czynności związane z Przekazaniem Usług (pkt 15 PPU) – wobec treści SWZ nie jest nawet jasne czy koszt czynności Przekazania Usług należy uwzględnić w całości w Usłudze Utrzymania czy też odpowiednio rozłożyć na wszystkie usługi możliwe (hipotetycznie, potencjalnie) do realizacji w ramach umowy zawartej z Zamawiającym.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że irrelevantnym z perspektywy wykonawcy powinno być źródło finansowania zamówienia. W chwili uruchomienia zamówienia (podstawowego) Zamawiający powinien mieć zabezpieczoną w budżecie całą kwotę na jego realizację. Jednocześnie ustawa PZP wprowadza mechanizm ochronny dla zamawiających, którzy dysponują mniejszymi środkami na sfinansowanie zamówienia, niewystarczającymi dla pokrycia

całego wynagrodzenia ofertowego zwycięskiego wykonawcy – środkiem takim jest możliwość unieważnienia postępowania. Przepisy ustawy PZP nie przewidują innych konstrukcji ochronnych dla zamawiających związanych ze źródłami finansowania ich działalności. Tymczasem, wprowadzenie limitu minimalnego ceny usługi w całkowitej cenie ofertowej (Usługa Modyfikacji nie mniej niż 74% ceny) z powołaniem się na kwestie budżetowe, jest przejawem sztucznego wywierania przez Zamawiającego presji na strukturę ceny, której to ukształtowanie powinno zależeć od wykonawców. To wykonawcy szacują, ile będą kosztowały poszczególne części zamówienia w zależności od swojego doświadczenia i wiedzy oraz w oparciu o wynikający z SWZ zakres usługi. Jednocześnie działanie Zamawiającego, jakim jest narzucenie limitu cenowego z powołaniem się na różne źródła finansowania, tworzy niebezpieczny precedens – narzucania, a wręcz kształtowania ceny niejako za samych wykonawców przez tego lub innego zamawiającego w kolejnych postępowaniach. Nietrudno przecież wyobrazić sobie, że ten lub inny zamawiający w dokumentach SWZ narzuci sztywne limity procentowe udziału w cenie całkowitej dla wszystkich (lub znacznej części) świadczeń w innym postępowaniu. Paradoksalnie, w takim wypadku wykonawca miałby swobodę wyłącznie w podaniu ceny całkowitej, która byłaby jednak oderwana od rzeczywistego kosztu realizacji poszczególnych świadczeń, a to wobec konieczności dostosowania się do sztywnie narzuconych przez zamawiającego limitów cenowych. Równocześnie takie nieuprawnione działanie silnie zaburza zasadę konkurencyjności postępowania. Skoro cena ofertowa jest jednym z kryteriów oceny ofert (obok innych kryteriów jakościowych) zgodnie z art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, to Zamawiający narzucając sztucznie wykreowany (niemający żadnego związku z przedmiotem zamówienia) limit wynagrodzenia dla oznaczonej usługi, wpływa bezpośrednio na sposób kształtowania ceny przez wykonawców ograniczając ich swobodę konkurencyjną. W tym konkretnym postępowaniu naruszenie konkurencyjności poprzez arbitralnie wprowadzony przez Zamawiającego próg wynagrodzenia staje się tym bardziej widoczne, kiedy weźmie się pod uwagę, że System CSOB był budowany i utrzymywany przez jednego wykonawcę na rynku (firmę ASSECO).

Zdaniem Odwołującego w istocie nie wiadomo czemu służyć ma próg cenowy dla Usługi Modyfikacji wprowadzony przez Zamawiającego. W przypadku zaoferowania nierealnych i nierynkowych cen za usługi Zamawiający ma przecież inne narzędzia formalnoprawne pozwalające mu wykluczyć daną ofertę z postępowania, w tym związane z czynami nieuczciwej konkurencji oraz rażąco niską ceną. Z kolei w przypadku przekroczenia dostępnych Zamawiającemu środków na sfinansowanie zamówienia może on unieważnić przetarg. Nawet sam Zamawiający w tym konkretnym postępowaniu nie potrafił uzasadnić takiego limitu przedmiotem zamówienia, a wyłącznie źródłem finansowania – a zatem odwołując się do kwestii nie dotyczących bezpośrednio ani tego przedmiotu, ani wykonawcy. Odwołujący zauważył również, że Zamawiający wprowadzając taki wymóg kreuje wewnętrzną sprzeczność na poziomie samego SWZ. Z jednej strony Zamawiający narzuca limit cenowy (a więc kształtuje cenę w oderwaniu od rzeczywistego kosztu realizacji usługi i warunków rynkowych), a z drugiej wymaga, aby kwoty podane przez wykonawców w formularzu ofertowym przedstawiały realne wartości (tak: pkt I.1.9 SWZ: *Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ofercie zgodnie z Formularzem Ofertowym*).

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania wykonawca COMARCH podniósł, że *w zakres Umowy wchodzi również świadczone przez Wykonawcę (...) Czynności Okresu Przejściowego, szczegółowo opisane w punkcie 6 PPU oraz Załączniku nr 6 do PPU (Rozdział I, pkt I.2. Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 4.2. SWZ)* i stwierdził, że na podstawie SWZ świadczenia wykonawcy realizowane w Okresie Przejściowym mają de facto charakter „bezpłatny”, ponieważ nie przewidziano za nie żadnego odrębnego wynagrodzenia. Formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do SWZ) nie zawiera odrębnej pozycji cenowej zarezerwowanej dla świadczeń realizowanych w Okresie Przejściowym. Wykonawca, zgodnie z Formularzem Ofertowym, jest obowiązany podać łączną cenę ofertową, będącą podstawą do uzupełnienia informacji o wynagrodzeniu umownym – a to na bazie wyceny Usług Utrzymania i Usługi Rozwoju (Modyfikacji), w ramach, których nie mieszczą się czynności realizowane w Okresie Przejściowym. W praktyce oznacza to, że aby pokryć koszt czynności z Okresu Przejściowego wykonawcy powinni uwzględnić je w cenie innych, odpłatnych usług, tj. odpowiednio rozłożyć koszt Okresu Przejściowego na inne świadczenia, podlegające wycenie w Formularzu Ofertowym. Jednakże SWZ milczy co do sposobu, w jaki należy to uczynić, co świadczy również o nienależytym (niepełnym i nieprecyzyjnym) opisie przedmiotu zamówienia. Z kolei pkt 8.6 PPU stanowi, że łączne wynagrodzenie maksymalne obejmuje również czynności Okresu Przejściowego, zaś pkt 14.3 PPU wyraźnie dopuszcza szybkie, wcześniejsze zakończenie stosunku zobowiązaniowego w odniesieniu do całej lub części umowy (wedle wyboru Zamawiającego). W praktyce oznacza to, że Odwołujący nie wie, czy koszt Okresu Przejściowego rozłożyć np. na koszt Usługi Utrzymania w okresie gwarantowanym (9 miesięcy), czy też na cenę Usługi Utrzymania na cały docelowy okres trwania umowy (36 miesięcy), czy też jeszcze na cenę wszystkich Usług, włącznie z Usługami Modyfikacji (przy założeniu, że w całości zostaną zrealizowane dla Zamawiającego). Odwołujący zauważył, że także poziom zleceń otrzymywanych w ramach Umowy nie ma charakteru „gwarantowanego”. W umowie wprowadzono postanowienie, że *„Zamawiający w ramach Usługi Modyfikacji zobowiązuje się do złożenia Zamówień na poziomie ilości 5000 PF. Zobowiązanie, o którym mowa w zdaniu*

*pierwszym nie obowiązuje w sytuacji rozwiązania Umowy (wypowiedzenia lub odstąpienia) z przyczyn wskazanych w pkt 14.2 lub pkt 14.12 Umowy” (pkt. 5.7.3 PPU), jednakże wykonawca nie ma ani gwarancji otrzymywania takich zamówień na Usługę Modyfikacji (tj. faktycznego ich składania), a ponadto Zamawiającego nie wiążą żadne reguły w przedmiocie terminów składania i wielkości (PF) składanych zamówień. Brak gwarancji co do wielkości zamówień potwierdza wyrażnie pkt 4 Załącznika nr 3C do PPU *§Sposób wyceny Usługi Modyfikacji*), zgodnie z treścią którego „(...) Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 500 Punktów Funkcyjnych (w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju). Zamawiający zobowiązuje się informować Wykonawcę czy w danym półroczu świadczenia Usług (liczonym od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług) oczekuje od Wykonawcy utrzymania wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 500 Punktów Funkcyjnych miesięcznie. Informacja zostanie przekazana Wykonawcy 30 dni przed rozpoczęciem danego półrocza. Brak informacji od Zamawiającego oznacza, że Zamawiający oczekuje od Wykonawcy utrzymania wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 500 Punktów Funkcyjnych miesięcznie. Zobowiązanie Wykonawcy do utrzymania wydajności realizacyjnej określonej w tym punkcie wygasa z chwilą wyczerpania budżetu wynagrodzenia na świadczenie Usługi Modyfikacji. Wykonawca nie wie zatem czy jakiegokolwiek zlecenia w ramach Usługi Modyfikacji zostaną złożone „na początku”, „w środku”, czy też już „na końcu” realizacji kontraktu oraz jaka będzie ich wielkość. Wynagrodzenie za Usługę Modyfikacji nie jest też wynagrodzeniem „gwarantowanym”, tj. wykonawca na obecnym etapie postępowania nie ma (i obiektywnie mieć nie może) wiedzy: ile będzie zleceń, kiedy zostaną złożone oraz jaką kwotę za nie faktycznie otrzyma, co tym bardziej stanowi dla niego barierę w prawidłowym ujęciu kosztów Okresu Przejściowego w całkowitej cenie ofertowej. Okoliczności te brane łącznie pod uwagę skutkują: kalkulacją ceny oferty w zakresie ulokowania kosztów Okresu Przejściowego niemożliwą, niejasną i nietransparentną; nieporównywalnością ofert, jako że brak wytycznych i reguł w tym zakresie prowadzić może do całkowitej dowolności wykonawców w zakresie kształtowania ceny ofertowej oraz zaburzeniem zasady równości i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady konkurencyjności oraz przejrzystości.*

Wykonawca COMARCH wskazał ponadto, że Załącznik nr 6 do PPU zawiera obszerny zakres prac przygotowawczych wymaganych od wykonawcy w Okresie Przejściowym, będących świadczeniami wykonawcy o wymiernej wartości gospodarczej, oddającej koszt ich poniesienia. Prace te będą wiązać się dla Odwołującego z koniecznością poniesienia m. in. kosztów pracowniczych oraz kosztów zbudowania odpowiedniego środowiska, a więc także zapewnienia niezbędnej infrastruktury i odpowiednich licencji. Zgodnie z Załącznikiem nr 6 do PPU w Okresie Przejściowym po stronie wykonawcy są w szczególności (lecz niewyłącznie) czynności w rodzaju: „3.1.5. *przygotowanie własnych środowisk (na infrastrukturze Wykonawcy) – Wykonawca na podstawie Dokumentacji Administratora przygotowuje własne środowiska, w tym testowe dla wszystkich utrzymywanych Aplikacji w ilości niezbędnej do należytej realizacji Umowy. Środowiska będą zestawione zgodnie z następującymi zasadami: 3.1.5.1. środowiska stanowić będą odpowiedniki funkcjonalne Środowisk Produkcyjnych poszczególnych Aplikacji, interfejsy do systemów zewnętrznych nieobjętych Usługami Wykonawcy mają zostać zastąpione komponentami symulującymi pracę prawdziwych interfejsów, czyli tzw. zaślepkami; 3.1.5.2. środowiska będą przygotowane w liczbie umożliwiającej Wykonawcy jednoczesne usuwanie Wad oraz rozwiązywanie problemów w Systemie Informatycznym i rozwijanie nowych funkcjonalności*”. Budowa takich własnych środowisk oznacza dla wykonawców konieczność poniesienia w Okresie Przejściowym sporych nakładów finansowych na inwestycje w infrastrukturę i niezbędne licencje. Ponadto zdaniem Odwołującego koszt prac przygotowawczych w Okresie Przejściowym będzie znacznie mniejszy dla obecnie świadczącej usługę utrzymania i rozwoju CSOB firmy ASSECO, o ile w ogóle taki koszt wystąpi po jej stronie. Wynikająca z braku odrębnej pozycji kosztorysowej nieodpłatność prac przewidzianych dla Okresu Przejściowego będzie natomiast barierą rynkową dla innych wykonawców, utrudniającą im złożenie konkurencyjnej i porównywalnej oferty. W opinii Odwołującego zastosowanie Okresu Przejściowego powinno mieć właśnie na celu umożliwienie nowym wykonawcom przygotowanie się do świadczenia usługi i powinno służyć właśnie takim wykonawcom, którzy nie utrzymują systemu, zaś zasadniczo aktualny wykonawca może nie korzystać z Okresu Przejściowego skracając go i po prostu kontynuując świadczenie usług. Wszelkie zabiegi przy zasadach Okresu Przejściowego oddziałują bezpośrednio na konkurencję „aktualnego” wykonawcy. Brak wprowadzenia zasady odpłatności Okresu Przejściowego pogarsza ich sytuację, ponieważ nie mają oni możliwości właściwego ujęcia w cenie kosztów tego okresu wobec braku możliwości alokowania związanych z tym kosztów w innych usługach, co w ogóle nie dotyczy i nie interesuje aktualnego wykonawcy świadczącego usługi związane z utrzymaniem i rozwojem systemu CSOB. Takie ukształtowanie treści SWZ narusza zasadę równości wykonawców potencjalnie mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia i zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał również, że projektowane postanowienia umowy stanowią, że koszt czynności w ramach Okresu Przejściowego mieści się w całkowitym wynagrodzeniu ryczałtowym, które – zgodnie z formularzem ofertowym – wykonawca zaoferuje dla Usługi Utrzymania i Usługi Rozwoju (Modyfikacji). W opinii Odwołującego prawidłowe

uwzględnienie kosztów związanych z Okresem Przejściowym w cenie innych usług ciągłych, które nie są gwarantowane i których okres świadczenia nie jest znany (wobec możliwości wypowiedzenia umowy już po upływie 9 miesięcy od daty jej zawarcia), jest w istocie niemożliwe, a tym bardziej, że Zamawiający nie ustanowił żadnych reguł ani żadnych wytycznych co do sposobu ujęcia tych kosztów w cenie innych usług. Brak w tym zakresie skutkować będzie dowolnością wykonawców w kształtowaniu ceny (inne świadczenia zostaną przyjęte przez wykonawców za podstawę kalkulacji poszczególnych pozycji ofertowych), co uczyni ich oferty nieporównywalnymi. Jednocześnie Zamawiający zakładając możliwość wypowiedzenia (bez żadnej rekompensaty) umowy w całości lub części, w zakresie każdej z Grup Usług po upływie 9 miesięcznego okresu i jednocześnie zgodnie z treścią pkt 8.6 PPU przewiduje, że wszelkie koszty związane z Okresem Przejściowym mają być ujęte w całkowitym łącznym, maksymalnym wynagrodzeniu, to tym samym konstruuje SWZ w sposób nieprzejrzysty i uniemożliwia wykonawcom prawidłowe obliczenie ceny. Wykonawcy nie mając żadnej gwarancji czy usługi będą realizowane dłużej niż 9 miesięcy nie wiedzą jak ująć koszty Okresu Przejściowego w cenie tych usług. Nie wiadomo czy wykonawcy powinni zawyżyć cenę tych usług przeliczając koszty Okresu Przejściowego na gwarantowany 9-miesięczny okres, czy też na inny (i jakie ryzyko finansowe będą w związku z tym musieli ponieść).

W ocenie Odwołującego zaskarżona konstrukcja SWZ prowadzi do sytuacji, w której postępowanie nie zachowuje zasady uczciwej konkurencji, ponieważ: 1) każdy z wykonawców poza wykonawcą obecnie obsługującym CSOB musiałby zbudować od zera infrastrukturę służącą do budowy własnych środowisk deweloperskich, 2) każdy z wykonawców poza wykonawcą obecnie obsługującym CSOB musiałby ponieść koszty nabycia kompetencji personelu, 3) żaden z wykonawców, nie mając pewności co do długości trwania usług, które będą świadczone (możliwość wypowiedzenia umowy w całości lub części zgodnie z pkt 14.3 PPU), zmuszony jest dokonać obliczenia ceny w sposób z gruntu wadliwy – a to zawyżając cenę jednostkowych świadczonych usług w taki sposób, aby w pierwszych 9 miesiącach otrzymać zwrot kosztów czynności Okresu Przejściowego, co tym samym prowadziłoby do zapłaty przez Zamawiającego takiej jednostkowej, podwyższonej ceny również w dalszym okresie obowiązywania umowy (Usługi Utrzymania), 4) każdy z wykonawców poza wykonawcą obecnie obsługującym CSOB będzie musiał ponieść dodatkowe ryzyko finansowe, polegające na tym, że koszty ponoszone w Okresie Przejściowym mogą nie zostać pokryte przychodami z realizacji usług przewidzianych w umowie. Zdaniem Odwołującego obecna treść SWZ nieprzewidująca odrębnej płatności dla Okresu Przejściowego w połączeniu z niepewnością co do świadczenia i zakresu, a w szczególności szerokie uprawnienie wypowiedzenia usług (pkt 14.3 PPU) powoduje, że Odwołujący nie wie w jaki sposób skalkulować cenę, ponieważ nie zna rzeczywistego zakresu zobowiązań w ramach poszczególnych Grup Usług (w ramach których należałoby uwzględnić również koszt czynności z Okresu Przejściowego), a to oznacza, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania wykonawca COMARCH podniósł, że *w zakres Umowy wchodzi również świadczone przez Wykonawcę (...) Czynności związane z Przekazaniem Usług, szczegółowo opisane w punkcie 15 PPU* (rozdział I, pkt I.2. Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 4.3 SWZ) i stwierdził, że na podstawie SWZ czynności wykonawcy związane z Przekazaniem Usług (opisane w punkcie 15 PPU) mają de facto charakter „bezpłatny”, ponieważ nie przewidziano za nie żadnego odrębnego wynagrodzenia. Formularz cenowy (Załącznik nr 1 do SWZ) nie zawiera odrębnej pozycji cenowej zarezerwowanej dla takich czynności. Wykonawca, zgodnie z formularzem ofertowym, jest obowiązany podać łączną cenę ofertową, będącą podstawą do uzupełnienia informacji o wynagrodzeniu umownym – a to na bazie wyceny Usług Utrzymania i Usługi Rozwoju (Modyfikacji), w ramach których nie mieszczą się czynności związane z Przekazaniem Usług. W pkt 15 PPU zawarto obszerny katalog czynności związanych z Przekazaniem Usług, które niewątpliwie będą wymagały od wykonawcy poniesienia określonych nakładów (w tym kosztów pracowniczych) na ich realizację. W praktyce oznacza to, że aby pokryć koszt takich czynności, wykonawcy powinni uwzględnić je w cenie innych, odpłatnych usług, tj. odpowiednio rozłożyć koszt tych czynności na inne świadczenia, podlegające wycenie w formularzu ofertowym. Jednakże SWZ milczy co do sposobu, w jaki należy to uczynić, co świadczy również o nienależytym opisie przedmiotu zamówienia. Z kolei pkt 14.3 PPU wyraźnie dopuszcza szybkie, wcześniejsze zakończenie stosunku zobowiązaniowego w odniesieniu do całej lub części umowy (wedle wyboru Zamawiającego), przez co również sama umowa nie dostarcza Odwołującemu wskazówek co do prawidłowego sposobu ujęcia tych kosztów w ramach poszczególnych pozycji (odpłatnych usług) wyodrębnionych w formularzu ofertowym.

W ocenie Odwołującego projektowane postanowienia umowy uwiadcniają problem związany z prawidłowym skalkulowaniem ceny ofertowej ze względu na brak odrębnej pozycji cenowej dla czynności Przekazania Usług. Skoro umowa może ulec szybkiemu zakończeniu (po gwarantowanym okresie 9 miesięcy), to wykonawca zostaje postawiony przed koniecznością wyboru co do tego, czy koszt czynności związanych z Przekazaniem Usług rozłożyć na gwarantowany okres usługi ciągłej (9 miesięcy) czy też na cały docelowy okres trwania umowy (36 miesięcy).

Wykonawcy nie mając pewności co do trwałości stosunku zobowiązaniowego nie wiedzą, jak należy ująć koszty czynności Przekazania Usług, czy np. powinni zawyżyć cenę za Usługę Utrzymania (zakładając, że może ulec zakończeniu z upływem okresu 9 miesięcznego, co będzie skutkowało aktualizacją wszystkich, szerokich obowiązków związanych z Przekazaniem Usług), czy też założyć, że umowa zostanie wykonana w całości, lokując koszt czynności Przekazania Usług w odpowiednio wszystkich innych usługach. Wykonawca COMARCH wskazał również, że także wynagrodzenie z tytułu Usługi Modyfikacji nie ma dla niego charakteru gwarantowanego, ponieważ nie wie on, w jakim zakresie Usługa Modyfikacji zostanie zrealizowana oraz jakie będą terminy jej realizacji (w całości zależne od zamówień Zamawiającego). W efekcie obecne postanowienia SWZ uniemożliwiają Odwołującemu realną kalkulację kosztów czynności Przekazania Usług w sposób nienarażający Odwołującego na ryzyko braku pokrycia w ofercie ceny tych czynności. Na gruncie obecnie obowiązującego SWZ Odwołujący nie może ustalić ponad wszelką wątpliwość, jak uwzględnić koszt czynności Przekazania Usług w innych odpłatnych świadczeniach tak, aby uzyskać jego całkowity zwrot. Okoliczności te brane pod uwagę łącznie, zdaniem Odwołującego, skutkują: 1) kalkulacją ceny oferty w zakresie ulokowania kosztów Przekazania Usług niemożliwą, niejasną i nietransparentną, 2) nieporównywalnością ofert wykonawców, którzy w różny sposób mogą ulokować koszt czynności Przekazania Usług, 3) zaburzeniem zasady równości i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady konkurencyjności oraz przejrzystości.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Zamawiający może żądać podania „wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane”. Nie wyszczególniono w tym katalogu prawa do żądania informacji o „podmiocie korzystającym z systemu” (nazwy, danych teleadresowych). Jednocześnie Odwołujący podniósł, że „podmiotu korzystającego z systemu” (czyli faktycznego „użytkownika systemu”) nie należy utożsamiać z podmiotem, na zamówienie czy też na rzecz którego zrealizowano oznaczone świadczenie, ponieważ inny może być zleceniodawca systemu, a inny podmiot z niego korzystający. Według Odwołującego poprzez zamieszczenie we wzorze „Wykazu usług” kolumny o nazwie „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)” Zamawiający wykroczył ponad zakres informacji, które może żądać od wykonawców. Takie działanie Zamawiającego skutkuje dla wykonawców koniecznością podania informacji, których nie przewiduje § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia i których wykonawcy mogą nie posiadać ze względu na specyfikę realiów rynkowych (tj. bardzo często brak wiedzy o podmiotach faktycznie korzystających z systemu). Ponadto według poglądu Odwołującego przepisy Rozporządzenia sprzeciwiają się rozszerzaniu katalogu informacji możliwych do żądania przez Zamawiających, a zatem nie dopuszczają żądania od wykonawców informacji w zakresie szerszym niż wynika z jego treści. Z uwagi na to, że katalog podmiotowych środków dowodowych jest zamknięty, Zamawiający żądając informacji niewskazanych w Rozporządzeniu naruszył przysługujące mu na mocy art. 124 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 7 pkt 17 i art. 112 ust. 1 ustawy PZP uprawnienie do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Jednocześnie wymaganie załączenia Wykazu usług z dodatkową informacją, niezależnie od tego, że prowadzi do wymagania załączenia dokumentu niezgodnego z katalogiem zamkniętym dokumentów podmiotowych, jest wymaganiem nieproporcjonalnym do stawianego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i prowadzi do uprzywilejowania jednych wykonawców (w szczególności aktualnego wykonawcy utrzymującego system CSOB, który będzie mógł posłużyć się takimi referencjami i przedstawić dane o użytkownikach, będących w posiadaniu samego Zamawiającego), co narusza dyspozycję art. 16 pkt 3 ustawy PZP.

Wykonawca COMARCH wskazał, że art. 58 ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE jednoznacznie wskazuje na konieczność potwierdzenia przez wykonawców faktu wykonania wcześniejszych zamówień, czyli wykonania umowy, której stroną jest wykonawca: „*W odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Instytucja zamawiająca może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma spreczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia*”. Polski ustawodawca przełożył wskazany obowiązek na regulację art. 128 ust. 6 ustawy PZP, co znalazło odzwierciedlenie w § 9 Rozporządzenia ws. Dokumentów podmiotowych. Wykaz wykonanych usług, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, jest zatem wykazem wykonanych wcześniej przez wykonawcę zamówień, o których mowa w art. 58 ust. 4 Dyrektywy nr 2014/24/UE. Nie ma zatem wątpliwości, że Wykaz usług może wskazywać wyłącznie na informacje o usługach wykonanych przez wykonawcę na rzecz podmiotu, z którym wykonawca ten zawarł umowę o wykonanie przedmiotowej usługi. W konsekwencji niedopuszczalne jest zarówno w świetle Dyrektywy nr

2014/24/UE, jak i polskich przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych, żądanie od wykonawców informacji o dalszych stosunkach zobowiązaniowych – umowach, które zawarły owe podmioty ze swoimi kontrahentami. A do tego prowadzi właśnie sformułowany przez Zamawiającego obowiązek wskazywania w Wykazie usług informacji o „podmiocie korzystającym” w przypadku, gdy jest to inny podmiot niż ten, na rzecz którego była wykonywana usługa.

Zdaniem Odwołującego zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych Zamawiający są uprawnieni do weryfikowania deklaracji wykonawcy o posiadanym doświadczeniu, a nie do przeprowadzania swoistego śledztwa w celu uzyskania informacji, które mają pomóc wyborze „preferowanego” wykonawcy w walce konkurencyjnej z innymi potencjalnymi wykonawcami. Jednocześnie żadne względy dotyczące Zamawiającego, w tym w szczególności potrzeba uproszczenia pewnych procesów, ergonomia, nie mogą uzasadniać żądania informacji innych niż dopuszcza to Rozporządzenie. Ponadto obowiązek informowania w Wykazie usług o podmiotach korzystających z systemu, które nie są podmiotami, na rzecz których wykonana była usługa, nie umożliwia Zamawiającemu prawidłowej realizacji uprawnienia do weryfikacji deklaracji wykonawcy o posiadanym doświadczeniu, a jest wymogiem nadmiarowym. Podmioty korzystające nie mają nawet wiedzy o tym, co było przedmiotem umowy, której nie były stroną, więc nawet takie podmioty mogą nie być w stanie udzielić rzetelnych informacji o prawidłowości wykonania zamówienia realizowanego przez wykonawcę na rzecz odbiorcy usługi (Zamawiającego). W konsekwencji podmiot trzeci, zapytany o cechy przedmiotu umowy, będzie mógł wypowiedzieć się wyłącznie o przedmiocie innej umowy (np. licencyjnej) niż ta, która powinna być weryfikowana (której stroną jest wykonawca i określony zamawiający). Wskazanie dodatkowych informacji o „podmiocie korzystającym” w żaden sposób nie ułatwi więc Zamawiającemu weryfikowania deklaracji wykonawcy, zawartych w Wykazie usług.

Odwołujący zauważył, że wymóg podania oznaczonych informacji w zakresie, w jakim odnosić się będzie również do dopuszczalnego przecież w świetle ustawy PZP doświadczenia zdobywanego w ramach umów podwykonawczych, de facto będzie sprowadzał się do żądania od wykonawców podania danych również z innych umów / zobowiązań (np. umów głównych, których nie byli stroną) aniżeli umowa będąca dla nich źródłem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu (np. umowa podwykonawcza, w ramach której zdobyli wymagane doświadczenie). Dopuszczając jako źródło doświadczenia umowy podwykonawcze należy mieć na uwadze, że po pierwsze dane o podmiotach korzystających z systemu mogą być w stanach faktycznych zbyt liczne (np. użytkownicy systemu), niemożliwe do ustalenia (np. użytkownicy masowych usług internetowych), czy wręcz niedostępne lub nieznane (ani podwykonawcy, ani nawet „głównemu” wykonawcy). Ponadto często podmioty korzystające z systemu nie mają wiedzy na temat szczegółowych i technicznych aspektów realizacji umowy, ponieważ główny kontrakt tego nie obejmował, a wiedzę w tym zakresie mogą mieć właśnie podwykonawcy, którzy w ramach swego obszaru zlecali doszczegółowienie zadania swoim podwykonawcom.

Odwołujący zarzucił też, że żaden zapis SWZ nie uzasadnia interpretacji, w której pod kątem wymaganego doświadczenia wykonawcy utrzymującego określony system badane jest czy warunek jest spełniony przez jego klienta, niezależnie od tego, w którym wariantcie miałoby to mieć miejsce. Ustawa PZP wymaga i dopuszcza badanie warunku wyłącznie względem wykonawcy, a nie jego klientów, czy strony umowy, jaką zawarł. Warto dodać, że dla liczby użytkowników danego systemu to, czy są pracownikami danego podmiotu, czy też nie, czy znajdują się w jakiejś strukturze tego podmiotu, czy też nie – nie ma żadnego znaczenia. Najczęstszymi użytkownikami systemów nie są w ogóle pracownicy danego podmiotu, ale użytkownicy z rynku, z zewnątrz. To samo dotyczy systemów bilingowych, systemów do płatności i rozliczeń za prąd itd. Zamawiający w sposób nielogiczny, w oderwaniu od przepisów ustawy PZP i Rozporządzenia oraz od realiów rynkowych wprowadził warunek wskazania podmiotu korzystającego z usługi. Zamawiający nie zadał sobie trudu by przeanalizować, co w praktyce może oznaczać wprowadzony przez niego wymóg i do jakich trudności w złożeniu oferty (Wykazu usług) może prowadzić dla innych wykonawców.

Odwołujący podniósł również, że informacje o nazwie i danych teleadresowych podmiotu korzystającego z systemu nie mieszczą się w kategorii „Danych identyfikujących usługę”. Przyjęcie odmiennej interpretacji oznaczałoby, że dane o podmiocie korzystającym z systemu są przedmiotem usługi polegającej na wdrożeniu czy też na serwisowaniu albo na rozwoju tego systemu. Interpretacja taka byłaby całkowicie nielogiczna, gdyż oznaczałaby, że w zależności od sytuacji przedmiot dokładnie tej samej usługi zawierałby w sobie jednocześnie informację o odbiorcy usługi (jeśli odbiorca usługi jest jednocześnie podmiotem korzystającym z systemu) albo by jej nie zawierał (jeśli odbiorca usługi nie jest podmiotem korzystającym z systemu). Natomiast przedmiot usługi jest zawsze taki sam – obejmuje działania wykonawcy zmierzające do wykonania systemu albo jego rozwoju czy też utrzymania. Są to więc czynności podejmowane w odniesieniu do konkretnego systemu. Choćby użytkownik systemu się zmienił, to nie zmienia się przedmiot samej usługi. Niemożliwe do pogodzenia z wykładnią zarówno językową, jak i celowościową, byłoby przyjęcie, że przedmiot usługi zmienia się w zależności od tego, kto korzysta z systemu. Z punktu widzenia obowiązków wykonawcy tożsamość lub brak tożsamości odbiorcy usługi z podmiotem korzystającym z systemu to kwestie

całkowicie irrelewantne. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Zamawiający może żądać podania „wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane”. Sam ustawodawca odróżnia zatem przedmiot usługi od podmiotu, na rzecz którego usługa była wykonana (odbiorcą usługi).

Odwołujący zwrócił również uwagę na poglądy wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1241/25, przyjmując je jako własne, oraz podsumował, że Zamawiający wprowadził do SWZ obowiązek przedstawienia przez wykonawców podmiotowego środka dowodowego niezgodnego z treścią przepisów wykonawczych do ustawy PZP, to jest § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, naruszając tym samym inne opisane w zarzucie przepisy ustawy PZP – które zdaniem Odwołującego nie statuują podstaw do żądania od wykonawcy podania informacji identyfikujących podmiot korzystający z przedmiotu usługi, których obecnie żąda Zamawiający, czyniąc to w sposób nieuprawniony i z wykroczeniem ponad zakres informacji możliwych do żądania od wykonawców.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, ponieważ nie została spełniona żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która by uniemożliwiała merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów nr 3-5 odwołania, w przewidzianym ustawową terminie, zgłosił wykonawca ASSECO. Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 października 2025 r. i stanowisko wykonawcy ASSECO zawarte w jego piśmie z dnia 22 października 2025 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej. Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem I ust. 1 pkt 1.2 SWZ przedmiotem zamówienia jest zakup przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR) usług utrzymania i rozwoju Centralnego Systemu Obsługi Beneficjenta (CSOB). System CSOB stanowi kluczowy element infrastruktury informatycznej Zamawiającego, wspierając obsługę wniosków o pomoc finansową w ramach Planu Strategicznego Wspólnej Polityki Rolnej na lata 2023–2027. System ten został zaprojektowany jako centralna platforma do zarządzania procesami związanymi z przyznawaniem, rozliczaniem wsparcia dla beneficjentów, w zamian za wynagrodzenie określone w umowie. System CSOB integruje się z szeregiem innych systemów Zamawiającego, tworząc spójne środowisko informacyjne, którym są:

- 1) Platforma Usług Elektronicznych (PUE) – CSOB współpracuje z PUE, umożliwiając beneficjentom składanie wniosków oraz prowadzenie korespondencji z ARiMR w formie elektronicznej, dzięki temu cały proces obsługi wniosków odbywa się bez konieczności korzystania z dokumentów papierowych,
- 2) System Finansowo-Księgowy (EBS) – Integracja z EBS pozwala na automatyczne przekazywanie danych finansowych, co usprawnia procesy księgowe związane z wypłatą środków dla beneficjentów,
- 3) Ewidencja Producentów – CSOB korzysta z danych referencyjnych zawartych w Rejestrze Podmiotów, co zapewnia

spójność informacji o beneficjentach w różnych systemach ARiMR,

4) Zintegrowany System Kontroli (ZSK) – Współpraca z ZSK umożliwia efektywne planowanie i przeprowadzanie kontroli na miejscu, co jest istotne dla weryfikacji prawidłowości wykorzystania środków pomocowych.

W świetle rozdziału I ust. 1 pkt 1.3 SWZ usługi świadczone będą w następującym podziale, z uwzględnieniem połączenia niektórych usług w grupę:

1) Grupa Usług Zapewnienia Jakości (G2), szczegółowo opisana w Załączniku nr 1 do PPU, stanowiących Załącznik nr 10 do SWZ, w tym:

- Usługa Monitorowania SLA (G2U1), szczegółowo opisana w Załączniku nr 1A do PPU,
- Usługa Usuwania Wad (G2U2), szczegółowo opisana w Załączniku nr 1B do PPU,
- Usługa Zarządzania Kodem i Dokumentacją (G2U3), szczegółowo opisana w Załączniku nr 1C do PPU,

2) Usługa Integracji i Certyfikacji, szczegółowo opisana w Załączniku nr 2A oraz 2B do PPU,

3) Usługa Modyfikacji, szczegółowo opisana w Załączniku nr 3 i 3A do PPU.

Zgodnie z rozdziałem I ust. 1 pkt 1.4 SWZ niezależnie od powyższych grup usług, w zakres umowy wchodzi również świadczone przez wykonawcę:

- 1) Usługi Zleceń Operacyjnych, szczegółowo opisane w Załączniku nr 4 do PPU,
- 2) Czynności Okresu Przejściowego, szczegółowo opisane w punkcie 6 PPU oraz Załączniku nr 6 do PPU,
- 3) Czynności związane z Przekazaniem Usług, szczegółowo opisane w punkcie 15 PPU.

W rozdziale I ust. 1 pkt 1.3 SWZ Zamawiający przewidział, że wykonawca będzie przyjmował Zgłoszenia w Czasach Reakcji (zgodnie z zakresem opisanym w pkt 2 Załącznika nr 8 do PPU) oraz zapewni prowadzenie Biura Projektu wykonawcy zgodnie z zakresem opisanym w pkt 3.39 Załącznika nr 12 do PPU.

Natomiast w rozdziale I ust. 1 pkt 1.9 SWZ Zamawiający zastrzegł, że usługa Utrzymania i Usługa Modyfikacji finansowane będą przez Zamawiającego w ramach odrębnych dotacji pochodzących z budżetu państwa podlegających odrębnym zasadom rozliczania. Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ofercie zgodnie z Formularzem Ofertowym. W związku z tym wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 74% ceny oferty. Realizacja Usługi Modyfikacji będzie wynikała z bieżących potrzeb Zamawiającego.

W Załączniku nr 6 do SWZ Zamawiający sformułował szablon Wykazu usług, który wykonawcy powinni dołączyć do oferty, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale III ust. 2 pkt 1.1.1 SWZ. W Wykazie usług wykonawcy powinni ująć następujące dane:

- przedmiot wykonanych/wykonywanych usług,
- podmiot, na rzecz którego usługę wykonano,
- datę wykonania,
- informacje uzupełniające obejmujące zasoby innego podmiotu, nazwę innego podmiotu oraz dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwa i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na dokonane przez Zamawiającego modyfikacje treści postanowień SWZ postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 6 i 7 odwołania zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z żądaniami obu stron. Po przeprowadzeniu rozprawy oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała natomiast merytorycznie odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów i uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

We wniesionym odwołaniu wykonawca COMARCH zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 7 pkt 17 ustawy PZP, który stwierdza, że przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy,
- art. 8 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią

inaczej,

– art. 16 ustawy PZP normujący podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty i 3) proporcjonalny,

– art. 99 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,

– art. 99 ust. 4 ustawy PZP, stwierdzający, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów,

– art. 112 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności,

– art. 124 ustawy PZP, który stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający:

1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia,

2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji,

– art. 134 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, w świetle którego SWZ zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia,

– art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, w świetle którego SWZ zawiera co najmniej sposób obliczenia ceny,

– art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu,

– § 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, zgodnie z którym 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: 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;

– art. 5 K.C., który stwierdza, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony,

– art. 353¹ K.C., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W zarzucie nr 2 odwołania wykonawca COMARCH zakwestionował narzucenie przez Zamawiającego limitu minimalnego wynagrodzenia wykonawcy za realizację usług modyfikacji w związku z zastrzeżeniem poczynionym w rozdziale I ust. 1 pkt 1.9 SWZ, że wartość usługi modyfikacji musi stanowić minimum 74% ceny oferty, podczas gdy zdaniem Odwołującego taka konstrukcja: a) nie ma żadnego związku z przedmiotem zamówienia, b) stanowi nieuprawnione wkroczenie przez Zamawiającego w prerogatywę wykonawcy do swobodnego kształtowania ceny ofertowej, c) kreuje po stronie wykonawcy wiążący dla niego wymóg uniemożliwiający mu właściwe skalkulowanie ceny ofertowej oraz d) świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu, w sposób skutkujący naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

Zamawiający w swoim pisemnym stanowisku zawartym w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że ukształtowanie progu cenowego minimum 74% dla Usługi Modyfikacji ma na celu uniknięcie sytuacji, w której wykonawcy przenosiliby łączną cenę wynagrodzenia na Usługi Utrzymania, a co za tym idzie, że dochodziłoby do sztucznego zaniżenia wartości Usługi Modyfikacji. Wprowadzenie progu 74% eliminuje ryzyko nieuczciwego rozbicia cenowego i zabezpiecza interes publiczny oraz wszyscy wykonawcy składają ofertę na tych samych zasadach, co sprzyja równości i uczciwej konkurencji.

Izba podziela argumentację przedstawioną przez Zamawiającego a ponadto w ocenie Izby w odniesieniu do zawartego w rozdziale I ust. 1 pkt 1.9 SWZ wymogu, iż cena za świadczenie Usługi Modyfikacji ma stanowić co najmniej 74% całości zaoferowanej ceny nie zostało wykazane przez Odwołującego, że doszło do naruszenia przepisów ustawy PZP, w tym przepisów dotyczących sposobu formułowania i obligatoryjnej zawartości postanowień SWZ, w tym w zakresie kształtowania opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert.

W ocenie Izby z przepisów ustawy PZP nie da się też wywieść generalnego zakazu narzucania wykonawcom pewnych rygorów w zakresie sposobu kalkulowania ceny ofertowej czy też ogólnego ustalenia minimalnego lub sztywnego pułapu cenowego dla zamawianych usług. Należy stwierdzić, że tak ustalone postanowienia dokumentacji zamówienia dotyczą wszystkich wykonawców zainteresowanych pozyskaniem zamówienia publicznego i jako takie nie są niezgodne z zasadami zamówień publicznych określonymi w art. 16 ustawy PZP.

Ponadto Odwołujący w swoim środku ochrony prawnej nie podjął nawet próby wykazania, że ustalona przez ARiMR proporcja wynagrodzenia za Usługę Modyfikacji do całości wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia jest istotnie zawyżona i że w rzeczywistości według kalkulacji własnej Odwołującego mogłaby ona zostać ukształtowana na procentowo innym, niższym poziomie.

W związku z tym zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP podlegał oddaleniu.

W zarzucie nr 3 odwołania wykonawca COMARCH zakwestionował brak odpłatności tzw. Okresu Przejściowego, co jego zdaniem miało zaburzać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców z uwagi na uprzywilejowanie obecnego wykonawcy usług utrzymania systemu CSOB, skutkować nieporównywalnością ofert oraz uniemożliwiać realną kalkulację kosztów Okresu Przejściowego w sposób nienarażający wykonawców na ryzyko braku pokrycia tego kosztu w wynagrodzeniu. Rozpoznając ten zarzut odwołania Izba stwierdziła, że zgodnie z pkt 6.10 PPU celem Okresu Przejściowego jest zaplanowanie przez wykonawcę oraz doprowadzenie do przejęcia przez wykonawcę usług w sposób, który w największym możliwym stopniu minimalizuje ryzyko zakłócenia funkcjonowania Zamawiającego. W ramach Okresu Przejściowego wykonawca uczy się zatem zasad funkcjonowania systemu informatycznego, którego obsługę ma przejąć od poprzedniego wykonawcy, mając przy tym na względzie jak najmniejszy negatywny wpływ na bieżącą działalność Zamawiającego. Z pkt 6.5 Załącznika nr 6 do PPU wynika, że Okres Przejściowy będzie obejmował czynności polegające na uzgodnieniach z Zamawiającym, przygotowaniu dokumentacji, opracowaniu własnych środowisk i procedur czy podłączeniem się do środowisk Zamawiającego. Nie są to zatem czynności polegające stricte na świadczeniu jakichś usług dla Zamawiającego związanych z rozwojem lub utrzymaniem systemu informatycznego, lecz są to czynności mające na celu przygotowanie się wybranego wykonawcy do należytego świadczenia usługi i sprawnego przejęcia jej wykonywania od poprzedniego wykonawcy.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podjął nawet próby przedstawienia własnej kalkulacji kosztów, jakie mogą powstać po jego stronie w Okresie Przejściowym. Zarzut odwołania w tym zakresie nie został należycie uzasadniony i udowodniony.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 4 i 17 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 5 w zw. z art. 353¹ K.C. został przez Izbę oddalony.

W zarzucie nr 4 odwołania wykonawca COMARCH zakwestionował brak odpłatności czynności związanych z Przekazaniem Usług upatrując w tym zakresie niemożliwości kalkulacji ceny oferty w sposób jasny i transparentny, przy jednoczesnym zaburzeniu uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, skutkowaniu nieporównywalnością ofert oraz uniemożliwieniu realnej kalkulacji kosztów czynności Przekazania Usług w sposób nienarażający wykonawców na ryzyko braku pokrycia kosztów takich czynności w wynagrodzeniu. Rozpoznając ten zarzut odwołania Izba stwierdziła, że z pkt 15.4 PPU wynikają działania, do jakich jest obowiązany wykonawca w momencie zakończenia usługi i przekazywania jej wykonania innemu przedsiębiorcy. Są to przede wszystkim czynności polegające na przekazaniu dokumentów, kooperacji z nowym wykonawcą i Zamawiającym, czy ewentualnym przeszkoleniu pracowników nowego wykonawcy. Rację ma wykonawca ASSECO twierdząc w swoim piśmie, że zarzut

nr 4 odwołania opiera się na błędnym założeniu, że te czynności związane z Przekazaniem Usług stanowią odrębną, odpłatną usługę. Z uwagi na ich charakter należy je zaklasyfikować jako czynności pomocnicze i porządkowe, wieńczące realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie są one samodzielną częścią zamówienia i jako takie powinny zostać wycenione w ramach wyceny świadczenia głównego. Odwołujący choć domaga się odrębnego, dodatkowego wynagrodzenia za czynności związane z przekazaniem usług, to nawet nie przedstawił jakiej wysokości szacunkowe koszty mogą jego zdaniem powstać w ramach tych czynności.

Mając to na uwadze Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 4 odwołania, który dotyczył naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 4 i 17 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP i art. 5 w zw. z art. 353¹ K.C.

W zarzucie nr 5 odwołania wykonawca COMARCH podważył możliwość żądanie od wykonawców ujęcia w Załączniku nr 6 do SWZ, tj. dokumencie o nazwie „Oświadczenie – Wykaz usług” (Załącznik nr 6 do SWZ) informacji takich jak „Dane identyfikujące usługę (w tym nazwa systemu oraz nazwę i dane teleadresowe podmiotu korzystającego z systemu)”, które zdaniem Odwołującego nie są informacjami przewidzianymi i dopuszczonymi do żądania przez przepisy Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

W ocenie Izby przewidziana w § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia możliwość żądania przez Zamawiającego od wykonawców Wykazu usług obejmującego swoim zakresem informacje dotyczące nazwy i danych teleadresowych podmiotu korzystającego z systemu mieszczą się w kategorii „Danych identyfikujących usługę”, albowiem odnoszą się one do „podmiotu na rzecz którego usługa została wykonana lub jest wykonywana”. Przez pojęcie to należy rozumieć nie tylko podmiot zlecający wykonanie usługi ale również jej beneficjenta, podmiot który faktycznie korzysta z usługi.

Z uwagi na to Izba nie uwzględniła zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego naruszenia § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w zw. z art. 7 pkt 17 w zw. z art. 124 pkt 1 i 2 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP.

Na koniec należy skonstatować, że z treści uzasadnienia odwołania w odniesieniu do zarzutów skierowanych do rozpoznania na rozprawie wybrzmiewa przede wszystkim dążenie Odwołującego do przeforsowania korzystnych dla niego warunków realizacji zamówienia, a nie rzeczywiste naruszenie przez Zamawiającego powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Postawione w odwołaniu zarzuty naruszenia konkretnych przepisów ustawy PZP i K.C. nie zostały należycie uzasadnione. Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, nie licząc dowodów złożonych na rozprawie, które stanowiły polemikę z nieistotnymi, w kontekście postawionych zarzutów skierowanych do rozpoznania, twierdzeniami uczestnika postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Zważywszy na niekorzystny dla siebie wynik postępowania odwoławczego wykonawca COMARCH został w całości obciążony jego kosztami.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: